3. L'étude[6] établie par le Secrétariat a été examinée 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 adoptée par la Commission à sa quatorzième session[8] de commencer à établir un projet de guide juridique sur les dispositions contractuelles relatives aux contrats concernant la fourniture et la construction de grands complexes industriels[9]. Ce guide doit cerner les problèmes juridiques liés à ce type de contrats et proposer des solutions possibles pour aider les parties, notamment celles 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 juridique et plusieurs projets de chapitres types établis par le Secrétariat[11] et prié ce dernier d'accélérer l'élaboration du guide[12]. A sa cinquième session[13], le Groupe de travail a examiné plusieurs autres projets de chapitres, ainsi qu'une note sur la présentation du guide juridique[14]. A sa sixième session[15], il a examiné d'autres projets de chapitres[16].

5. Le Groupe de travail a tenu sa septième session à New York du 8 au 19 avril 1985. Tous les membres du Groupe étaient représentés à l'exception de l'Algérie, du Nigéria, de l'Ouganda, de la République centrafricaine, de la République-Unie de Tanzanie, de la Sierra Leone, de Singapour et de la Trinité-et-Tobago.

6. Ont assisté à la session des observateurs des pays ci-après : Argentine, Bulgarie, Canada, Chili, Equateur, Finlande, Gabon, Grèce, Honduras, Indonésie, Iran (République islamique d'), Mozambique, Oman, Pays-Bas, Pologne, Qatar, République de Corée, République dominicaine, République populaire démocratique de Corée, Saint-Siège, Suisse, Thaïlande et Turquie.

7. Ont également assisté à la session des observateurs des organisations internationales ci-après :

a) *Organes des Nations Unies*

Organisation des Nations Unies pour le développement industriel
Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche

b) *Institutions spécialisées*

Banque mondiale

c) *Organisations intergouvernementales*

Comité consultatif juridique africano-asiatique
Communauté économique européenne
Banque interaméricaine de développement

d) *Organisations non gouvernementales internationales*

Association internationale du barreau
Chambre de commerce internationale
Fédération internationale des ingénieurs-conseils

8. Le Groupe de travail a élu le bureau ci-après :

Président : M. Leif SEVON (Finlande)*

Rapporteur : Mme Jelena VILUS (Yougoslavie)

9. Le Groupe de travail était saisi, pour examen, des projets de chapitres du guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles ci-après : "Prix" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.1), "Ingénieur-conseil" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.2), "Transfert de techniques" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.3), "Transfert de la propriété des biens" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.4), "Législation applicable" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.5), "Construction sur le chantier" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.6), un projet de structure révisé du guide juridique (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.7), et des projets de chapitre révisés "Choix de la formule contractuelle" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.8), "Achèvement, prise en charge et réception" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.9) et "Procédure de conclusion du contrat" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.10).

10. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après :

1. Election du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Examen des projets de chapitre 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 documents dont il était saisi dans l'ordre indiqué ci-après.

Ingénieur-conseil[17]

12. On s'est généralement accordé à penser que le guide devait mettre l'accent sur le fait que les disposi-

[6] A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8; 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 de bas de page 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.9/247.

[14] A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.5 et A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 4 et 6 à 9.

[15] A/CN.9/259.

[16] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4 et 5 et A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6.

*Le Président a été élu à titre personnel.

[17] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.2.

tions du contrat de construction ayant trait à l'ingénieur-conseil devaient être compatibles avec celles du contrat conclu entre l'acheteur et l'ingénieur-conseil. On a dit toutefois qu'il faudrait indiquer dans le guide que le contrat de construction ne pouvait traiter des relations entre l'acheteur et l'ingénieur-conseil. On a suggéré d'indiquer dans le guide que certaines institutions internationales de prêt et les règles de certains systèmes juridiques interdisaient au spécialiste qui établissait l'étude de faisabilité de faire office d'ingénieur-conseil dans le cadre d'un contrat de construction, vu que ses conclusions concernant la faisabilité du projet risquaient d'être influencées par la perspective de fournir des services pour les travaux de construction de l'installation.

13. Quant aux fonctions devant être exercées par l'ingénieur-conseil, on a dit que la section "Remarques générales" devrait indiquer que lesdites fonctions varieraient suivant la nature du contrat de construction. On a dit en outre qu'il faudrait éviter de donner l'impression dans le paragraphe 1 qu'un ingénieur-conseil pourrait être appelé à exercer des fonctions en matière de gestion du contrat.

14. Divers avis ont été exprimés quant à l'exercice de fonctions indépendantes par l'ingénieur-conseil. D'après un des membres du Groupe, il n'était pas réaliste de s'attendre à ce qu'un entrepreneur consente à ce qu'un ingénieur-conseil choisi par l'acheteur et qui fournissait des services à celui-ci ou agissait en son nom exerce certaines fonctions indépendantes (par exemple, règlement des différends ou détermination que l'on est en présence d'une situation difficile (*hardship*) ou droit de suspendre ou de résilier le contrat). On a suggéré qu'un ingénieur-conseil ne soit autorisé à exercer des fonctions indépendantes que dans des cas exceptionnels. On a suggéré en outre que la nature des fonctions indépendantes pouvant être exercées par l'ingénieur-conseil soit limitée, par exemple à des fonctions de caractère technique.

15. Un membre du Groupe a estimé qu'il y avait lieu de maintenir le passage sur l'exercice de fonctions indépendantes par l'ingénieur-conseil, étant donné que dans la pratique des ingénieurs-conseils étaient parfois autorisés à exercer de telles fonctions. On a dit que dans certains cas, les parties pouvaient juger souhaitable d'autoriser l'ingénieur-conseil à exercer de telles fonctions en raison de sa connaissance du projet et du fait qu'il serait à même de régler rapidement des questions, des problèmes ou des différends y relatifs. On a dit toutefois que l'octroi d'une telle autorisation à l'ingénieur-conseil ne devrait être présenté que comme une possibilité que les parties pourraient souhaiter envisager lors de l'élaboration d'un contrat de construction, et non comme une recommandation à inclure dans le contrat.

16. Pour ce qui était d'autoriser l'ingénieur-conseil à exercer des fonctions indépendantes, on a dit qu'il fallait distinguer entre le cas où l'ingénieur-conseil était choisi uniquement par l'acheteur et celui où il était choisi par les deux parties. Lorsque l'ingénieur-conseil était choisi par l'acheteur seulement, plusieurs membres du Groupe ont estimé qu'il ne devrait être autorisé à exercer aucune fonction indépendante et que s'il était autorisé à le faire, ces fonctions devraient être limitées. Un autre membre du Groupe a estimé qu'un ingénieur-conseil choisi par l'acheteur seulement ne devrait pas être autorisé à prendre des décisions liant l'entrepreneur. Toutefois, selon un autre, il n'y avait pas de raison d'empêcher l'ingénieur-conseil de prendre des décisions ayant force obligatoire si les parties lui faisaient confiance et acceptaient qu'il prenne de telles décisions, même s'il avait été engagé par l'acheteur. Lorsque l'ingénieur-conseil était choisi par les deux parties, il pourrait être autorisé à exercer indépendamment des fonctions plus larges et, notamment, à prendre des décisions liant les parties. On a dit que l'ingénieur-conseil ne devrait pas être autorisé à exercer des fonctions indépendantes concernant des questions pour lesquelles il avait fourni des services à l'acheteur ou agi en son nom, et que l'ingénieur-conseil qui exerçait des fonctions indépendantes devait être tenu de faire preuve d'impartialité à l'égard de l'acheteur et de l'entrepreneur.

17. On a dit que chaque partie devrait désigner un ingénieur-conseil au moment de la conclusion du contrat et que ces ingénieurs-conseils devraient avoir le droit de prendre des décisions liant les parties pour les questions d'ordre technique. Une autre suggestion a été qu'il pourrait y avoir un ingénieur-conseil chargé de fournir des conseils et des avis techniques à l'acheteur et d'agir en son nom et un autre chargé d'exercer des fonctions indépendantes. Un membre du Groupe a estimé toutefois qu'il serait peu judicieux d'avoir plusieurs ingénieurs-conseils en même temps.

18. On a estimé en outre que l'ingénieur-conseil pourrait être autorisé à prendre des décisions liant les parties, lorsqu'il s'agissait d'une somme inférieure à un certain montant stipulé à l'avance, et que les décisions portant sur une somme dépassant ce montant devraient être soumises à médiation par un médiateur indépendant désigné dans le contrat qui serait prêt à prendre rapidement de telles décisions. Si la médiation échouait, la question serait soumise à arbitrage ou règlement judiciaire. On a également suggéré qu'un ingénieur-conseil qui serait autorisé à exécuter un acte ou à prendre une décision indépendamment soit tenu d'exécuter cet acte ou de prendre cette décision dans un délai prescrit.

19. Pour ce qui était des fonctions énumérées au paragraphe 8, il a été généralement entendu que le Secrétariat devrait revoir les fonctions qui étaient des fonctions indépendantes et les fonctions qui étaient exercées au nom de l'acheteur. On a suggéré en outre que le Secrétariat devrait voir lesquelles de ces fonctions devraient être traitées dans le chapitre "Règlement des litiges". Il a été généralement entendu que l'ingénieur-conseil ne devait pas avoir le pouvoir d'adapter le contrat en cas de situation difficile (*hardship*), si les parties ne pouvaient s'entendre sur une telle adaptation.

20. Pour ce qui était du choix de l'ingénieur-conseil, le Secrétariat a noté que, bien souvent, l'identité de l'ingénieur-conseil désigné par l'acheteur aurait été communiquée à l'entrepreneur avant la conclusion du

contrat et que l'ingénieur-conseil serait désigné nommément dans le contrat; en pareil cas, l'ingénieur-conseil pourrait être considéré comme ayant été choisi par les deux parties.

21. En ce qui concerne le remplacement de l'ingénieur-conseil, il a été généralement entendu que l'acheteur devrait pouvoir choisir un remplaçant sans participation de l'entrepreneur lorsque l'ingénieur-conseil fournissait uniquement des services à l'acheteur ou n'agissait qu'en son nom. Au cas où l'ingénieur-conseil devait exercer des fonctions indépendantes, on a dit que si l'acheteur avait choisi l'ingénieur-conseil initial sans participation de l'entrepreneur, il devrait également pouvoir choisir le nouvel ingénieur-conseil sans sa participation. Toutefois, dans ce cas, l'acheteur devrait être tenu d'aviser l'entrepreneur du remplaçant qu'il avait choisi. En revanche, si l'ingénieur-conseil initial avait été choisi à la fois par l'acheteur et l'entrepreneur, le nouvel ingénieur-conseil devrait être choisi de même. On a suggéré que si l'acheteur était autorisé à choisir un nouvel ingénieur-conseil sans participation de l'entrepreneur, il ne devrait pas être autorisé à choisir un ingénieur-conseil parmi ses propres employés. On a noté que des institutions internationales de prêt pourraient s'opposer à ce que l'entrepreneur participe au choix d'un nouvel ingénieur-conseil lorsque ce dernier ne fournissait des services qu'à l'acheteur ou n'agissait qu'au nom de celui-ci, mais non lorsqu'il exerçait des fonctions indépendantes.

22. On a dit que si l'entrepreneur était autorisé à s'opposer "pour des motifs raisonnables" à un nouvel ingénieur-conseil proposé par l'acheteur, le fait que le nouvel ingénieur-conseil proposé ne soit pas connu de l'entrepreneur devait être considéré comme un motif raisonnable de s'opposer à sa nomination. On a suggéré de faire figurer dans le contrat une disposition stipulant que si les parties ne pouvaient s'entendre sur un nouvel ingénieur-conseil, elles accepteraient qu'un tiers procède à ce choix. Il a été généralement entendu que le guide devrait conseiller aux parties d'indiquer dans quelle mesure un nouvel ingénieur-conseil devrait être tenu par les actes et les décisions de son prédécesseur.

23. En ce qui concerne la délégation de pouvoirs par l'ingénieur-conseil, on a suggéré de supprimer l'allusion au paragraphe 17 au droit de l'ingénieur-conseil de répartir ses pouvoirs entre des ingénieurs employés par lui. On a également dit que le chapitre devrait indiquer que la délégation de pouvoirs par un ingénieur-conseil était régie par des dispositions législatives dans certains pays.

24. Pour ce qui était des renseignements à fournir à l'ingénieur-conseil et du droit d'accès de ce dernier, il a été généralement reconnu que l'ingénieur-conseil ne devrait pas avoir plus de droits que l'acheteur. Un membre du Groupe a dit que le contrat de construction devrait donner à l'ingénieur-conseil, ès qualité, le droit de demander un calendrier des travaux à l'entrepreneur et de demander à l'entrepreneur de modifier le calendrier, de coordonner les travaux de tous les entrepreneurs participant à l'ouvrage, d'inspecter l'installation durant les travaux et, dans le cas d'un contrat prévoyant le remboursement des coûts, d'inspecter les comptes de l'entrepreneur. Selon un autre membre du Groupe, l'ingénieur-conseil ne devrait avoir de tels pouvoirs qu'en ce qui concerne ses fonctions indépendantes. L'opinion dominante a toutefois été que ce pouvoir de l'ingénieur-conseil devait procéder du pouvoir appartenant à l'acheteur lui-même et ne devrait pas être accordé à l'ingénieur-conseil ès qualité. On a dit que le rôle de l'ingénieur-conseil en ce qui concerne le calendrier des travaux de construction devrait être mentionné dans la section relative à la fourniture de conseils et d'avis techniques à l'acheteur.

Transfert de la propriété des biens[18]

25. On a dit que la distinction entre les mots "ouvrage" et "installation" n'était peut-être pas claire et devrait être précisée. On a demandé si le guide devrait traiter du transfert de la propriété d'outils et de machines devant être utilisés pour la construction. De nombreux membres du Groupe ont reconnu que cette question ne devrait pas être traitée dans ce chapitre mais dans un autre, par exemple le chapitre relatif à la "garantie de bonne exécution", avec des renvois appropriés.

26. Il a été suggéré que la section "Remarques générales" soit clarifiée. On a dit que les rapports entre le transfert de la propriété et le transfert des risques devraient peut-être être précisés, étant donné que dans certains systèmes juridiques, la date du transfert de la propriété pouvait être importante pour le transfert des risques de perte ou de dommage, si les parties n'avaient pas pris de dispositions différentes dans le contrat.

27. Il a été convenu de fondre les paragraphes 4 et 5 et de traiter du moment du transfert de la propriété d'équipements et de matériels en termes généraux sans citer les exemples figurant dans le texte actuel. Toutefois, il fallait souligner qu'il importait d'éviter les transferts et retransferts multiples de propriété. Le titre de la section C devrait être adapté à la terminologie qui serait utilisée dans la version définitive du guide.

Législation applicable[19]

28. On a fait remarquer que le projet de chapitre partait du principe que c'étaient les parties qui choisiraient le système juridique d'un Etat, dont les règles seraient applicables à leur contrat. Mais d'autres approches étaient concevables : le contrat pourrait par exemple être régi par les principes juridiques communs aux systèmes juridiques des deux pays dont les parties sont ressortissantes, ou par les principes généraux de droit communément admis dans le commerce international. Les parties pouvaient stipuler aussi que des systèmes juridiques différents s'appliqueraient à des obligations contractuelles différentes. Lorsque l'on indiquerait dans

[18] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.4.

[19] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.5.

ce chapitre les autres approches possibles, il faudrait veiller à indiquer aussi les difficultés inhérentes à ces approches. Il pourrait par exemple être difficile d'identifier les principes juridiques dont il s'agit. Il se pourrait aussi que certains systèmes juridiques ne reconnaissent pas la validité d'un tel choix, si bien que les tribunaux décideraient de la législation applicable au contrat sur la base des règles du droit international privé. Il a été proposé d'intituler ce chapitre "Choix de la législation". Il a également été proposé que le titre français du chapitre soit changé en "Loi applicable".

29. Les membres du Groupe de travail se sont accordés à reconnaître que la plupart des systèmes juridiques ne traitaient pas spécifiquement des contrats de construction d'une certaine complexité. Il fallait donc recommander aux parties de prévenir dans toute la mesure possible les problèmes auxquels pouvaient donner lieu les contrats de construction, en faisant figurer dans leur contrat les clauses appropriées.

30. On a fait observer que le guide devrait attirer l'attention des parties sur l'aspect temporel du choix de la législation applicable : la législation applicable serait-elle celle en vigueur au moment de la conclusion du contrat et à l'exclusion de toutes modifications ultérieures, ou au contraire cette même législation sous réserve de ces modifications ultérieures ? On pourrait aussi, dans le guide, signaler aux parties la possibilité de rendre applicables des règles de droit en les incorporant, en tant que clauses contractuelles, dans le contrat lui-même. On pourrait encore signaler aux parties que si elles veillent à rendre la même législation applicable, d'une part, au contrat de construction et, d'autre part, aux contrats entre l'entrepreneur et ses sous-traitants, elles faciliteront vraisemblablement la coordination de ces divers contrats.

31. On a fait observer que le passage du projet de chapitre consacré aux règles de droit impératives qui risquent de limiter l'autonomie de la volonté des parties en matière de choix de la législation applicable n'était pas suffisamment détaillé. Il se pourrait par exemple que des lois impératives touchant les clauses contractuelles inéquitables viennent limiter cette autonomie des parties. De plus, les parties ne peuvent déroger à certaines règles du droit international privé qui déterminent le droit applicable à la solution de certaines questions intéressant les biens immobiliers. Enfin, un tribunal peut, en appliquant des règles de droit ayant valeur de règles d'ordre public, déroger à l'application de certaines dispositions de la législation choisie par les parties.

32. Le guide suggère aux parties, lorsqu'elles rédigent une clause de compétence législative, de ne retenir que les règles "de fond" d'un système juridique; cette suggestion a été diversement accueillie. On a fait observer que l'expression "de fond" se prête à diverses interprétations : on peut vouloir opposer les règles "de fond" aux règles du droit international privé, ou au contraire à des règles de procédure. Pour certains, utiliser cette expression à l'occasion d'un choix de législation était inutile, car il allait de soi que le choix d'un système juridique ne signifiait pas choix de règles de droit international privé ou choix des règles de procédure. Pour d'autres, l'expression avait son utilité puisqu'elle indiquait que les parties excluaient à tout le moins l'application de règles de droit international privé. On a fait observer à cet égard que le choix de règles de procédure applicables au règlement des différends serait certes inopérant si les différends étaient soumis à un tribunal (celui-ci appliquerait en toutes circonstances les règles de procédure de son propre droit), mais qu'il aurait son utilité si les différends étaient soumis à l'arbitrage.

33. Le Groupe de travail a noté qu'il était question, dans le projet de chapitre, de l'application éventuelle aux contrats de construction de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne 1980). On a fait observer qu'il conviendrait de décrire de façon plus détaillée les clauses de la Convention indiquant les cas où celle-ci est applicable aux contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire. Selon certains, ces clauses étaient telles que la Convention était très rarement appliquée aux contrats de construction. D'autres, en revanche, ont indiqué que dans certains systèmes juridiques les contrats de construction étaient réputés contrats de vente; si donc les parties choisissaient l'un de ces systèmes pour régir un contrat de construction, leur choix pourrait avoir pour effet de rendre la Convention applicable à ce contrat. On a fait observer aussi que les parties pourraient, dans certains cas, décider expressément que leur contrat serait régi par la Convention. On a avancé l'idée que tout exposé de l'application éventuelle de la Convention aux contrats de construction devrait figurer dans le corps du projet de chapitre et non pas dans une note de bas de page; cette idée a été appuyée.

34. On a fait valoir qu'au lieu de choisir directement la législation applicable au contrat, les parties pourraient choisir d'élire le tribunal auquel seraient déférés les différends nés du contrat, ou encore choisir une institution arbitrale dont les règles d'arbitrage s'appliqueraient à ces différends. La législation applicable pourrait alors être choisie par le tribunal ou par les arbitres en question. On a fait observer aussi que les questions ayant directement trait à l'attribution de compétence — par exemple la question de savoir quand cette attribution peut être invalidée — seraient plus à leur place dans le projet de chapitre sur le règlement des différends que dans le projet de chapitre étudié ici.

35. Le Groupe de travail a discuté de la manière de formuler le choix de la législation applicable. On a dit — et cette thèse a été fortement appuyée — qu'une clause de compétence législative ne devait servir qu'à identifier le système juridique appelé à régir le contrat. On a dit aussi — et cette thèse a recueilli un certain appui — que la clause de compétence législative devrait indiquer en outre que la législation choisie est appelée à régir la formation et la validité du contrat, et peut-être même les conséquences de la non-validité. Les adversaires de cette dernière thèse ont fait observer qu'il était impossible, en bonne logique, de choisir une législation applicable aux questions de formation et de validité, puisque le choix ne serait effectif qu'une fois le contrat formé et valide. La thèse selon laquelle la clause de

compétence législative devrait énumérer en détail les questions régies par la législation choisie n'a guère eu de défenseurs. Les membres du Groupe de travail se sont accordés à considérer que la clause de compétence législative donnée à titre d'exemple dans le chapitre devrait comporter trois variantes, illustrant les trois thèses en présence. Il a également été convenu que l'expression "règles juridiques impératives de caractère public" demandait à être précisée.

36. Le Groupe de travail a étudié le passage du projet de chapitre où il est question de déterminer la partie qui doit supporter le risque d'une modification des règles impératives concernant les aspects techniques de l'installation ou de sa construction, ou les risques dus à l'adoption de nouvelles règles après la conclusion du contrat (par. 17). On a fait observer que l'utilité de ce passage apparaîtrait mieux si l'on modifiait la recommandation qui le précède immédiatement et qui concerne l'obligation d'imposer à l'entrepreneur (obligation de construire l'installation conformément aux règles juridiques et techniques applicables : par. 16). Le guide devrait recommander que l'entrepreneur soit tenu de construire l'installation conformément aux règles juridiques et techniques applicables à la date de la conclusion du contrat.

37. Il a été dit que la question de savoir laquelle des parties devrait être tenue de se procurer les agréments, autorisations ou licences nécessaires à l'exécution du contrat devrait être traitée dans un autre chapitre. Il a été dit aussi que la section intitulée "Remarques générales" demandait à être précisée. Elle devrait mieux cerner les problèmes traités plus en détail dans les sections suivantes du chapitre. On a fait valoir en outre que le chapitre devrait donner davantage d'exemples de clauses. Plusieurs suggestions ont été faites en vue d'améliorer la rédaction du chapitre.

Prix[20]

38. Il a été proposé que le titre du chapitre se rapporte également aux "conditions de paiement". Il a été suggéré d'intituler ce chapitre "Coûts" plutôt que "Prix". Cette suggestion n'a cependant pas été retenue. La section intitulée "Remarques générales" devrait par ailleurs indiquer que les organismes de financement internationaux pourraient demander que les points discutés dans le présent chapitre soient réglés par des moyens particuliers. Il a été suggéré de discuter la question de l'ajustement du prix dans les chapitres de fond consacrés aux diverses circonstances qui pourraient donner lieu à un tel ajustement, par exemple les chapitres sur les "clauses de modifications" et les "clauses d'imprévision". Le Secrétariat a été prié d'examiner la possibilité d'inclure dans ce chapitre d'autres dispositions à titre d'exemple.

39. Selon certains, le guide ne devrait pas évoquer le cas où un contrat ne prévoit aucune méthode de fixation des prix, dans la mesure où un tel cas ne se présente pas dans la pratique. Il a été souligné que le contrat à prix unitaire n'était pas interchangeable avec les deux autres méthodes de fixation des prix indiquées au paragraphe 2. Il a été proposé de rédiger une nouvelle version du paragraphe 5 de façon à indiquer clairement les conséquences qu'entraînerait une violation des règlements mentionnés dans ce paragraphe.

40. Différents points de vue ont été exprimés à propos des termes utilisés dans la section relative à l'ajustement et à la révision du prix. De l'avis général, il s'agit de faire une distinction plus nette entre l'ajustement et la révision. D'aucuns ont indiqué que le prix forfaitaire ne devait faire l'objet d'une révision que lorsque les règlements applicables ou une clause de révision du prix incluse dans le contrat l'autorisaient. Le guide devrait indiquer que certains systèmes juridiques ont prévu un ajustement du prix même en l'absence de dispositions contractuelles sur ce point. Le prix, a-t-on souligné par ailleurs, devrait être stable et ne faire l'objet d'un ajustement ou d'une révision qu'à titre exceptionnel. A cet égard, il a été suggéré de supprimer les termes "à moins que le contrat ne comporte une clause d'ajustement ou de révision du prix" de la seconde phrase du paragraphe 8.

41. Il faudrait, selon certains, souligner que la nécessité de faire un ajustement ou une révision dépend de la méthode de fixation des prix choisie. Il a été noté qu'en cas de contrat en régie, il pouvait être nécessaire dans certaines circonstances d'ajuster ou de réviser le coût plafond ou cible fixé dans le contrat (par exemple lorsque la nature de la construction s'est modifiée). On a fait remarquer que certains cas examinés dans la section relative à l'ajustement du prix ne concernaient pas l'ajustement du prix mais plutôt la responsabilité d'une des parties. Pour ce qui est des modifications de la réglementation locale, il a été suggéré que le guide se limite à la description des problèmes rencontrés et laisse leur règlement à la discrétion des parties.

42. Le paragraphe 9 devrait selon certains évoquer la possibilité pour l'entrepreneur de se protéger contre le risque mentionné en ajoutant au contrat une clause d'ajustement ou de révision. Pour d'autres, il conviendrait de remanier ce paragraphe de façon à indiquer simplement les risques que comportent les différentes méthodes de fixation des prix. Le terme "qualité" pourrait, a-t-on suggéré, être supprimé de la dernière phrase du paragraphe. On a fait observer qu'il pourrait être utile de distinguer plus nettement le prix forfaitaire, qui peut faire l'objet d'une révision dans certaines situations, du prix fixé. La méthode du contrat en régie étant parfois utilisée pour les contrats clefs en main, il a été suggéré d'adapter en conséquence la première phrase du paragraphe 15.

43. Pour ce qui est du contrat en régie, il faudrait faire une distinction plus claire entre les dépenses remboursables et les honoraires et préciser quelles sont les dépenses engagées par l'entrepreneur qui pourraient être couvertes par les honoraires et n'être ainsi pas considérées comme des dépenses remboursables. On a fait observer que même lorsque les honoraires sont

[20] A/CN.9/WG/V/WP.15/Add.1.

fixés, l'entrepreneur a en général intérêt à achever la construction dans les délais les plus brefs.

44. Le guide devrait décrire les différents types de contrats en régie appliqués (par exemple, coût + pourcentage et coût + honoraires fixés). Selon certains, le guide ne devrait pas laisser supposer que la méthode de fixation des prix est le seul facteur incitant l'entrepreneur à achever la construction dans les délais. Le guide devrait décourager l'adoption de la méthode du contrat en régie lorsque l'acheteur n'a pas connaissance des coûts estimatifs de la construction au moment de la conclusion du contrat; toutefois, a-t-on fait observer, l'acheteur connaît en général ces estimations. Il a été souligné que le fait que l'acheteur participe au choix des sous-traitants de l'entrepreneur n'était pas un moyen valable pour contrôler les dépenses remboursables (c'est-à-dire les coûts des services fournis par les sous-traitants) que si les sous-traitants n'étaient pas mentionnés dans le contrat.

45. On a fait observer que les organismes internationaux de financement n'étaient pas toujours opposés à la méthode du contrat en régie. Il a été suggéré de supprimer le paragraphe 13. L'idée selon laquelle, en cas de contrat en régie, l'acheteur devait avoir le droit de vérifier les comptes de l'entrepreneur afin de contrôler les dépenses engagées, a été largement partagée. D'aucuns ont soutenu qu'il n'était pas souhaitable de résilier un contrat lorsque les dépenses effectives excédaient les coûts cibles et qu'il fallait soit ne pas évoquer cette possibilité dans le guide, soit soit la limiter aux cas où un plafond fixé a été dépassé. Il a été suggéré d'aborder ce point dans le chapitre intitulé "Résiliation".

46. Pour certains, le guide devrait donner des exemples plus typiques de contrats à prix unitaire. Il devrait notamment indiquer la possibilité d'ajuster le prix pour une unité de construction lorsque le nombre d'unités effectivement utilisées dans la construction excède d'un certain pourcentage les estimations faites au moment de la conclusion du contrat.

47. D'aucuns ont estimé qu'il ne fallait pas payer une prime pour une construction achevée avant la date fixée dans le cas des contrats en régie, dans la mesure où cela pourrait inciter l'entrepreneur à engager des dépenses plus importantes (par exemple en engageant de la main-d'œuvre supplémentaire) dans le but d'obtenir cette prime. Il a été suggéré de supprimer la dernière phrase du paragraphe 29. On a fait observer par ailleurs que le paiement de la prime ne devait pas être lié au fonctionnement continu des installations, mais devait plutôt être prévu si l'acheteur tirait profit d'un fonctionnement anticipé des installations. Selon certains, il ne faut pas exiger un fonctionnement continu des installations et la prime pourrait être versée au moment du commencement du fonctionnement des installations. Pour d'autres, la prime ne devrait pas être prévue dans le contrat, mais faire l'objet d'un accord une fois le contrat conclu dans le cas où l'achèvement anticipé de la construction est favorable à l'acheteur.

48. Il a été suggéré d'insister dans la section relative à la monnaie retenue sur la distinction entre la monnaie dans laquelle le prix est fixé (monnaie de compte) et la monnaie dans laquelle le prix doit être payé. Selon une autre proposition, il faudrait évoquer dans cette section les problèmes liés non seulement aux fluctuations des taux de change, mais aussi aux fluctuations du pouvoir d'achat de la monnaie retenue.

49. Il a été suggéré de mentionner précisément au paragraphe 31 les règlements de change en vigueur dans les pays des deux parties. Certains ont estimé que dans la plupart des cas la monnaie stipulée dans le contrat devait être la monnaie du pays de l'acheteur; au cas où une autre monnaie serait adoptée, le contrat devrait fixer un taux de change approprié. Il a été suggéré de préciser plus clairement dans le paragraphe 33 les avantages et les inconvénients que comportent pour l'acheteur les différentes méthodes mentionnées en ce qui concerne la monnaie dans laquelle les dépenses doivent être remboursées. On a souligné la nécessité d'harmoniser les paragraphes 32 et 36.

50. Le guide devrait, a-t-on suggéré, mentionner la nécessité de modifier une clause d'indexation en cas d'importantes variations de la nature de la construction ou de modifications substantielles des facteurs économiques influant sur le contrat. On a souligné qu'il était souhaitable de simplifier la clause d'indexation. Selon certains, le paragraphe 50 devrait être supprimé ou indiquer seulement que la clause d'indexation est normalement applicable pour chaque paiement au moment où celui-ci est effectué. Comme il a été noté, dans certains pays la législation limite ou interdit l'usage des clauses d'indexation.

51. Il a été suggéré de limiter le recours à la méthode indiquée dans la dernière phrase du paragraphe 53 aux seuls cas où l'entrepreneur est responsable du retard. Certains ont proposé de supprimer cette phrase. D'autres ont suggéré que la clause d'indexation ne devait être appliquée que si elle se traduisait par une modification excédant un certain pourcentage du prix.

52. En ce qui concerne la note de bas de page 1, on a avancé qu'il pourrait être opportun d'appeler l'attention des parties sur les dispositions qui pourraient exister dans la législation nationale limitant la possibilité pour un tribunal d'ajuster les pondérations utilisées dans la clause d'indexation. Il pourrait être utile par ailleurs de joindre un certain nombre de notes explicatives à la formule de clause d'indexation figurant en annexe.

53. Au cas où l'acheteur tarde à payer l'entrepreneur, une clause sur la monnaie de paiement pourrait permettre à l'entrepreneur de choisir entre le taux de change en vigueur au moment de l'échéance du paiement et le taux de change en vigueur au moment du paiement effectif. Les paragraphes traitant de la clause sur l'unité de compte devraient rajouter dans les unités de compte l'unité monétaire européenne (ECU).

54. Il a été suggéré de supprimer les pourcentages figurant au paragraphe 63 ainsi qu'une partie de la dernière phrase du paragraphe portant sur les restrictions qui s'appliquent au change. La première phrase du paragraphe 63 pourrait être superflue et la deuxième phrase du paragraphe 64 devrait être supprimée.

55. Il a été suggéré que la section portant sur le paiement pendant la construction fasse mention des conditions de paiement qui pourraient être adoptées pour les contrats en régie, dans la mesure où elles pourraient différer de celles qui sont utilisées pour les contrats au forfait. En ce qui concerne le paiement par l'acheteur de l'équipement et du matériel fournis par l'entrepreneur, l'échéance pourrait précéder la fourniture du matériel à condition que l'entrepreneur présente des documents prouvant qu'une assurance a été contractée pour l'équipement ou le matériel, ainsi que d'autres documents prouvant notamment que l'équipement ou le matériel ont été remis au premier transporteur pour être expédiés à l'acheteur.

56. En ce qui concerne le crédit accordé par l'entrepreneur, certains ont fait observer qu'on n'y avait recours qu'exceptionnellement. Selon d'autres cependant, il n'est pas rare que le gouvernement du pays de l'entrepreneur garantisse, ou avalise de quelque façon, le crédit accordé à l'acheteur par l'entrepreneur. Diverses suggestions ont été faites en vue d'améliorer la rédaction du chapitre.

Transfert de techniques[21]

57. Il a été généralement reconnu que les questions traitées dans ce chapitre revêtaient une grande importance pour l'acheteur. Il a également été reconnu que le projet de chapitre traitait de ces questions de façon équilibrée. On a relevé que certains des termes utilisés dans le projet de chapitre nécessiteraient peut-être de plus amples explications. Ainsi, l'adjectif "obligatoire" souvent utilisé pour qualifier l'expression "législation régissant le transfert des techniques" pourrait nécessiter des éclaircissements, de telles dispositions obligatoires pouvant prendre des formes différentes. Il convenait également de préciser que le savoir-faire pouvait soit revêtir un caractère confidentiel et être possédé uniquement par l'entrepreneur, soit ne revêtir aucun caractère confidentiel et être possédé également par des tiers. De plus, dans certains pays, l'expression "octroi de licences" (*licensing*) était utilisée non seulement au sujet des brevets, mais également au sujet de la communication du savoir-faire.

58. On a exprimé l'avis que l'on pourrait peut-être rendre compte de façon plus détaillée des législations nationales régissant le transfert des techniques. Les clauses du contrat pourraient être conçues non seulement en fonction de la législation en vigueur dans le pays de chacune des parties, mais également en fonction de celle en vigueur dans d'autres pays. A cet égard, on a fait observer que, conformément à certaines législations, l'octroi de licences pour les techniques était obligatoire dans certaines circonstances. Dans certains pays, la législation restreignait les droits des entrepreneurs parties à des contrats de transfert de techniques.

59. On a émis l'avis que l'on pourrait décrire au début du chapitre les différents types de techniques et la façon dont celles-ci pourraient être transférées soit séparément soit selon diverses combinaisons. On a proposé qu'il soit fait référence dans ce chapitre aux améliorations ultérieures des techniques transférées. On pourrait en outre indiquer les raisons (considérations de coût par exemple) qui pourraient inciter à choisir tel ou tel arrangement contractuel pour le transfert de techniques. On a relevé que la familiarisation avec le fonctionnement des installations n'était pas le mode le plus important de transfert de techniques. On a fait valoir que la description des diverses formes de propriété industrielle, et en particulier du système de brevets, nécessitait de plus amples explications. Il faudrait faire référence aux conventions internationales régissant la propriété industrielle. Il faudrait également indiquer que les brevets déployaient des effets juridiques dans des limites territoriales bien précises.

60. S'agissant de la description des techniques, on a fait observer que, dans le cadre de certains arrangements contractuels, il ne serait pas nécessaire de décrire séparément les techniques devant être utilisées, une telle description figurant déjà dans celle des possibilités et de la nature des installations. En ce qui concerne les conditions limitant l'utilisation par l'acheteur des techniques transférées, qui pourraient être imposées dans le contrat, on a suggéré de mentionner à la rubrique intitulée "remarques générales" les discussions en cours à ce sujet aux sessions de la Conférence des Nations Unies chargée d'élaborer un code international de conduite pour le transfert de technologie. On a fait observer qu'il était difficile de prévoir quelles incidences le futur code pourrait avoir sur la formulation des contrats relatifs à la construction d'installations, puisque la mesure dans laquelle le code lierait les parties et le libellé des dispositions du code traitant de ces restrictions étaient des questions qui n'avaient pas encore été définitivement réglées. On a avancé que le guide ne devrait pas reprendre les dispositions du Code de conduite, mais qu'il pourrait y faire référence. Le Groupe de travail a décidé de reporter à plus tard sa décision sur une référence éventuelle au Code de conduite. Il a été convenu qu'il ne fallait pas entreprendre d'élaborer des modèles pour de telles dispositions restrictives. On pourrait toutefois identifier et examiner brièvement les dispositions restrictives qui pourraient être insérées dans des contrats relatifs à la construction d'installations. On a fait observer que des normes concernant de telles dispositions restrictives n'avaient pas leur place dans un guide et qu'en tout état de cause, pour ce qui est de l'insertion de telles dispositions restrictives, l'autonomie des parties était souvent limitée par la législation nationale.

61. On a relevé que la forme que devrait revêtir la garantie en ce qui concerne les techniques dépendrait du type d'arrangement contractuel retenu. Si, par exemple, on optait pour un contrat clefs en main, une

[21] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.3.

garantie concernant spécifiquement les techniques ne serait pas nécessaire, la garantie générale concernant la qualité et le fonctionnement des installations visant également les techniques.

62. On a fait observer que le guide devrait indiquer qu'il fallait exiger de l'entrepreneur qu'il garantisse qu'il était bien propriétaire des techniques qu'il devait transférer ou qu'il s'engage à obtenir le droit de les transférer. On a émis l'avis qu'il fallait supprimer la dernière phrase du paragraphe 12, ou du moins la modifier considérablement, d'une part parce qu'elle n'aiderait nullement les parties à élaborer leur contrat et, d'autre part, parce que ce qu'elle disait à propos de la possibilité d'exonérer l'entrepreneur de sa responsabilité était sujet à caution. On a exprimé l'avis que la situation visée dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 19 (c'est-à-dire celle dans laquelle l'acheteur a mis fin au contrat en raison d'un défaut d'exécution de la part de l'entrepreneur) devrait également être examinée du point de vue de ses incidences sur les garanties données par l'entrepreneur. On a fait observer que, même lorsque les travaux étaient achevés par un autre entrepreneur, le premier entrepreneur devait demeurer tenu par les garanties qu'il avait données en ce qui concerne les techniques qu'il avait lui-même fournies. On a également fait valoir que le guide devrait indiquer que les garanties données par l'entrepreneur seraient inopérantes si le personnel de l'acheteur faisait fonctionner les installations de façon incorrecte.

63. Pour ce qui est des prix, on a émis l'avis qu'il faudrait peut-être étoffer la description des diverses méthodes de fixation des prix. A cet égard, on a relevé que l'on pourrait peut-être mentionner la méthode consistant à acquitter le prix en livrant des produits des installations. Selon un autre avis, toutefois, une telle méthode de paiement relevait du domaine des échanges compensés et une mention particulière ne se justifiait pas dans le présent contexte; de telles méthodes pourraient peut-être être mentionnées dans le chapitre consacré aux "prix".

64. On a également émis l'avis que les méthodes de paiement à retenir pourraient dépendre de la période sur laquelle les paiements devaient être échelonnés (par exemple, si les redevances devaient être échelonnées sur une longue période, le montant de chaque versement serait sans doute moins élevé que si elles devaient être échelonnées sur une courte période). On a également fait valoir qu'en cas de transfert de savoir-faire confidentiel, le paiement était généralement exigé immédiatement. L'opinion selon laquelle la question de la fixation du prix des techniques devrait être traitée dans le chapitre consacré aux "prix" a été largement partagée. Il a été convenu que l'on pourrait conserver dans le présent chapitre un passage concernant le prix de la formation, mais que le chapitre consacré aux "prix" devrait comporter un renvoi à ce passage.

65. S'agissant des atteintes aux droits de tiers que pourrait occasionner l'utilisation des techniques transférées, on a fait observer que dans la pratique ceux qui transféraient des techniques s'engageaient uniquement à ce que leur utilisation ne porte pas atteinte aux droits de tiers dans certaines limites territoriales. Ils indiquaient généralement qu'ils ne savaient pas s'il serait porté atteinte aux droits de tiers au-delà de ces limites. On a également fait observer que le guide devrait mentionner la possibilité d'une atteinte aux droits de tiers non seulement du fait de l'utilisation des procédés industriels transférés mais également du fait de la distribution des produits provenant des installations.

66. On a noté qu'il n'était pas nécessaire d'entrer dans le détail au sujet des recours disponibles en cas d'atteinte aux droits d'un tiers, ces recours étant précisés par le droit applicable et pouvant varier d'un système juridique à l'autre. Il pourrait être utile de traiter dans ce chapitre des droits revenant à chacune des parties en cas d'atteinte. On a fait observer à cet égard que dans de nombreux systèmes juridiques, la loi fournissait implicitement des garanties contre de telles atteintes et que de telles garanties n'avaient donc pas à être prévues au contrat.

67. On a examiné la question de savoir s'il fallait regrouper dans la même partie du guide l'examen de tous les cas dans lesquels il pouvait être porté atteinte aux droits d'un tiers à l'occasion de l'exécution d'un contrat relatif à la construction d'installations. On a fait valoir qu'il serait logique de procéder ainsi et que cela permettrait de faire le tour de la question. On a toutefois exprimé l'avis qu'il serait sans doute plus utile pour le lecteur du guide que cette question soit abordée dans les divers chapitres traitant de situations de fait pouvant donner lieu à certaines atteintes aux droits de tiers.

68. La suggestion figurant dans le guide selon laquelle en cas d'action intentée contre une partie pour atteinte aux droits d'un tiers l'autre partie devrait être tenue d'aider celle-ci à présenter sa défense a fait l'objet d'un débat. On a fait observer que la nature de cette obligation devrait être explicitée, c'est-à-dire qu'il faudrait préciser la mesure dans laquelle une assistance devait être fournie. On a également relevé que dans certains systèmes juridiques, la partie contre laquelle une action était intentée pouvait contraindre l'autre partie à participer à l'action.

69. Pour ce qui est du maintien du secret, on a souscrit à l'opinion exprimée au paragraphe 18 selon laquelle l'entrepreneur pourrait souhaiter exiger, à deux stades, de l'acheteur qu'il respecte le caractère confidentiel du savoir-faire divulgué par l'entrepreneur : d'une part, au stade des négociations, et, si les négociations aboutissaient à la conclusion d'un contrat de construction, au stade de la conclusion de ce contrat. On a relevé que dans certains systèmes juridiques, il faudrait conclure un contrat distinct relatif au maintien du secret avant le début des négociations, puis insérer par la suite dans le contrat de construction des dispositions exigeant le maintien du secret. Dans d'autres systèmes juridiques, en revanche, aucun contrat n'était nécessaire avant les négociations, des notions ayant cours dans ces systèmes juridiques, comme la bonne foi, imposant déjà le maintien du secret. On a également fait observer que dans les cas où un contrat relatif au maintien du secret

était conclu avant les négociations, ce contrat devrait disposer que les obligations relatives au maintien du secret devraient continuer à être respectées après la fin des négociations même si celles-ci n'aboutissaient pas à la conclusion d'un contrat de construction.

70. On a fait observer qu'un contrat imposant le maintien du caractère confidentiel du savoir-faire pourrait également disposer qu'une telle obligation s'éteindrait — et qu'il serait mis fin au versement de redevances — si ledit savoir-faire tombait dans le domaine public. Le Groupe de travail a examiné le cas dans lequel il était mis fin à un contrat par l'acheteur en raison d'un défaut d'exécution de la part de l'entrepreneur et où l'acheteur se trouvait dans l'obligation de divulguer à un autre entrepreneur les éléments de savoir-faire nécessaires pour que celui-ci puisse achever les travaux. On a fait observer que, dans de tels cas, l'acheteur devrait exiger dans le contrat qu'il passerait avec cet autre entrepreneur que celui-ci s'engage à ne pas divulguer ces éléments de savoir-faire à des tiers. On a également émis l'avis qu'une telle divulgation par l'acheteur (à la fois dans le cas examiné et dans celui où l'entrepreneur était contraint par suite d'un empêchement exonératoire de renoncer aux travaux) ne devrait être autorisée que dans la mesure où l'entrepreneur était à même de donner à l'acheteur l'autorisation de divulguer le savoir-faire à l'autre entrepreneur.

71. Pour ce qui est de la fourniture de la documentation, on a relevé que l'on pourrait compléter la liste des types de documents qui pourraient être fournis (par exemple en incluant dans cette liste les documents indiquant le personnel exploitant et les pièces détachées souhaitables). On a également relevé qu'il n'était pas toujours nécessaire que toute la documentation soit fournie au moment fixé dans le contrat pour l'achèvement des travaux de construction. Par exemple, dans le cadre d'un contrat produit en main, la documentation pourrait être fournie après l'achèvement des travaux.

72. En ce qui concerne la formation du personnel, on a fait observer que l'entrepreneur ne serait peut-être pas en mesure d'assurer cette formation. Il serait peut-être préférable que les dispositions à cet égard soit prises par l'ingénieur-conseil ou que la formation soit assurée par un établissement spécialisé. On a également fait observer qu'il existait souvent des lois nationales régissant les conditions de travail qui pouvaient également comporter des dispositions relatives à la formation du personnel et qu'il faudrait tenir compte de ces lois. De telles lois visaient souvent à protéger les droits des travailleurs et pouvaient restreindre les droits des employeurs sur le plan de la détermination des conditions de formation.

73. On a fait observer que dans les cas où il existait des doutes quant à la possibilité de former tel ou tel stagiaire, l'entrepreneur, ou tout autre formateur, devrait pouvoir exiger de l'acheteur qu'il remplace ce stagiaire. Dans de tels cas, l'entrepreneur ou l'autre formateur devrait être tenu d'informer l'acheteur de la nécessité de remplacer le stagiaire dès que cette nécessité lui apparaîtrait. On a toutefois noté que les lois visées dans le paragraphe précédent pourraient comporter des dispositions restreignant la liberté de l'entrepreneur et de l'acheteur pour ce qui est du remplacement d'un stagiaire.

74. On a relevé que le guide n'abordait pas la question des dommages que des stagiaires pourraient causer aux installations au cours de leur formation. On a émis l'avis que le guide devrait conseiller aux parties de préciser dans le contrat quelle partie supporterait la perte résultant de tels dommages. On a également émis l'opinion que le contrat devrait préciser la partie qui serait responsable en cas de dommages subis par des stagiaires au cours de la formation.

75. On a émis l'avis que si l'acheteur demandait la formation de son personnel, l'entrepreneur demanderait toujours à assurer cette formation contre rémunération. Le coût de la formation pourrait être inclus dans le prix global des travaux de construction ou pourrait être indiqué séparément.

76. On a noté que la question de la formation soulevait certaines questions pratiques que l'acheteur devrait envisager. Ainsi, il était possible qu'après avoir été formé, le personnel quitte le service de l'acheteur. L'acheteur pourrait également juger souhaitable d'évaluer indépendamment les besoins de son personnel, au lieu de s'en remettre exclusivement au jugement de l'entrepreneur, puisqu'il connaissait mieux les capacités du personnel local. En outre, l'acheteur devrait obtenir des visas ou des autorisations de voyage pour les stagiaires qui devaient être envoyés à l'étranger et le contrat devait donc imposer à l'entrepreneur l'obligation d'aider l'acheteur à obtenir ces visas ou autorisations de voyage. On a également fait observer que les travaux de construction pourraient parfois être interrompus ou retardés pour diverses raisons. On a fait valoir que le contrat devrait donc prévoir l'adaptation du programme de formation en cas d'interruption des travaux ou de retard.

77. Il a été largement convenu qu'il fallait éviter que le guide soit trop directif et qu'il fallait plutôt présenter des recommandations sous la forme d'options que les parties pourraient envisager lors de l'élaboration de leur contrat. Plusieurs suggestions ont été faites en vue d'améliorer la rédaction du chapitre.

Construction sur le chantier[22]

78. Il a été généralement convenu que le Secrétariat devrait réexaminer la question de l'utilisation des termes "construction" et "montage" et devrait veiller à ce qu'ils soient utilisés uniformément dans l'ensemble du chapitre. Il y a eu accord général sur le fait que le Secrétariat devrait réexaminer la question de l'utilisation du mot "devrait" afin que soient abordées de manière neutre les questions examinées dans le chapitre. Un avis a été exprimé selon lequel il faudrait mettre davantage l'accent sur la question de chronologie (délai d'achève-

[22] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.6.

ment et calendrier, par exemple), peut-être en évoquant cette question dans le titre du chapitre. Un autre avis a été émis suivant lequel il faudrait étoffer la section intitulée "Remarques générales" afin de présenter de manière plus complète les questions abordées dans le chapitre. On a évoqué la possibilité pour un entrepreneur d'assurer le montage d'équipement fourni par d'autres entrepreneurs.

79. Selon certains, le guide devrait recommander aux parties de régler la question de savoir quelle partie devait prendre en charge les dépenses relatives aux facilités nécessaires à la construction par le personnel de l'entrepreneur et le contrat devrait prévoir les normes relatives aux facilités à fournir. Selon un membre, le guide devrait aussi conseiller aux parties d'examiner si l'entrepreneur devrait être tenu de fournir certaines facilités pour le personnel de l'acheteur. En ce qui concerne le paragraphe 6, il a été suggéré d'insérer dans le guide une disposition conseillant aux parties d'examiner si et dans quelles conditions l'acheteur aurait le droit d'acquérir un atelier après achèvement de la construction et de supprimer en conséquence la dernière phrase dudit paragraphe. Il a été noté que selon les règles applicables en droit interne, l'entrepreneur serait généralement responsable des conditions de travail de son propre personnel sur le chantier et il a été suggéré de prévoir dans le guide une disposition conseillant aux parties de tenir compte de ces règles lorsqu'elles abordent la question des logements, services publics et autres facilités sur le chantier.

80. Dans le cadre de l'examen de la question des machines et outils pour la construction, il a été suggéré de mentionner également la possibilité d'utiliser la formule du crédit-bail pour ces articles. Il a été noté que des licences et autorisations pouvaient être nécessaires pour l'importation de machines et d'outils dans le pays où était situé le chantier, que ces articles dussent ou non être réexportés. Il a été proposé de préciser les types de transport auxquels devrait s'appliquer le paragraphe 9.

81. D'après un membre, le contrat devrait toujours prévoir un délai d'achèvement de la construction et il faudrait donc supprimer la deuxième phrase du paragraphe 11. Il a été suggéré que le contrat, s'il prévoyait un délai d'achèvement des travaux, devrait également déterminer quand les travaux devraient commencer.

82. Une vue a été exprimée selon laquelle la liste, figurant au paragraphe 12, des dates à envisager pour déterminer la date à laquelle devrait commencer la période d'exécution de la construction ne devrait pas être exhaustive. Il a été proposé d'ajouter à cette liste la date à laquelle le chantier serait mis à la disposition de l'entrepreneur; on a cependant noté que cette date pourrait ne pas être toujours pertinente, comme dans le cas où l'entrepreneur devrait commencer à fabriquer du matériel dans ses propres locaux avant que le chantier ne soit mis à sa disposition. Une autre suggestion a été faite selon laquelle il faudrait mentionner, outre la date de réception d'une avance par l'entrepreneur, la date à laquelle l'acheteur garantirait le versement d'une telle avance. Il a été suggéré de formuler plus clairement l'alinéa *b* du paragraphe 12 afin que le dernier élément (à savoir "à laquelle la construction devrait commencer") soit présenté comme une date supplémentaire à envisager pour le commencement des travaux et non pas comme l'élément d'une alternative.

83. Il a été suggéré de reformuler le paragraphe 14 afin de moins insister sur l'intérêt que pourrait avoir l'acheteur à ce que la construction soit achevée rapidement. Il a été par ailleurs proposé de faire référence dans cette section aux chapitres intitulés "Défaut d'exécution" et "Clauses de dommages-intérêts libératoires et clauses pénales".

84. En ce qui concerne le calendrier de construction, un membre a été d'avis que le contrat devrait comprendre un calendrier de base pour l'exécution des principales tâches et prévoir l'établissement par l'entrepreneur, une fois le contrat conclu, d'un calendrier détaillé. Il a également été proposé de mentionner dans le guide la possibilité d'utiliser des calendriers mis sur ordinateur.

85. Un membre a estimé qu'il était inapproprié de prévoir dans un contrat clefs en main des sanctions pour le cas où une date intermédiaire dans le calendrier ne serait pas respectée par l'entrepreneur, puisque l'important était que la construction tout entière soit achevée dans le délai fixé. On s'est toutefois généralement accordé à penser que le guide devrait indiquer seulement que les dates intermédiaires pourraient avoir plus ou moins d'importance suivant le type du contrat et recommander que les parties conviennent des conséquences qui découleraient de la non-observation par l'entrepreneur de ces dates intermédiaires. Selon une autre opinion, le droit de l'acheteur d'enjoindre à l'entrepreneur d'accélérer les travaux de construction, mentionné au paragraphe 16, n'avait aucune valeur si le contrat ne stipulait pas également quelles seraient les conséquences d'un refus de la part de l'entrepreneur.

86. Les avis ont différé sur la possibilité pour l'entrepreneur de résilier le contrat si l'acheteur ne demandait pas le démarrage de la construction dans un délai spécifié. Selon une opinion, cette disposition, figurant au paragraphe 18, était trop sévère et devait être supprimée. Selon une autre opinion par contre, on devait maintenir cette possibilité, car il fallait qu'il existe une limite à la période durant laquelle l'entrepreneur serait dans l'obligation de démarrer la construction.

87. On a fait observer que la section sur la prolongation du délai d'achèvement de la construction devrait être remaniée et abrégée. Les membres ont généralement été d'avis que le guide devrait recommander aux parties d'examiner si les réglementations en vigueur traitaient de manière satisfaisante la question de la prolongation du délai ou si le contrat devrait prévoir la prolongation du délai dans certaines circonstances. Il y a également eu accord général sur le fait que ce chapitre devrait se borner à mentionner les autres chapitres traitant explicitement des circonstances qui pourraient justifier une prolongation et que celles-ci ne devraient

pas être traitées dans ce chapitre. De l'avis de certains, le guide devrait préciser qui fixerait la durée de la prolongation si les parties ne pouvaient s'accorder sur une prolongation "raisonnable". Il a également été indiqué que l'entrepreneur ne devrait pas être autorisé à arrêter la construction ni au cours de négociations, ni lorsqu'une procédure de règlement d'un litige portant sur une telle prolongation est en cours.

88. S'agissant de la construction à effectuer sous la supervision de l'entrepreneur, il a été proposé d'établir une distinction entre l'obligation de l'entrepreneur de superviser et d'inspecter la construction et la simple obligation de donner des conseils au personnel chargé de la construction. De l'avis de certains, l'entrepreneur devrait être tenu de consigner la façon dont il s'acquitte de ses obligations en ce qui concerne l'inspection. Les membres ont généralement reconnu que le libellé de la dernière partie du paragraphe 24 devrait être remanié de manière à préciser que l'entrepreneur ne pourrait pas être tenu responsable des vices dus à l'inobservance par des personnes employées par l'acheteur des instructions de l'entrepreneur, mais que l'entrepreneur pourrait être tenu d'inspecter les travaux effectués par ces personnes et de notifier à l'acheteur tout vice de cette sorte et qu'il pourrait être tenu responsable d'un manquement à ces obligations.

89. Un membre a estimé que le contrat devrait mentionner les risques encourus dans l'exercice des fonctions de supervision et que les dommages-intérêts que l'entrepreneur devrait verser à la suite d'un défaut de supervision devraient être limités. Un autre membre a estimé que l'acheteur devrait être tenu de dédommager l'entrepreneur pour toute perte résultant d'un retard dans l'achèvement de la construction dû à une carence de la part de personnes engagées par l'acheteur.

90. On a émis l'avis que la section consacrée à l'"accès au chantier et à l'usine" devrait être abrégée et indiquer dans des termes généraux que le contrat devrait contenir des dispositions prévoyant l'accès au chantier de diverses personnes.

91. Il a été noté que les conditions de travail étaient souvent régies par des lois du pays où était situé le chantier. Les membres se sont généralement accordés à penser que le guide devrait se borner à recommander que le contrat contienne des dispositions précisant la répartition des responsabilités en ce qui concerne les conditions de travail, ainsi que le champ d'application de ces responsabilités, en tenant compte des lois pertinentes du pays.

92. On s'est généralement accordé à penser que le chapitre liminaire du guide devrait souligner que la pleine coopération entre les parties était indispensable au bon avancement des travaux et à l'achèvement réussi de la construction et que cette coopération devrait s'étendre à chacune des phases du contrat. Il a été indiqué que le Secrétariat devrait réexaminer quelle est la place appropriée dans le guide pour le débat sur les agents de liaison.

93. D'aucuns ont estimé que le contrat devrait comprendre des dispositions relatives au paiement par l'acheteur d'articles achetés par l'entrepreneur au nom de l'acheteur, distinctes de celles qui traitent des autres éléments du prix à payer par l'acheteur.

94. Des membres ont proposé que l'entrepreneur soit tenu de laisser le chantier dans un état de propreté satisfaisant d'après les critères de la profession et que les termes "après l'achèvement des travaux" soient supprimés du titre de la section "J". Diverses suggestions ont été faites pour améliorer le libellé de ce chapitre.

Projet de structure révisé[23]

95. On a émis l'avis que les définitions de termes utilisés dans le Guide devraient faire l'objet d'un chapitre distinct contenant un glossaire conformément à la décision précédemment adoptée à titre provisoire par le Groupe de travail. Toutefois, selon un autre point de vue, cette méthode risquait de ne pas convenir, compte tenu des difficultés qu'on éprouverait forcément à produire des définitions concises, et il valait mieux définir ou expliquer les termes dans les chapitres où ils apparaissaient. On a été d'accord que l'établissement d'un index analytique alphabétique permettrait au lecteur de retrouver sans difficulté la définition ou l'explication des termes utilisés dans le Guide dans un contexte donné.

96. On a émis l'opinion qu'il ne fallait pas traiter de la garantie de qualité dans le chapitre "Description de l'installation". Le Groupe de travail n'a pas adopté cette suggestion.

97. On a suggéré qu'au chapitre II "Choix de la formule contractuelle", il y avait lieu de supprimer la section consacrée à la formule du contrat semi-clefs en main. Il a été décidé qu'une décision sur ce point dépendait de celle que prendrait le Groupe de travail sur cette section lorsqu'il examinerait le chapitre II.

98. On a suggéré de modifier l'ordre des chapitres "Ingénieur-conseil" et "Sous-traitance"; néanmoins, le Groupe de travail n'a pas adopté cette suggestion. Il a été convenu de placer le chapitre "Transfert de techniques" à la suite du chapitre "Description de l'installation" et de placer le chapitre "Prix" à la suite du nouveau chapitre "Transfert de techniques". On a observé qu'il y avait lieu d'inclure dans le chapitre "Retards, défauts et autres cas d'inexécution" quelques remarques d'ordre général visant à expliquer le lien qui existe entre les divers recours et méthodes d'indemnisation en cas de non-exécution. On a fait remarquer qu'il y aurait peut-être lieu de placer le chapitre "Clauses de dommages-intérêts libératoires et clauses pénales" avant le chapitre "Dommages-intérêts".

99. On a procédé à un échange d'opinions sur le point de savoir à quel endroit il convenait de traiter des problèmes liés à la question du droit applicable. On est

[23] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.7.

convenu qu'il était possible d'examiner certains problèmes afférents à la rédaction des contrats de construction dans le contexte du droit applicable dans l'introduction du Guide et aussi dans divers chapitres où cela pouvait présenter de l'utilité. On a observé qu'il faudrait peut-être réviser à certains égards la terminologie employée dans la version arabe du projet de structure du Guide.

Choix de la formule contractuelle[24]

100. On s'est largement accordé à penser qu'en règle générale, le chapitre était acceptable sous sa forme actuelle, mais que certaines modifications de structure, et certaines modifications de détail dans certains cas, permettraient de le rendre plus clair. On s'est aussi largement accordé à penser qu'il faudrait éviter de donner l'impression dans ce chapitre que les arrangements contractuels pouvant être conclus en vue de la construction d'installations industrielles pouvaient être classés dans des catégories bien définies, clairement distinctes les unes des autres. Si les principales caractéristiques de certaines formules contractuelles (par exemple la formule clefs en main, la formule du contrat produit en main et la formule des contrats séparés) étaient généralement reconnues et devaient être décrites, il convenait de souligner qu'une série de gradations étaient possibles en ce qui concerne les arrangements contractuels. Il n'était pas facile de faire entrer ces gradations dans des catégories strictes. On a fait observer cependant que cette série d'arrangements devait également apparaître dans le chapitre, car il serait utile, en particulier pour les pays en développement, d'être au courant de ces possibilités.

101. Pour ce qui est de la structure du chapitre, on a noté qu'une distinction fondamentale pouvait être établie entre les arrangements contractuels en vertu desquels on fait appel à une seule partie pour construire les installations et ceux où l'on fait appel à deux ou plusieurs parties. On pourrait mentionner ensuite les avantages et les désavantages éventuels des deux types d'arrangements et éviter ainsi certaines répétitions qui existent à l'heure actuelle dans l'exposé des différentes formules contractuelles. Pour le premier type d'arrangement, le chapitre pourrait traiter des formules du contrat clefs en main et du contrat produit en main, alors que pour le deuxième type d'arrangement, il pourrait traiter de la formule en vertu de laquelle la construction est divisée entre un grand nombre d'entrepreneurs (formule des contrats séparés).

102. Pour ce qui est de la formule des contrats séparés, on a fait observer qu'il serait utile d'indiquer la nature de certains des contrats séparés qui sont fréquemment conclus (travaux de génie civil, mécanique ou électrique) et de donner quelques indications sur les types de contrats qui seraient nécessaires pour les différents types de travaux. On a fait observer également qu'il conviendrait d'expliquer en quoi consiste la technique qui est parfois désignée sous le nom de "*fast-track construction*" (filière rapide). Un avis supplémentaire a été exprimé, à savoir que l'existence d'arrangements contractuels impliquant la supervision d'un ingénieur-conseil ou d'un directeur de projet devrait être clairement indiquée.

103. On a noté que le chapitre pourrait traiter du cas fréquent où l'acheteur conclut un contrat avec un consortium d'entrepreneurs, ainsi que du cas où la construction se présente sous forme d'une coentreprise entre l'acheteur et l'entrepreneur. On a estimé qu'il suffirait de traiter de tels arrangements, et des questions spéciales qui se posent à leur sujet, dans le chapitre I, intitulé "Identification du projet et sélection des parties", avec des renvois appropriés dans l'un et l'autre chapitre.

104. En ce qui concerne la section "Remarques générales", il a été convenu que l'exposé qui y figure devrait être modifié pour être rendu conforme à l'approche adoptée pour l'ensemble du chapitre. On a fait observer que l'exposé figurant au paragraphe 1 devait être simplifié et rendu plus clair. Par exemple, la mention des contrats de portée limitée devrait être complétée par des renseignements plus précis sur ce type de contrats (par exemple contrat pour des travaux de génie mécanique ou électrique). On pourrait également mettre des renvois dans les chapitres ultérieurs du guide où seraient traitées les questions faisant l'objet de tels contrats de portée limitée (par exemple le chapitre sur la fourniture des équipements et matériaux et le chapitre sur le transfert de techniques), et il serait peut-être inutile d'exposer en détail les diverses combinaisons possibles de contrats de portée limitée et de contrats de travaux. On a noté que la déclaration figurant au paragraphe 2, selon laquelle l'acheteur participait dans une certaine mesure à la construction, n'était pas nécessairement exacte dans tous les cas, certaines des obligations minimums attribuées à l'acheteur pouvant parfois être assumées par l'entrepreneur. Par conséquent, le guide pourrait se borner à conseiller aux parties de déterminer les obligations qui devraient selon elles être assumées par l'acheteur.

105. On a dit qu'on pourrait supprimer l'observation figurant au paragraphe 3, selon laquelle les institutions qui financent les travaux pouvaient imposer l'emploi de certaines formules contractuelles. Pour ce qui est de l'influence de la législation fiscale sur le choix des formules contractuelles, on a noté qu'il suffisait de mentionner qu'une telle influence était possible; les législations fiscales différaient en effet de façon considérable selon les pays et il était impossible d'exposer en détail les différentes manières dont ces législations peuvent inciter à choisir telle ou telle formule contractuelle. On a dit également qu'il faudrait indiquer dans la description de chaque formule contractuelle les facteurs qui pourraient inciter les parties à adopter la formule en question (par exemple, le fait que l'acheteur possède ou ne possède pas les compétences nécessaires en matière de technique ou de gestion, ou la nécessité d'adopter une méthode déterminée de fixation des prix).

[24] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.8.

106. En ce qui concerne la formule contrat clefs en main, on a noté que les paragraphes consacrés à cette formule seraient résumés dans une section traitant des cas où une partie seulement est chargée de construire les installations. Cette section décrirait clairement les principales caractéristiques de la formule du contrat clefs en main, sans toutefois en donner une définition. On a fait observer que certains des éléments indiqués comme étant propres à la formule du contrat clefs en main (par exemple, que l'entrepreneur a l'obligation d'achever la construction des installations pour une date précise) s'appliquaient également à d'autres types de contrats et on a dit que ces éléments ne devraient pas figurer dans la description de la formule. D'autres ont fait observer cependant qu'il faudrait peut-être les mentionner afin que la description soit complète.

107. Pour ce qui est des facteurs pouvant entrer en ligne de compte pour inciter les acheteurs de pays en développement à adopter la formule du contrat clefs en main, on a noté que le facteur pertinent n'était peut-être pas le niveau d'industrialisation du pays en général, mais le niveau des compétences techniques dans le domaine précis auquel appartenaient les installations à construire. On a également exprimé l'avis que le guide devrait préciser que la formule du contrat clefs en main n'est pas la seule possible pour régler le problème du manque de compétences techniques auquel se heurtent les pays en développement (par exemple, la formule du contrat global pourrait également être utilisée).

108. Les membres du Groupe de travail ont estimé qu'il faudrait examiner dans ce chapitre les avantages et désavantages éventuels de la formule du contrat clefs en main. La description de ces avantages et désavantages ne devrait cependant pas être catégorique, et il serait préférable que le guide insiste sur la manière dont les désavantages éventuels pourraient être minimisés. On a fait observer que le paragraphe 8 ne montrait pas que si l'on peut tirer parti du jeu de la concurrence au niveau de la conception, c'est grâce au recours à l'appel d'offres et non grâce à la formule du contrat clefs en main elle-même. Les difficultés auxquelles on se heurte pour comparer différentes offres en ce qui concerne les contrats clefs en main (par. 9) existent également lorsqu'on procède à un appel d'offres. On a suggéré de supprimer les paragraphes 8 et 9 étant donné que les questions qui y sont traitées seront examinées dans le chapitre relatif à la procédure d'établissement du contrat. Certains ont été d'avis qu'il fallait supprimer la dernière phrase du paragraphe 10, l'idée qui y est exprimée n'étant pas conforme à la pratique. D'autres ont été d'avis cependant qu'il fallait conserver cette idée, mais en l'exprimant de façon moins catégorique.

109. En ce qui concerne la formule du contrat global, on a fait observer que l'expression "contrat global" était rarement utilisée en pratique ou était utilisée dans un sens différent; il suffirait peut-être de décrire dans le chapitre la formule en question sans la désigner par cette expression. On a fait observer également que le terme "coordonner" (par. 13) était utilisé dans d'autres chapitres du guide, s'agissant d'activités menées par plusieurs personnes; il serait souhaitable à cet égard d'adopter un usage constant. De plus, l'emploi du mot "spécialiste" (en anglais *professional*) pour désigner la seule personne qui s'occupe de la conception risquait de prêter à confusion, étant donné que nombre des personnes participant au processus de construction étaient également des spécialistes.

110. On a fait observer que le paragraphe 12 devrait indiquer qu'il est essentiel, pour pouvoir adopter cette formule, que le plan soit terminé avant la passation du contrat. On a aussi noté qu'il était fallacieux de dire que l'entrepreneur n'est pas responsable si les installations ne sont pas conformes au contrat puisqu'en tout cas l'entrepreneur devrait, dans la construction de l'installation, se conformer aux obligations contractuelles assumées par lui. Peut-être vaudrait-il mieux dire que l'entrepreneur ne serait pas responsable des vices de construction imputables au plan fourni par l'acheteur. On a fait observer à ce sujet que même lorsque le plan est fourni par l'acheteur, l'entrepreneur est tenu, dans certains systèmes juridiques, d'appeler l'attention de l'acheteur sur les éléments défectueux du plan. Certains ont cependant noté que dans d'autres systèmes juridiques, l'entrepreneur n'est pas tenu à une telle obligation.

111. Certains ont suggéré de modifier la présentation des avantages et inconvénients de cette formule (par. 13) pour qu'elle soit mieux équilibrée. S'il est vrai que le spécialiste chargé de la conception ne sera pas tenté de sacrifier des considérations telles que celles de durabilité et de fiabilité, cet avantage sera peut-être contrebalancé par un inconvénient, à savoir que le spécialiste pourrait n'être pas tenté d'établir un plan qui soit économique. Il faudrait peut-être aussi indiquer que la formule présente certains inconvénients. Cependant, on a noté que cette formule était l'une de celles qui prévoient la participation de plus d'une personne à la construction, et que le chapitre remanié pourrait indiquer que la formule présente au moins certains des inconvénients auxquels on se heurte lorsque plusieurs personnes sont engagées pour construire l'installation. On a fait observer qu'un avantage supplémentaire de cette formule était qu'elle permettait à l'acheteur de recourir à un très grand nombre de sources de financement pour le contrat. Certains ont aussi fait observer que dans le paragraphe 13, il faudrait traiter séparément de la possibilité et des avantages qu'il y avait à utiliser des méthodes d'appel d'offres quand on adopte la formule du contrat global.

112. La plupart ont estimé que la formule du contrat produit en main continuait celle du contrat clefs en main et devrait être traitée comme telle. Cependant, il faudrait aussi marquer plus clairement les différences entre les deux formules, d'autant que les éléments qu'elles peuvent avoir en commun (par exemple, le fonctionnement de l'installation pendant une période d'essai et la formation du personnel de l'acheteur) ne permettent pas d'identifier les caractères propres de la formule du contrat produit en main. On a aussi admis que certains types d'arrangements contractuels pouvaient être qualifiés d'arrangements produit en main. Ainsi, il incombait parfois à l'entrepreneur de former le personnel de

l'acheteur pour qu'il puisse assurer le fonctionnement de l'installation achevée, mais de le faire suivant les instructions du personnel de gestion de l'entrepreneur. Dans d'autres cas, l'obligation de l'entrepreneur consistait à faire en sorte que le personnel de l'acheteur soit capable d'exploiter et de gérer lui-même l'installation. Les parties devraient être invitées à préciser l'obligation à assumer par l'entrepreneur.

113. On a fait observer que la description du paragraphe 15 des avantages et inconvénients de cette formule pourrait être mieux équilibrée. Ainsi, le fait qu'avec cette formule le coût total risque d'être plus élevé qu'avec la formule du contrat clefs en main ne constitue pas nécessairement un inconvénient parce que l'acheteur a obtenu plus de services de l'entrepreneur pour un prix plus élevé. Le fait que l'acheteur dispose peut-être d'une liberté moins grande pour choisir le personnel à former ne constitue pas nécessairement non plus un inconvénient car il se peut qu'en fait l'acheteur préfère laisser ce choix à l'entrepreneur, peut-être plus qualifié à cet égard. On a fait remarquer à ce sujet qu'au lieu d'énumérer les avantages et les inconvénients, il vaudrait peut-être mieux s'attacher à indiquer dans quels cas telle ou telle formule serait plus avantageuse à l'acheteur.

114. En ce qui concerne la formule des contrats séparés, on a fait observer que la description des risques de vices ou de retards de construction que présente cette formule (par. 16) pourrait être complétée par la description des méthodes qui permettent de réduire ces risques (par. 21). D'après certains, il faudrait insister davantage sur l'opportunité d'engager une tierce personne en vue d'assurer la coordination des contrats séparés. Le guide devrait préciser comment la responsabilité de la tierce personne peut être engagée (c'est-à-dire en vertu du contrat ou du droit applicable) et dans quelle mesure la tierce personne peut être rendue responsable en vertu du contrat. Il faudrait aussi convenir d'un terme approprié pour désigner cette tierce personne.

115. Certains ont mis en doute les avantages de cette formule visés au paragraphe 18 et ont suggéré de les réexaminer. Il n'était pas sûr que l'acheteur garde un contrôle plus étroit sur les personnes participant à la construction ni qu'il lui soit plus facile de modifier l'ampleur de l'ouvrage et la méthode de construction. Quelle que soit la formule de contrat adoptée, l'acheteur avait une certaine liberté pour faire modifier l'ampleur de l'ouvrage et la méthode de construction, et ces modifications pourraient être plus faciles à exécuter s'il n'y avait qu'un entrepreneur.

116. On a fait observer que dans certains systèmes juridiques, l'entrepreneur avait l'obligation (par exemple, parce qu'il était tenu d'agir de bonne foi) de notifier à l'acheteur les éléments défectueux qu'il avait pu découvrir dans le plan, même si le contrat ne lui imposait pas cette obligation. D'autres ont pourtant fait remarquer que dans d'autres systèmes juridiques, une telle obligation n'existait pas.

117. Quant à la formule du contrat semi-clefs en main, la plupart ont estimé qu'elle constituait un cas particulier de la méthode suivant laquelle la construction est confiée à plusieurs personnes et qu'elle devait être traitée comme telle; il n'était donc pas nécessaire de consacrer à la "formule du contrat semi-clefs en main" un sous-titre distinct. On a fait observer qu'il était parfois difficile de préciser dans quels cas le recours à plusieurs personnes pour entreprendre la construction pouvait être considéré comme un recours à la formule du contrat semi-clefs en main, parce qu'on ne s'accordait pas sur l'étendue des obligations que l'entrepreneur semi-clefs en main devait assumer. Le Groupe de travail a jugé inapproprié d'utiliser l'expression "semi-clefs en main" dans le guide, sinon par référence.

118. On a suggéré de préciser l'obligation de l'entrepreneur semi-clefs en main, énoncée aux paragraphes 22 et 23, de déterminer l'ampleur et la qualité des travaux de construction. Ce qui était significatif au sujet de la partie des travaux de construction réalisée par lui, ce n'était pas son volume mais son importance; il y aurait donc lieu de remplacer le mot "importante" par le mot "essentielle" dans la première phrase du paragraphe 22. Il fallait aussi préciser (par. 24) que l'entrepreneur semi-clefs en main n'était responsable que de l'exécution du contrat passé avec lui et de la remise des travaux effectués conformément à ce contrat.

119. On a fait observer que la comparaison entre les coûts respectifs de la formule des contrats séparés en général et de la formule du contrat semi-clefs en main (par. 25) était sujette à caution; en effet, ce qui distinguait les différentes formules, c'était peut-être seulement la manière différente dont l'acheteur supportait les mêmes coûts globaux. On a aussi noté que les comparaisons ne portant que sur les coûts risquaient d'être fallacieuses et qu'il fallait aussi tenir compte des différences de qualité qu'il était possible d'obtenir suivant les différentes formules de contrat.

120. Certains ont estimé que le guide devrait, à un endroit approprié, donner la description d'un contrat pour la fourniture d'une installation industrielle complète. En vertu d'un tel contrat, l'entrepreneur était généralement tenu de fournir le plan et le matériel nécessaire, de surveiller la construction et d'assumer la responsabilité de la qualité des travaux. Cependant, la construction et les travaux techniques pouvaient être effectués par d'autres.

121. Plusieurs suggestions ont été faites en vue d'améliorer la rédaction du chapitre.

Achèvement, prise en charge et réception[25]

122. Les membres du Groupe de travail se sont accordés à penser que les diverses approches envisagées dans le chapitre devraient être énoncées de façon moins normative et que le Secrétariat aurait intérêt à revoir, dans l'ensemble du chapitre, l'emploi du mot "should". Ce mot ne devait pas donner à entendre que telle ou telle approche était requise par la loi ou que certaines

[25] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.9.

conséquences découleraient automatiquement du choix, par les parties, de telle ou telle ligne de conduite; il devait servir uniquement à indiquer les questions que les parties auraient intérêt à prendre en considération lors de la rédaction du contrat.

123. La terminologie utilisée dans le chapitre a été diversement accueillie. Le Secrétariat a noté que le terme "construction", dans le chapitre intitulé "Construction sur le chantier" visait le montage des équipements, la construction des bâtiments et les travaux de génie civil, alors que dans le présent chapitre il avait une acception plus large et couvrait toutes les obligations de l'entrepreneur. On a fait valoir que si ce mot pouvait être pris dans un sens étroit et viser uniquement les travaux de génie civil, il pouvait être employé aussi pour couvrir toute une gamme de fonctions. Mais il a été dit aussi qu'il n'était pas indispensable de donner à ce mot le même sens dans tous les chapitres du guide, dès lors que sa signification et son emploi apparaissaient clairement au lecteur dans chaque cas. On a suggéré d'utiliser l'expression "les travaux prévus dans le contrat" pour désigner l'ensemble des travaux demandés à l'entrepreneur. Un membre du Groupe de travail a estimé que la formule "prise en charge des travaux" serait préférable à "prise en charge de la construction". Le Groupe de travail est convenu que le Secrétariat devrait prendre note des problèmes soulevés par le mot "construction" et l'utiliser de façon à éviter tout malentendu.

124. Pour ce qui est du terme *erection* utilisé en anglais, il a été dit qu'il s'agissait là d'un terme de métier utilisé dans les marchés de travaux de construction. Mais d'autres membres ont fait valoir qu'il avait un sens trop étroit et qu'il n'était pas toujours utilisé dans la pratique. Il a été proposé de le remplacer par "installation". Il a été convenu que, dans la version française du chapitre, c'était le mot "installation" qu'il fallait utiliser. On a fait observer que le mot *protocol* employé dans la version anglaise ne devrait pas être utilisé dans les marchés de travaux de construction; on a suggéré d'utiliser à la place *certificate, minutes,* ou *statement*; ce qui importait en l'occurrence, c'était que le document soit signé par l'une et l'autre parties. Pour la version française, il a été convenu qu'il fallait éviter le mot "protocole" et utiliser uniquement "procès-verbal".

125. Certains passages du chapitre ont été jugés répétitifs et il a été dit que la section intitulée "Remarques générales" devrait de fait être rédigée en termes plus généraux. A propos de la dernière phrase du paragraphe 1, un membre a estimé qu'il conviendrait de préciser dans le guide les circonstances dans lesquelles l'approbation serait réputée avoir été donnée, en indiquant si cette conséquence découlerait de la législation applicable ou si elle devait être stipulée dans le contrat. Autre suggestion : ajouter "installation" à l'énumération, figurant dans la deuxième phrase du paragraphe 1, des équipements, matériaux et services dont la fourniture vaudrait achèvement de la construction, car l'installation n'était pas en général assimilée à une fourniture de services.

126. Il a été dit que le guide devrait traiter des rapports entre le type de contrat choisi, d'une part, et l'achèvement, la prise en charge et la réception, de l'autre, puisque l'ordre dans lequel ces trois étapes se dérouleraient, et les conséquences à en tirer dépendraient précisément du type de contrat. Cela pourrait amener à rédiger deux paragraphes distincts à la place de l'unique paragraphe 2 actuel. Il a été jugé que la première phrase du paragraphe 2 donnait à entendre, à tort, que l'achèvement, la prise en charge et la réception n'intervenaient pas nécessairement tous les trois dans tous les cas : en fait, on passait bien par chacune de ces étapes dans tous les cas, la question étant uniquement de savoir quand et dans quel ordre. Mais d'autres membres ont fait valoir qu'il pourrait y avoir des cas où l'une ou l'autre de ces étapes serait sautée. On a fait observer, à propos de la dernière phrase du paragraphe 3, qu'il y aurait prise en charge même dans les cas où l'acheteur serait matériellement en possession de l'usine, puisqu'il fallait bien qu'il la prenne en charge à un moment ou à un autre. Selon une autre thèse, la prise en charge s'effectuerait en deux temps : d'abord une prise en charge préliminaire, qui marquerait le point de départ de la période de garantie, puis une prise en charge définitive qui marquerait la fin de cette période.

127. On a suggéré de modifier l'intitulé de la section B pour mieux refléter l'objet de cette section; on a suggéré l'intitulé "Achèvement mécanique de la construction". Pour ce qui est des paragraphes 6 et 7, il a été dit que l'acheteur devrait être en droit d'exiger de l'entrepreneur qu'il effectue des essais supplémentaires ou modifiés et ne devrait avoir à prendre à sa charge le coût de ces essais que si le contrat le stipulait. A cet égard, on a suggéré de supprimer la première phrase du paragraphe 6 et les deux dernières phrases du paragraphe 7. On a proposé aussi de supprimer tout le paragraphe 6. Autre suggestion : indiquer dans le paragraphe 7 que l'entrepreneur pourrait être tenu de prendre à sa charge le coût d'essais supplémentaires ou modifiés même si ces essais n'étaient pas de pratique courante dans l'industrie.

128. A propos du paragraphe 6, on a fait observer que les essais supplémentaires ou modifiés soulevaient une double difficulté : d'une part, ils risquaient de causer des dommages à l'installation, d'autre part, que faudrait-il faire dans les cas où ces essais supplémentaires ou modifiés feraient apparaître des défauts que n'auraient pas révélés les essais stipulés dans le contrat ? Les membres du Groupe de travail sont convenus que les parties devraient préciser dans le contrat comment régler cette situation.

129. On a fait observer qu'une grande partie du projet de chapitre était inapplicable aux travaux de génie civil. A ce propos, on a fait valoir que le guide devrait se borner à traiter des "essais d'achèvement" et ne pas parler des "essais d'achèvement des travaux mécaniques" puisque ces derniers n'étaient pas d'usage pour les travaux de génie civil. On a suggéré aussi de bien préciser dans le guide les cas où les essais de fonctionnement ne seraient possibles qu'une fois achevés tous les travaux de construction.

130. S'agissant du cas où l'acheteur s'abstient d'assister aux essais d'achèvement des travaux mécaniques, on a émis l'opinion qu'en son absence l'entrepreneur ne devrait pouvoir procéder aux essais que dans la mesure où l'acheteur n'était pas habilité à demander leur report ou bien n'avait pas formulé la demande correspondante. En outre, si l'acheteur se trouvait empêché d'assister aux essais pour une raison indépendante de la volonté des deux parties, et pourvu qu'il le notifie à l'entrepreneur avec demande de prolongement, de report ou de répétition des essais, il y aurait lieu de répartir les frais de prolongement, de report ou de répétition comme prévu dans le contrat, chaque partie devant prendre à sa charge toutes les dépenses additionnelles encourues par elle. On a aussi émis l'opinion qu'il fallait que le contrat fasse obligation aux parties de coopérer en vue de la bonne exécution des essais. On a souligné que le libellé des paragraphes 9 et 10 était presque identique à celui des paragraphes 24 et 25, et le Secrétariat a été prié d'étudier les moyens d'éviter les répétitions de ce genre, par exemple en procédant par renvois.

131. On a observé que dans le cas où un organisme d'inspection participait aux essais d'achèvement des travaux mécaniques, il se pouvait que cet organisme recommande des modifications de travaux auxquelles l'entrepreneur ne donnerait peut-être pas son accord et l'on a suggéré de prévoir dans le contrat un mécanisme de règlement des différends adapté à cette éventualité. Toutefois, on s'est généralement accordé à reconnaître qu'en pareille situation on aurait habituellement à tenir compte de la réglementation applicable à l'installation ou encore au fait que les modifications s'inscriraient dans le cadre de variantes imposées par l'acheteur, et qu'il suffirait par conséquent de renvoyer dans ce chapitre aux autres chapitres traitant de ces questions.

132. On a émis l'opinion qu'il fallait, au paragraphe 11, traiter de la nature et du rôle de l'organisme d'inspection amené à participer aux essais d'achèvement des travaux mécaniques. Toutefois, l'opinion a également été émise que le seul rôle de cet organisme était d'organiser des essais, pour le compte de l'entrepreneur ou pour celui de l'acheteur, et qu'il fallait conserver le paragraphe 11 dans son libellé actuel. On est généralement convenu qu'il fallait que l'expert auquel on soumettrait éventuellement les différences de points de vue entre les parties concernant les constatations ou l'évaluation des essais comme c'était envisagé au paragraphe 12 devait être indépendant, agréé par les parties et désigné dans le contrat.

133. On a exprimé l'opinion que l'établissement du procès-verbal d'essais d'achèvement des travaux mécaniques prévu dans ce chapitre ne saurait décharger l'entrepreneur de la responsabilité qui lui incombait si l'on venait à découvrir des défauts dans l'équipement, les matériaux ou les installations pendant la période de rodage, pendant les essais de bon fonctionnement ou pendant la période de garantie. On est généralement convenu qu'il fallait préciser dans le guide les rapports existant entre le procès-verbal et la responsabilité de l'entrepreneur pour des défauts de ce genre, et qu'il fallait que le chapitre renvoie à celui qui traitait des conséquences de ces défauts.

134. On a émis l'opinion qu'il fallait spécifier dans le procès-verbal non seulement les articles portés manquants à l'occasion des essais d'achèvement des travaux mécaniques, mais encore les articles défectueux et le délai dans lequel il faudrait remédier aux défauts. On a dit qu'il n'était possible de se dispenser de la signature de l'acheteur sur le procès-verbal que dans la mesure où l'intéressé n'était pas habilité à demander le report des essais ou bien n'avait pas demandé ce report.

135. On est généralement convenu qu'il fallait indiquer clairement dans le contrat quand on considérait que les travaux de construction seraient achevés. A cet égard, on a émis l'opinion qu'il fallait retenir la date à laquelle les essais d'achèvement des travaux mécaniques se seraient avérés concluants plutôt que la date proposée par l'entrepreneur pour le commencement desdits essais. Néanmoins, selon une autre opinion, les essais risquaient de durer longtemps et il se pouvait donc que les parties envisagent de retenir dans ce contexte la date à laquelle ils auraient commencé.

136. On a émis l'opinion qu'en cas d'échec des essais, la principale conséquence à en tirer serait qu'il y avait retard imputable à l'entrepreneur. A ce sujet, on a émis l'avis qu'il fallait supprimer la dernière phrase du paragraphe 13 car il n'y avait pas à s'efforcer de régler dans le contrat toutes les situations hypothétiques possibles. En outre, cette phrase traitait d'une situation habituellement bien couverte par le droit applicable. Cependant, selon un autre avis, on devait conserver la phrase en question. Sur ce point, on a suggéré qu'il convenait d'examiner d'une manière plus approfondie le problème auquel se référait cette phrase, et que l'examen devait porter sur les conséquences du non-commencement des essais d'achèvement des travaux mécaniques sur celles de l'échec de ces essais. On a observé qu'éventuellement cet examen pourrait être effectué dans le cadre d'une nouvelle sous-section relative aux conséquences juridiques de l'achèvement des travaux.

137. On a dit qu'il convenait de préciser les différences et les rapports qui existent entre la prise en charge et la réception. La prise en charge serait une simple action de l'acheteur (prise de possession de l'ouvrage), alors que la réception serait un acte juridique (par lequel l'acheteur signifierait son approbation des travaux réalisés par l'entrepreneur et reconnaîtrait qu'ils sont conformes aux clauses du contrat). On a fait observer aussi que la prise en charge et la réception pouvaient être simultanées.

138. Diverses thèses ont été avancées quant aux effets juridiques de la prise en charge et de la réception. Selon l'une de ces thèses, le transfert des risques de pertes et de dommages n'était pas le principal effet juridique de la prise en charge, et le transfert des risques pouvait même avoir lieu avant la prise en charge. Selon une autre thèse, en revanche, le transfert des risques était l'un des principaux effets juridiques de la prise en charge. On a dit aussi que l'importance juridique de la

prise en charge tenait également à ce qu'elle pouvait marquer le début de la période de garantie. Au sujet de la réception, on a dit qu'elle pouvait coïncider avec le transfert des risques, et aussi avec le transfert des droits de propriété, mais que la période de garantie pouvait également commencer lors de la prise en charge.

139. Les membres du Groupe de travail se sont accordés à reconnaître que ces questions devraient être traitées dans le guide de manière à laisser aux parties une latitude suffisante : la simultanéité du transfert des risques et de la prise en charge ne devrait être présentée que comme une possibilité parmi d'autres; les parties pourraient envisager d'autres formules, et notamment prévoir que le transfert des risques interviendrait au moment du transfert des droits de propriété ou au moment de la réception. Le guide pourrait en outre indiquer que la période de garantie commence, au gré des parties, soit lors de la prise en charge, soit à un autre moment, par exemple à la date de réception, et que les droits de propriété sur l'ouvrage sont transférés à la date de réception. On a fait observer que le moment où interviendrait le transfert des risques de pertes ou dommages du chef de l'ouvrage pouvait dépendre des clauses du contrat relatives au transfert des risques de pertes ou dommages du chef du matériel à installer lors de la construction de l'ouvrage.

140. On a fait observer que la prise en charge pouvait intervenir avant aussi bien qu'après les essais de fonctionnement, et qu'il fallait donc se garder d'employer, aux paragraphes 14 et 15 respectivement, les expressions "habituellement" et "dans certains cas", qui donnaient à penser que le premier cas était normal et le second exceptionnel. On a dit également que dans l'exposé du cas où l'entrepreneur resterait en possession de l'ouvrage jusqu'à la fin des essais de fonctionnement (par. 15), il fallait préciser que la prise en charge interviendrait après cette période. On a par ailleurs suggéré que la période d'essais fasse l'objet d'une section distincte du guide, qui indiquerait notamment à laquelle des parties il appartiendrait de fournir pendant cette période la main-d'œuvre, les matières premières et l'énergie nécessaires, et qui devrait en supporter le coût.

141. On a noté que le cas exposé aux paragraphes 17 et 18 (prise en charge avant l'achèvement des travaux du fait de la résiliation du contrat) constituait un cas inhabituel, et que l'exposé aurait davantage sa place dans un autre chapitre, par exemple dans celui consacré à l'inexécution des clauses du contrat; il suffirait alors qu'un renvoi à ce chapitre figure dans le chapitre XIV.

142. Au sujet du protocole de prise en charge, on a dit que le guide devrait établir une distinction entre les différents cas de prise en charge où un protocole serait exigé. On a dit aussi qu'en dehors du cas visé au paragraphe 19, un protocole ne serait pas non plus nécessaire si la prise en charge intervenait immédiatement après les essais d'achèvement des travaux mécaniques. Il a été suggéré aussi d'inclure dans le paragraphe 19 un renvoi au paragraphe 12.

143. On a par ailleurs suggéré de remplacer le titre actuel de la section D ("Réception de la construction") par "Réception des travaux", et d'inclure dans le paragraphe 21 un renvoi au paragraphe 34, qui traite des effets juridiques de la réception. La suppression des deux dernières phrases du paragraphe 22, où il est dit qu'il peut se révéler impossible d'essayer ou de faire fonctionner les équipements avant l'achèvement de l'ensemble des travaux, a également été suggérée. On a par ailleurs fait observer que la réception provisoire était pratique courante, et que cette pratique ne devrait pas être déconseillée par le guide. On a suggéré de préciser le sens de la deuxième phrase du paragraphe 23 en spécifiant que les objectifs visés par la formule de la réception provisoire pouvaient être atteints également si la prise en charge intervenait après les essais d'achèvement des travaux mécaniques, à condition que l'entrepreneur soit tenu de fournir les articles manquants ou de remédier aux défauts signalés dans le protocole de prise en charge.

144. On a dit que l'exposé consacré dans le guide aux essais de fonctionnement devrait spécifier si ces essais ont simplement pour objet de déterminer si les installations fonctionnent correctement, ou s'ils doivent aussi servir à établir si ces installations permettent d'atteindre les objectifs qualitatifs et quantitatifs de production. On a aussi suggéré de préciser que le cas visé au paragraphe 33 (mise en service des installations au cas où il serait impossible de les essayer) se présenterait s'il n'existait pas d'organisme d'inspection.

145. Au sujet du procès-verbal d'essais de fonctionnement, on a dit que si ce procès-verbal n'était pas signé par l'une des parties, il pourrait l'être par un expert. On a cependant noté que les législations nationales ne permettaient pas toutes qu'un expert signe le procès-verbal pour l'une des parties. Les membres du Groupe de travail se sont accordés à reconnaître que le guide devrait engager les parties à examiner l'opportunité d'inclure dans le contrat une clause prévoyant que le procès-verbal pourrait être signé par un expert. On a émis l'idée que le contrat devrait stipuler le délai dans lequel l'acheteur serait tenu de signer le protocole de réception, étant donné que certains droits et certaines obligations des parties, notamment l'obligation pour l'acheteur de régler le prix des travaux, pouvaient ne prendre effet qu'à la date de signature du protocole.

146. Les membres du Groupe de travail se sont également accordés à reconnaître que la lecture du guide se trouverait facilitée si les prescriptions du chapitre XIV étaient illustrées par des exemples. Le Groupe de travail a donc invité le Secrétariat à établir des exemples de clauses et de formules, et à examiner si l'adjonction de ces exemples ne permettrait pas d'abréger certains passages du chapitre. Diverses autres suggestions ont été faites pour améliorer le chapitre XIV du point de vue rédactionnel.

Procédure de conclusion du contrat[26]

147. Les membres du Groupe de travail se sont accordés à reconnaître que les questions relatives au mode de

[26] A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.10. Ce document a été présenté durant la session et il a été décidé de tenir compte de ce fait lors de l'examen de la version révisée du chapitre.

sélection des entreprises et aux modalités de conclusion des contrats revêtaient une grande importance pour les acheteurs, et méritaient d'être abordées dans le guide. Néanmoins, des opinions diverses ont été formulées quant au contenu de la partie pertinente du guide. On a noté que ces questions étaient trop complexes pour qu'elles puissent être traitées exhaustivement dans un chapitre de longueur normale. On a aussi fait observer que la Commission examinerait à sa dix-huitième session la question des travaux à entreprendre après l'achèvement du guide en vue d'en accroître encore l'utilité, et qu'elle pourrait alors envisager l'adjonction au guide d'une annexe consacrée à la passation des marchés et aux appels d'offres. Si la Commission prenait une telle décision, il ne serait pas nécessaire de traiter en détail de ces questions dans le chapitre V du guide; les membres du Groupe de travail ont convenu que celui-ci devait, pour l'examen du chapitre V, partir de l'hypothèse que la Commission déciderait l'adjonction d'une telle annexe. Eu égard à ces considérations, le Groupe de travail a jugé que le chapitre V devrait appeler l'attention des acheteurs sur les points à prendre en considération, sans proposer de solutions détaillées.

148. Pour certains membres du Groupe de travail, il fallait que le chapitre soit uniquement consacré au mode de sélection des entreprises, tandis que pour d'autres, il fallait qu'il traite également de l'élaboration et de l'entrée en vigueur des contrats. Pour les partisans de cette dernière formule, il fallait en particulier étoffer l'exposé consacré à l'entrée en vigueur des contrats. On a cependant fait observer qu'il pourrait se révéler difficile de traiter en détail de l'élaboration des contrats, du fait que celle-ci relevait dans de nombreux pays de dispositions législatives à caractère obligatoire, et que ces dispositions n'étaient pas harmonisées. Or, il n'apparaissait pas nécessaire de se lancer dans une analyse comparée des dispositions des législations nationales en la matière; il suffisait d'attirer l'attention des parties sur ces dispositions.

149. Des opinions diverses ont été exprimées au sujet du titre du chapitre V. Une nette tendance s'est dégagée en faveur du choix d'un titre qui coïncide mieux avec le thème principal du chapitre (actuellement la question des appels d'offres). Le Groupe de travail ne s'est cependant pas prononcé sur le titre à adopter.

150. Selon l'un des avis exprimés, la distinction opérée dans le projet de guide entre appels d'offres ouverts et appels d'offres restreints était trop tranchée. Il existait, entre l'appel d'offres ouvert et l'appel d'offres restreint tel qu'ils étaient définis dans le chapitre V toute une série de formules intermédiaires. D'autre part, l'appel d'offres, quel qu'en soit le type, pouvait être plus ou moins formel. Et même si le choix des entreprises se faisait par la négociation, celle-ci impliquait certaines formalités. On a dit à cet égard que le guide devrait traiter des diverses formules que pourrait adopter l'acheteur pour la conduite des négociations. On a fait observer que certaines dispositions de la procédure d'appel d'offres (par exemple, l'obligation pour les soumissionnaires de fournir certains documents) pouvaient n'être applicables qu'aux entreprises privées.

151. Les membres du Groupe de travail ont été nombreux à penser qu'il fallait réserver dans le guide une place égale à la formule de la négociation et à la formule de l'appel d'offres, tout en respectant l'originalité de l'une et de l'autre. Le chapitre V ne devait pas donner l'impression que l'appel d'offres était le principal mode de passation des marchés de construction; dans la pratique, ces marchés étaient très souvent conclus à l'issue de négociations. Le chapitre ne devait pas non plus donner l'impression que la formule de la négociation ne permettait pas de faire jouer la concurrence entre les entreprises. On a souligné que des négociations étaient en effet souvent engagées avec plusieurs entreprises.

152. Selon l'une des opinions exprimées, la formule de l'appel d'offres n'interdisait nullement la négociation. Selon une autre opinion, en revanche, cette combinaison de formules était à déconseiller et il fallait que les transactions avec les entreprises se limitent au prix des travaux, à l'exclusion de toute autre clause du contrat. On a fait observer qu'il pourrait se révéler impossible d'appliquer la formule de l'appel d'offres si les prix étaient fixés en fonction des coûts effectifs. Selon une autre opinion, en revanche, la formule de l'appel d'offres pouvait être appliquée même dans ce cas. On a dit par ailleurs qu'il fallait bien préciser dans le guide que si l'on optait pour des contrats séparés, il était possible de varier les formules selon les contrats. On a dit également qu'il fallait préciser dans le guide que les appels d'offres pouvaient être limités à certains pays ou à certaines régions en vertu de dispositions de législations nationales ou de traités internationaux. On a fait observer que la formule de l'appel d'offres ouvert pouvait présenter certains avantages du point de vue des prix. On a également fait observer que le recours à cette formule n'impliquait pas nécessairement que l'appel d'offres soit ouvert aux soumissionnaires potentiels du monde entier.

153. Selon l'une des opinions exprimées, il fallait que le chapitre V traite plus en détail des critères qui pourraient être appliqués pour l'évaluation des soumissions. On a fait observer que le prix n'était pas nécessairement le critère principal, et que la capacité du soumissionnaire de remplir les obligations prévues au contrat et sa volonté de se soumettre aux exigences stipulées dans l'appel d'offres pouvaient également revêtir une grande importance. On a estimé que le guide devrait opérer une distinction plus claire entre l'ouverture des plis d'offre et l'évaluation des soumissions et que ces tâches pouvaient être confiées à des organismes différents. Il fallait notamment mieux expliquer la méthode d'évaluation dite "de la double enveloppe". On a suggéré de mentionner dans le guide la possibilité, pour l'acheteur, de rejeter toutes les soumissions, pourvu qu'il respecte la procédure d'appel d'offres.

154. On a par ailleurs suggéré que soient abordées dans le chapitre V certaines questions relatives à la position juridique de l'acheteur et des soumissionnaires pendant la procédure d'appel d'offres. On a fait observer que ces positions seraient régies par le droit applicable. Il paraissait souhaitable à plusieurs membres du

Groupe de travail d'examiner et de préciser les conséquences juridiques du lancement d'un appel d'offres d'une part, et de la présentation d'une soumission d'autre part. On a fait observer que dans certains systèmes juridiques, une soumission pouvait être assimilée à une offre, et qu'en pareil cas il pouvait être difficile de refuser au soumissionnaire le droit de retirer ou de modifier sa soumission à tel ou tel stade. On a émis l'avis que le guide devrait également traiter de la faculté, pour l'acheteur, de modifier en cours de route les clauses de la procédure d'appel d'offres. On a suggéré d'élargir l'exposé des problèmes liés à la conclusion du contrat sur la base de la procédure d'appel d'offres. On a noté par ailleurs que les institutions financières n'appliquaient pas des conditions uniformes en matière d'appels d'offres. Cependant, selon l'une des opinions exprimées, il ne fallait pas faire mention de ces conditions dans le chapitre V.

155. Des opinions diverses ont été exprimées quant au degré de détail de l'exposé à consacrer à la préqualification. Pour certains, il suffisait que le chapitre V traite de façon générale du rôle et de l'utilité de la préqualification (ce qui était fait au paragraphe 9). Pour d'autres, en revanche, les explications figurant respectivement au paragraphe 10 et au paragraphe 11 au sujet du contenu de l'appel de demandes de préqualification et du questionnaire de préqualification adressé aux entreprises étaient extrêmement utiles pour l'acheteur et devaient donc être maintenues dans le guide. Le Groupe de travail a jugé qu'il fallait étoffer l'exposé général consacré à la préqualification, et notamment y indiquer les raisons qui pouvaient justifier le recours à cette formule et les différentes étapes du processus, et qu'il fallait illustrer les informations détaillées figurant aux paragraphes 10 et 11 en donnant d'une part un exemple d'appel de demandes de préqualification, et d'autre part un exemple de questionnaire de préqualification. Le Groupe de travail a estimé également qu'il fallait donner aussi dans le guide un exemple de formule d'appel d'offres. Il a invité le Secrétariat à établir des exemples de dispositions et de formules et à les faire figurer dans la version remaniée du projet de chapitre V, qu'il examinerait à sa prochaine session en même temps que les autres chapitres révisés.

156. S'agissant des documents à fournir aux soumissionnaires éventuels, on a exprimé l'opinion qu'il faudrait mettre davantage l'accent sur les spécifications du contrat. A cet égard, on a également suggéré qu'il soit souligné dans le chapitre V que les plans devraient être complètement ou presque complètement achevés au moment de l'appel d'offres. On a également fait observer que les projets de formule visés au paragraphe 17 n'auraient pas à être tous communiqués aux soumissionnaires éventuels dans tous les cas. On a dit par ailleurs qu'il fallait éviter de laisser entendre dans le chapitre V que le soumissionnaire était tenu de joindre à sa soumission une garantie de bonne exécution. Les membres du Groupe de travail se sont accordés à reconnaître le fait que, dans les passages du guide consacrés à l'appel d'offres et aux instructions aux soumissionnaires, il convenait non pas de stipuler des délais d'une durée déterminée, mais simplement d'inviter les parties à examiner quel délai était approprié.

157. On a fait observer que des garanties d'offre n'étaient pas exigées en pratique dans tous les cas, et suggéré qu'il soit tenu compte de ce fait dans le paragraphe 17. On a fait observer aussi que les garanties d'offre devraient rester valides un peu plus longtemps que les soumissions. On a suggéré de supprimer, dans le projet de guide, la prescription selon laquelle la garantie d'offre devrait être "suffisamment élevée", d'y spécifier simplement que l'acheteur devrait prendre en considération divers éléments pour en fixer le montant. On a par ailleurs souligné que la législation du pays auquel ressortit un soumissionnaire éventuel pouvait comporter des dispositions à caractère obligatoire régissant la forme et le contenu des certificats de capacité, et que, par conséquent, il fallait exclure ces certificats de la liste de documents figurant au paragraphe 17.

158. Des opinions diverses ont été exprimées quant à l'opportunité de supprimer ou de maintenir la partie du projet relative aux "discussions avec le soumissionnaire jugé le plus acceptable". Suivant l'opinion majoritaire, il convenait de maintenir cette partie, mais de substituer au paragraphe 32 la formule "à la satisfaction des deux parties" à l'expression "à la satisfaction de l'acheteur". On a suggéré d'ajouter, au paragraphe 34, les mots "si celles-ci sont prévues dans l'offre" après l'expression "garanties de bonne exécution".

159. De l'avis général, il convenait, dans le guide, d'appeler l'attention des parties sur les problèmes relatifs à la validité du contrat, problèmes qui devraient être traités de façon plus détaillée soit dans le chapitre V, soit dans un autre chapitre. Il convenait également de vivement recommander aux parties d'opter pour un contrat écrit, même dans les cas où le droit applicable ne l'exigerait pas.

160. On a souligné qu'il convenait de corriger sur certains points la version arabe du chapitre V, en particulier les paragraphes 1 à 5. Des révisions étaient également nécessaires dans la version espagnole. On a présenté diverses propositions visant à améliorer ce chapitre du point de vue rédactionnel.

Questions diverses et travaux futurs

161. Le Secrétaire de la Commission a informé le Groupe de travail que, sous réserve de l'approbation de la Commission, il était prévu que la huitième session du Groupe se tiendrait à Vienne du 17 au 27 mars 1986. Le Groupe de travail a invité le Secrétariat à lui soumettre lors de cette session le projet d'introduction au guide et les projets de chapitres intitulés "Choix du projet et sélection des parties", "Approvisionnement en pièces détachées et prestations de services après l'achèvement des travaux" et "Règlement des litiges". Il a en outre prié le Secrétariat de lui soumettre, si possible, quelques projets de chapitres révisés, en portant son choix sur ceux que le Groupe devrait, à son avis, réexaminer attentivement en raison de l'ampleur des révisions.

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)

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Pages*
[A/CN.9/WG.V/WP.15]		
INTRODUCTION	1-5	284
[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.1]		
PRIX		
RÉSUMÉ		285
A. Remarques générales	1-5	286
B. Méthode de fixation des prix	6-27	287
1. Contrat au forfait	6-9	287
2. Contrat en régie	10-25	287
3. Contrat à prix unitaire	26-27	289
C. Primes	28-29	290
D. Monnaie retenue	30-36	290
E. Ajustement et révision du prix	37-62	291
1. Ajustement du prix	40-46	291
a) Données inexactes fournies par l'acheteur	42	292
b) Problèmes imprévisibles liés aux conditions hydrologiques et à l'état du sous-sol	43	292
c) Modifications de la réglementation locale	44-46	292
2. Révision du prix	47-62	292
a) Modification du coût de la construction	49-57	293
i) Clauses d'indexation	49-55	293
ii) Méthode des pièces justificatives	56-57	294
b) Changement du taux de change de la monnaie de paiement par rapport à d'autres monnaies	58-62	294
i) Clause sur la monnaie de paiement	58-59	294
ii) Clause sur l'unité de compte	60-62	295
F. Conditions de paiement	63-78	295
1. Avance	65-66	295
2. Paiement pendant la construction	67-72	296
3. Paiement après prise en charge ou réception des installations	73	296
4. Paiement après expiration de la période de garantie	74-75	297
5. Crédit accordé par l'entrepreneur ou par le pays de l'entrepreneur	76-78	297
APPENDICE		297
[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.2]		
INGÉNIEUR-CONSEIL		297
RÉSUMÉ		297
A. Remarques générales	1-3	298
B. Pouvoirs et fonctions de l'ingénieur-conseil	4-13	298
1. Fourniture de services à l'acheteur	4-7	298
a) Cas où l'ingénieur conseille l'acheteur et met à sa disposition ses compétences techniques	4-5	298
b) Cas où l'ingénieur-conseil agit au nom de l'acheteur	6-7	299
2. Fonctions indépendantes	8-13	299

	Paragraphes	*Pages*
C. Choix et remplacement de l'ingénieur-conseil	14-16	300
D. Délégation de pouvoirs par l'ingénieur-conseil	17-18	301
E. Renseignements à fournir à l'ingénieur-conseil et droit d'accès de ce dernier	19	301

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.3]

TRANSFERT DE TECHNIQUES		301
RÉSUMÉ		301
A. Remarques générales	1-8	302
B. Problèmes communs aux dispositions touchant aux licences et au savoir-faire	9-17	303
1. Description de techniques	9	303
2. Conditions limitant l'utilisation des techniques par l'acquéreur	10	303
3. Garanties	11-12	303
4. Prix	13-15	304
5. Atteinte aux droits de tiers	16-17	304
C. Questions intéressant les seules dispositions relatives au savoir-faire	18-19	305
Maintien du secret	18-19	305
D. Communication d'informations techniques et de compétences	20-28	305
1. Fourniture de la documentation	21-22	305
2. Formation du personnel	23-28	305

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.4]

TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ DES BIENS		306
RÉSUMÉ		306
A. Remarques générales	1-2	307
B. Transfert de la propriété des équipements et matériels fournis par l'entrepreneur en vue de leur incorporation dans l'ouvrage	3-4	307
C. Transfert de la propriété d'équipements et matériels fournis par l'acheteur	5	307
D. Transfert de la propriété de l'ouvrage durant la construction et de l'installation achevée	6-9	307

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.5]

LÉGISLATION APPLICABLE		308
RÉSUMÉ		308
A. Remarques générales	1-4	308
B. Choix de la législation applicable au contrat	5-13	309
C. Règles juridiques impératives de caractère public	14-21	310
1. Règles concernant les aspects techniques de l'installation ou de sa construction	15-18	310
2. Règles concernant les restrictions à l'exportation et à l'importation et le contrôle des changes	19-20	311
3. Règles concernant les droits de douane et les taxes	21	311

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.6]

CONSTRUCTION SUR LE CHANTIER		311
RÉSUMÉ		311
A. Remarques générales	1	312

		Paragraphes	*Pages*
B.	Travaux préparatoires	2-6	312
C.	Travaux de construction à exécuter par l'entrepreneur	7-22	313
	1. Machines, outils et équipement pour la construction	7-9	313
	2. Délai d'achèvement de la construction	10-14	313
	3. Calendrier de construction	15-19	314
	4. Prolongation du délai d'achèvement de la construction	20-22	315
D.	Construction à effectuer sous la supervision de l'entrepreneur	23-26	315
E.	Accès au chantier et à l'usine	27-31	316
F.	Conditions de travail	32-33	316
G.	Coopération entre les parties	34-35	316
H.	Achats par l'entrepreneur au nom de l'acheteur	36-38	317
I.	Aide apportée par l'entrepreneur à l'acheteur dans la passation de contrats avec des tiers	39	317
J.	Evacuation du chantier après l'achèvement des travaux	40	317

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.7]

PROJET DE STRUCTURE RÉVISÉ 317

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.8]

CHOIX DE LA FORMULE CONTRACTUELLE* 322

RÉSUMÉ 322

A.	Remarques générales	1-4	322
B.	Contrats clefs en main	5-11	323
C.	Formule du contrat global	12-13	324
D.	Formule du contrat produit en main	14-15	324
E.	Formule des contrats séparés	16-21	325
F.	Formule du contrat semi-clefs en main	22-25	325

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.9]

ACHÈVEMENT, PRISE EN CHARGE ET RÉCEPTION 326

RÉSUMÉ 326

A.	Remarques générales	1-3	326
B.	Achèvement de la construction	4-13	327
	1. Preuve de l'achèvement : essais d'achèvement des travaux mécaniques	4-11	327
	2. Procès-verbal des essais d'achèvement des travaux mécaniques	12	328
	3. Date de l'achèvement de la construction	13	328
C.	Prise en charge de l'ouvrage	14-20	328
	1. Prise en charge après l'achèvement de la construction	14-16	328
	2. Prise en charge avant l'achèvement de la construction	17-18	329
	a) Prise en charge en cas de résiliation du contrat	17	329
	b) Prise en charge en cas d'achèvement de la construction par un autre aux frais et aux risques de l'entrepreneur	18	329
	3. Protocole de prise en charge	19	329
	4. Effets juridiques de la prise en charge	20	329

*Le présent projet de chapitre contient le texte révisé du projet de chapitre II intitulé "Choix des types de contrats" publié sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.2. Le contenu de la section intitulée "Types de contrats classés suivant la méthode de fixation des prix" qui figurait dans la version initiale a été incorporé dans le projet de chapitre "Prix" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.1).

		Paragraphes	Pages
D.	Réception de la construction	21-36	329
1.	Essais de bon fonctionnement	24-30	330
2.	Procès-verbal des essais de bon fonctionnement	31	330
3.	Date de la réception	32-33	330
4.	Effets juridiques de la réception	34	331
5.	Protocole de réception	35-36	331

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.10]

PROCÉDURE DE CONCLUSION DU CONTRAT			331
RÉSUMÉ			331
A.	Remarques générales	1-8	332
B.	Appel d'offres	9-34	334
1.	Préqualification	9-13	334
2.	Avis d'appel d'offres	14-16	334
3.	Documents à fournir aux soumissionnaires éventuels	17-24	335
4.	Ouverture des plis d'offre et évaluation des offres	25-31	337
a)	Ouverture des plis d'offre	25-27	337
b)	Evaluation des offres	28-31	337
i)	Sélection préliminaire	29-30	337
ii)	Evaluation approfondie	31	337
5.	Discussions avec le soumissionnaire jugé le plus acceptable	32	338
6.	Examen de postqualification et choix du soumissionnaire	33-34	338
C.	Négociation	35-36	338
D.	Conclusion du contrat	37-38	338
1.	Forme du contrat	37	338
2.	Validité et entrée en vigueur du contrat	38	338

[A/CN.9/WG.V/WP.15]

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]. A sa quatorzième session, la Commission a approuvé cette décision du Groupe de travail et a décidé que le Guide recenserait les questions juridiques soulevées par ces contrats et suggérerait des solutions possibles pour aider les parties, notamment des pays en développement, dans leurs négociations[2].

2. Après avoir examiné à ses deuxième[3] et troisième[4] sessions, une étude soumise par le secrétariat, des clauses utilisées dans les contrats de fourniture et de construction d'ensembles industriels[5], le Groupe de travail, à sa troisième session, a prié le secrétariat de lui soumettre une esquisse de la structure du Guide et certains projets de chapitres.

3. A sa quatrième session, le Groupe de travail a examiné le "projet d'esquisse de la structure" du Guide et les projets de chapitres suivants : "Choix du type de contrat", "Exonérations" et "Clauses d'imprévision"[6]. A sa cinquième session, il a examiné les projets de chapitres suivants : "Résiliation"[7] "Contrôle et essais", "Défaut d'exécution"[8], "Modifications", "Cession" et "Suspension de la construction", ainsi qu'une note sur la présentation du Guide[9]. A sa sixième session, il a examiné les projets de chapitres suivants : "Dommages-intérêts", "Clauses de dommages-intérêts libératoires et clauses pénales"[10], "Nature et qualité des travaux", "Achèvement, réception et prise en charge", "Répartition des risques de perte ou de dommages", "Assurances", "Sous-traitance" et "Garantie de bonne exécution"[11].

[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.

[8] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.1 et 3.

[9] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.6 à 9.

[10] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4 et 5.

[11] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1 à 6.

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)

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Pages*
[A/CN.9/WG.V/WP.15]		
INTRODUCTION	1-5	284
[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.1]		
PRIX		
RÉSUMÉ		285
A. Remarques générales	1-5	286
B. Méthode de fixation des prix	6-27	287
1. Contrat au forfait	6-9	287
2. Contrat en régie	10-25	287
3. Contrat à prix unitaire	26-27	289
C. Primes	28-29	290
D. Monnaie retenue	30-36	290
E. Ajustement et révision du prix	37-62	291
1. Ajustement du prix	40-46	291
a) Données inexactes fournies par l'acheteur	42	292
b) Problèmes imprévisibles liés aux conditions hydrologiques et à l'état du sous-sol	43	292
c) Modifications de la réglementation locale	44-46	292
2. Révision du prix	47-62	292
a) Modification du coût de la construction	49-57	293
i) Clauses d'indexation	49-55	293
ii) Méthode des pièces justificatives	56-57	294
b) Changement du taux de change de la monnaie de paiement par rapport à d'autres monnaies	58-62	294
i) Clause sur la monnaie de paiement	58-59	294
ii) Clause sur l'unité de compte	60-62	295
F. Conditions de paiement	63-78	295
1. Avance	65-66	295
2. Paiement pendant la construction	67-72	296
3. Paiement après prise en charge ou réception des installations	73	296
4. Paiement après expiration de la période de garantie	74-75	297
5. Crédit accordé par l'entrepreneur ou par le pays de l'entrepreneur	76-78	297
APPENDICE		297
[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.2]		
INGÉNIEUR-CONSEIL		297
RÉSUMÉ		297
A. Remarques générales	1-3	298
B. Pouvoirs et fonctions de l'ingénieur-conseil	4-13	298
1. Fourniture de services à l'acheteur	4-7	298
a) Cas où l'ingénieur conseille l'acheteur et met à sa disposition ses compétences techniques	4-5	298
b) Cas où l'ingénieur-conseil agit au nom de l'acheteur	6-7	299
2. Fonctions indépendantes	8-13	299

	Paragraphes	*Pages*
C. Choix et remplacement de l'ingénieur-conseil	14-16	300
D. Délégation de pouvoirs par l'ingénieur-conseil	17-18	301
E. Renseignements à fournir à l'ingénieur-conseil et droit d'accès de ce dernier	19	301

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.3]

TRANSFERT DE TECHNIQUES		301
RÉSUMÉ		301
A. Remarques générales	1-8	302
B. Problèmes communs aux dispositions touchant aux licences et au savoir-faire	9-17	303
1. Description de techniques	9	303
2. Conditions limitant l'utilisation des techniques par l'acquéreur	10	303
3. Garanties	11-12	303
4. Prix	13-15	304
5. Atteinte aux droits de tiers	16-17	304
C. Questions intéressant les seules dispositions relatives au savoir-faire	18-19	305
Maintien du secret	18-19	305
D. Communication d'informations techniques et de compétences	20-28	305
1. Fourniture de la documentation	21-22	305
2. Formation du personnel	23-28	305

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.4]

TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ DES BIENS		306
RÉSUMÉ		306
A. Remarques générales	1-2	307
B. Transfert de la propriété des équipements et matériels fournis par l'entrepreneur en vue de leur incorporation dans l'ouvrage	3-4	307
C. Transfert de la propriété d'équipements et matériels fournis par l'acheteur	5	307
D. Transfert de la propriété de l'ouvrage durant la construction et de l'installation achevée	6-9	307

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.5]

LÉGISLATION APPLICABLE		308
RÉSUMÉ		308
A. Remarques générales	1-4	308
B. Choix de la législation applicable au contrat	5-13	309
C. Règles juridiques impératives de caractère public	14-21	310
1. Règles concernant les aspects techniques de l'installation ou de sa construction	15-18	310
2. Règles concernant les restrictions à l'exportation et à l'importation et le contrôle des changes	19-20	311
3. Règles concernant les droits de douane et les taxes	21	311

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.6]

CONSTRUCTION SUR LE CHANTIER		311
RÉSUMÉ		311
A. Remarques générales	1	312

		Paragraphes	*Pages*
B.	Travaux préparatoires	2-6	312
C.	Travaux de construction à exécuter par l'entrepreneur	7-22	313
	1. Machines, outils et équipement pour la construction	7-9	313
	2. Délai d'achèvement de la construction	10-14	313
	3. Calendrier de construction	15-19	314
	4. Prolongation du délai d'achèvement de la construction	20-22	315
D.	Construction à effectuer sous la supervision de l'entrepreneur	23-26	315
E.	Accès au chantier et à l'usine	27-31	316
F.	Conditions de travail	32-33	316
G.	Coopération entre les parties	34-35	316
H.	Achats par l'entrepreneur au nom de l'acheteur	36-38	317
I.	Aide apportée par l'entrepreneur à l'acheteur dans la passation de contrats avec des tiers	39	317
J.	Evacuation du chantier après l'achèvement des travaux	40	317

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.7]

PROJET DE STRUCTURE RÉVISÉ 317

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.8]

CHOIX DE LA FORMULE CONTRACTUELLE* 322

RÉSUMÉ 322

A.	Remarques générales	1-4	322
B.	Contrats clefs en main	5-11	323
C.	Formule du contrat global	12-13	324
D.	Formule du contrat produit en main	14-15	324
E.	Formule des contrats séparés	16-21	325
F.	Formule du contrat semi-clefs en main	22-25	325

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.9]

ACHÈVEMENT, PRISE EN CHARGE ET RÉCEPTION 326

RÉSUMÉ 326

A.	Remarques générales	1-3	326
B.	Achèvement de la construction	4-13	327
	1. Preuve de l'achèvement : essais d'achèvement des travaux mécaniques	4-11	327
	2. Procès-verbal des essais d'achèvement des travaux mécaniques	12	328
	3. Date de l'achèvement de la construction	13	328
C.	Prise en charge de l'ouvrage	14-20	328
	1. Prise en charge après l'achèvement de la construction	14-16	328
	2. Prise en charge avant l'achèvement de la construction	17-18	329
	a) Prise en charge en cas de résiliation du contrat	17	329
	b) Prise en charge en cas d'achèvement de la construction par un autre aux frais et aux risques de l'entrepreneur	18	329
	3. Protocole de prise en charge	19	329
	4. Effets juridiques de la prise en charge	20	329

*Le présent projet de chapitre contient le texte révisé du projet de chapitre II intitulé "Choix des types de contrats" publié sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.2. Le contenu de la section intitulée "Types de contrats classés suivant la méthode de fixation des prix" qui figurait dans la version initiale a été incorporé dans le projet de chapitre "Prix" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.1).

		Paragraphes	Pages
D.	Réception de la construction	21-36	329
1.	Essais de bon fonctionnement	24-30	330
2.	Procès-verbal des essais de bon fonctionnement	31	330
3.	Date de la réception	32-33	330
4.	Effets juridiques de la réception	34	331
5.	Protocole de réception	35-36	331

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.10]

	PROCÉDURE DE CONCLUSION DU CONTRAT		331
	RÉSUMÉ		331
A.	Remarques générales	1-8	332
B.	Appel d'offres	9-34	334
1.	Préqualification	9-13	334
2.	Avis d'appel d'offres	14-16	334
3.	Documents à fournir aux soumissionnaires éventuels	17-24	335
4.	Ouverture des plis d'offre et évaluation des offres	25-31	337
a)	Ouverture des plis d'offre	25-27	337
b)	Evaluation des offres	28-31	337
i)	Sélection préliminaire	29-30	337
ii)	Evaluation approfondie	31	337
5.	Discussions avec le soumissionnaire jugé le plus acceptable	32	338
6.	Examen de postqualification et choix du soumissionnaire	33-34	338
C.	Négociation	35-36	338
D.	Conclusion du contrat	37-38	338
1.	Forme du contrat	37	338
2.	Validité et entrée en vigueur du contrat	38	338

[A/CN.9/WG.V/WP.15]

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]. A sa quatorzième session, la Commission a approuvé cette décision du Groupe de travail et a décidé que le Guide recenserait les questions juridiques soulevées par ces contrats et suggérerait des solutions possibles pour aider les parties, notamment des pays en développement, dans leurs négociations[2].

2. Après avoir examiné à ses deuxième[3] et troisième[4] sessions, une étude soumise par le secrétariat, des clauses utilisées dans les contrats de fourniture et de construction d'ensembles industriels[5], le Groupe de travail, à sa troisième session, a prié le secrétariat de lui soumettre une esquisse de la structure du Guide et certains projets de chapitres.

3. A sa quatrième session, le Groupe de travail a examiné le "projet d'esquisse de la structure" du Guide et les projets de chapitres suivants : "Choix du type de contrat", "Exonérations" et "Clauses d'imprévision"[6]. A sa cinquième session, il a examiné les projets de chapitres suivants : "Résiliation"[7] "Contrôle et essais", "Défaut d'exécution"[8], "Modifications", "Cession" et "Suspension de la construction", ainsi qu'une note sur la présentation du Guide[9]. A sa sixième session, il a examiné les projets de chapitres suivants : "Dommages-intérêts", "Clauses de dommages-intérêts libératoires et clauses pénales"[10], "Nature et qualité des travaux", "Achèvement, réception et prise en charge", "Répartition des risques de perte ou de dommages", "Assurances", "Sous-traitance" et "Garantie de bonne exécution"[11].

[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.

[8] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.1 et 3.

[9] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.6 à 9.

[10] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4 et 5.

[11] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1 à 6.

4. On trouvera dans les additifs au présent rapport les nouveaux projets de chapitres ci-après, qui ont été établis par le secrétariat : "Prix" (Add.1); "Ingénieur-conseil" (Add.2); "Transfert de techniques" (Add.3); "Transfert de la propriété des biens" (Add.4); "Législation applicable" (Add.5); et "Construction sur le chantier" (Add.6). En outre, le présent rapport comporte un projet de structure révisé du Guide (Add.7), ainsi que les projets de chapitres révisés suivants : "Choix de la formule contractuelle" (Add.8) et "Achèvement, prise en charge et réception" (Add.9).

5. A sa quatrième session, le Groupe de travail est convenu qu'au fur et à mesure que les travaux progresseraient, il serait sans doute nécessaire de réorganiser les chapitres et le secrétariat a été laissé libre de le faire[12]. Le "Projet de structure révisé" fait apparaître la réorganisation à laquelle il a été procédé. Cependant, ce projet de structure révisé n'ayant pas encore été adopté par le Groupe de travail, on continue de désigner les chapitres par leur titre et non par leur numéro. Les chapitres intitulés "Choix de la formule contractuelle" et "Achèvement, prise en charge et réception" sont des versions révisées des projets de chapitres "Choix du type de contrat" (A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.2) et "Achèvement, réception et prise en charge" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2), qui ont déjà été examinés par le Groupe de travail[13]. L'essentiel de la section du projet de chapitre sur le "Choix du type de contrat" intitulée "Types de contrats classés suivant la méthode de fixation du prix" se retrouve dans le projet de chapitre "Prix" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.1).

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.1]

Prix

Résumé

Trois grandes méthodes de fixation des prix ont été mises au point pour les contrats de construction. Ce sont les méthodes du contrat au forfait, du contrat en régie et du contrat à prix unitaire. Dans le contrat au forfait, l'acheteur est tenu de verser un certain montant qui reste identique (à moins qu'il ne soit ajusté ou révisé), même s'il apparaît que les coûts de la construction diffèrent de ceux qui étaient prévus au moment de la conclusion du contrat. Cette méthode protège l'acheteur contre toute augmentation des coûts de la construction. Cependant, le prix d'un contrat au forfait peut être supérieur à celui d'un contrat en régie pour la même construction, car le prix forfaitaire comprend en général un supplément ayant pour objet de protéger l'entrepreneur contre les risques d'augmentation des coûts. La méthode du forfait présente un inconvénient car elle peut inciter l'entrepreneur à limiter les coûts de la construction en appliquant des normes minimales (par. 6 à 9).

Dans le contrat en régie, l'acheteur est tenu de payer toutes les dépenses raisonnablement engagées par l'entrepreneur durant la construction de l'installation, ainsi que des honoraires convenus. Dans cette méthode, l'acheteur supporte le risque d'une augmentation du coût de la construction par rapport au coût envisagé au moment de la conclusion du contrat. En outre, l'entrepreneur est sans doute moins incité à faire preuve d'économie et de diligence dans la construction, puisque toutes les dépenses de construction qu'il engagera seront payées par l'acheteur. Cette méthode présente un autre inconvénient : son application exige une comptabilité encombrante. Aussi ne faudrait-il recourir au contrat en régie que dans des cas limités, par exemple lorsque l'on ne peut prévoir avec précision l'ampleur des travaux de construction au moment de la conclusion du contrat, ou lorsque l'installation à construire est d'une complexité exceptionnelle (par. 10 à 25). Le risque d'une augmentation du coût de la construction que supporte l'acheteur peut être limité à un plafonnement du montant total des dépenses remboursables (par. 16). Il est également possible d'inciter l'entrepreneur à faire preuve d'économie et de diligence dans la construction en fixant un honoraire cible (par. 25).

Dans le contrat à prix unitaire, les parties conviennent d'un taux par unité de construction et le prix est fonction du total des unités effectivement utilisées pour la construction. Le risque d'une augmentation des coûts, au cas où la quantité effective des travaux dépasserait la quantité estimée au moment de la conclusion du contrat, est à la charge de l'acheteur, alors que le risque d'une augmentation du coût de chaque unité est supporté par l'entrepreneur (par. 26 et 27).

Deux de ces méthodes de fixation des prix, ou même toutes les trois, peuvent être combinées dans un contrat de construction et utilisées pour déterminer le prix de la construction de l'installation ou d'une partie de cette installation.

Si l'acheteur souhaite que la construction soit achevée plus tôt qu'il n'est prévu dans le contrat, il est possible de convenir dans ledit contrat du versement de primes en sus du prix convenu (par. 28 et 29).

Les fluctuations du taux de change de la monnaie dans laquelle le prix est déterminé peuvent faire courir certains risques aux parties et celles-ci souhaiteront peut-être prendre des mesures pour réduire ces risques et les répartir entre elles d'une manière appropriée (par. 30 à 36).

Même si les parties conviennent d'un prix forfaitaire ou d'un prix unitaire, elles peuvent envisager des situations particulières où le prix doit être ajusté ou révisé. Un ajustement du prix peut se révéler nécessaire lorsque la nature ou la qualité des travaux de construction sont modifiées (par. 40 à 46). Une révision des prix peut être nécessaire lorsque certains facteurs économiques ou financiers évoluent, après la conclusion du contrat, de manière à modifier l'équilibre entre les obligations de chaque partie (par exemple, une augmentation ou une diminution du coût de la construction ou une modification de la valeur de la monnaie retenue par rapport à d'autres monnaies). La révision du prix en raison d'une modification des coûts de construction peut être assurée au moyen d'une clause d'indexation et elle peut être fondée sur l'évolution d'indices des prix donnés (par. 49 à 55).

[12] A/CN.9/234, par. 13.

[13] *Ibid.*, par. 36 et A/CN.9/259, par. 61.

On peut également recourir à la méthode des pièces justificatives et fonder la révision sur une modification du coût effectif de la construction. Cette méthode peut cependant ne se révéler appropriée que dans les cas où il est impossible de recourir à une clause d'indexation et elle devrait être limitée aux portions du prix qui sont fonction de facteurs instables. La révision ne devrait être fondée que sur un écart entre les dépenses effectivement engagées par l'entrepreneur et les coûts estimés au moment de la conclusion du contrat et non sur une augmentation des coûts due à une sous-estimation de la nature de la construction au moment de la conclusion du contrat. Il faudrait procéder à une révision en cas non seulement d'augmentation, mais également de diminution des coûts (par. 56 et 57).

Les modifications du taux de change de la monnaie retenue par rapport à d'autres monnaies peuvent être traitées au moyen d'une clause relative à la monnaie de paiement (par. 58 et 59) ou d'une clause relative à l'unité de compte (par. 60 à 62).

Les conditions de paiement décrites dans le contrat devraient stipuler que des pourcentages donnés du prix seront payables à différents stades de la construction. Elles devraient également préciser les modalités de paiement et indiquer le lieu de paiement (par. 63).

Toute avance versée par l'acheteur devrait être limitée à la portion du prix raisonnablement nécessaire pour couvrir les dépenses de l'entrepreneur durant les phases initiales de la construction et le protéger contre tout risque de perte en cas de résiliation du contrat durant ces phases initiales (par. 65 et 66).

Le paiement des différentes portions du prix peut être fonction des progrès de la construction. Des sommes données peuvent être payables dès l'achèvement de portions données de la construction, ou l'entrepreneur peut avoir droit à des paiements proportionnels au volume des travaux de construction effectués durant des périodes données (par. 67 à 72).

Un pourcentage donné du prix peut être payable dès qu'il est attesté que la construction a été achevée de manière satisfaisante (par. 73), le reste du prix n'étant payable qu'après l'expiration de la période de garantie (par. 74 et 75). Si un crédit est accordé par l'entrepreneur à l'acheteur, la partie du prix faisant l'objet du crédit peut être payable à tempérament dans un délai donné, après qu'il soit attesté que la construction a été achevée de manière satisfaisante (par. 76 à 78).

* * *

A. *Remarques générales*

1. Lors de l'élaboration des dispositions contractuelles concernant le prix que doit payer l'acheteur, il faut tenir compte d'un certain nombre de facteurs. Le prix peut couvrir différents types d'activités assurées par l'entrepreneur, par exemple la fourniture d'équipements, de matériaux et de services et le transfert de techniques. Un délai considérable peut s'écouler entre la conclusion d'un contrat et l'achèvement de la construction et, durant ce délai, les coûts de la construction peuvent évoluer, qu'il s'agisse des travaux que doit effectuer l'entrepreneur lui-même, ou des travaux confiés à des sous-traitants. En outre, il peut être difficile de déterminer avec précision l'ampleur de la construction lors de la conclusion du contrat. Les parties devraient décider qui doit supporter les risques d'une modification des coûts et élaborer les dispositions contractuelles compte tenu de cette décision.

2. Il existe trois méthodes courantes de fixation des prix dans les contrats de construction. Les parties peuvent conclure un contrat au forfait, un contrat en régie ou un contrat à prix unitaire. Cependant, si les circonstances s'y prêtent, on peut combiner deux de ces méthodes, ou les trois, pour déterminer le prix de la construction de l'installation ou d'une partie de l'installation.

a) Contrat au forfait : dans cette méthode, les parties conviennent du montant qui doit être payé pour la construction (voir par. 6 à 9 ci-dessous). Sous réserve d'ajustements éventuels (voir sect. E, par. 1 ci-dessous) ou d'une révision (voir sect. E, par. 2 ci-dessous), dans des circonstances particulières, ce montant reste identique, même si le coût de la construction se révèle être différent du coût prévu au moment de la conclusion du contrat;

b) Contrat en régie : dans ce contrat, l'acheteur est tenu de payer toutes les dépenses raisonnablement engagées par l'entrepreneur dans la construction de l'installation, ainsi que des honoraires convenus (voir par. 10 à 25 ci-dessous);

c) Contrat à prix unitaire : dans ce contrat, les parties conviennent d'un taux par unité de construction et le prix est fonction du nombre total d'unités effectivement utilisées pour la construction (voir par. 26 et 27 ci-dessous).

3. Dans le contrat au forfait, le risque d'une augmentation du coût de la construction est assumé par l'entrepreneur (sauf dans la mesure où le prix peut faire l'objet, aux termes du contrat, d'un ajustement ou d'une révision) et, dans le contrat en régie, il est supporté par l'acheteur. Dans le contrat à prix unitaire, il l'est par les deux parties (voir par. 27 ci-dessous).

4. Les systèmes juridiques adoptent des démarches différentes lorsque le prix ou la méthode de fixation du prix n'est pas spécifié dans le contrat. Pour certains, le contrat est nul, alors que pour d'autres, le contrat reste valide et le prix est déterminé conformément aux règles du système juridique. Comme les règles de certains systèmes juridiques relatives à la détermination du prix en l'absence d'un prix convenu peuvent ne pas être adaptées aux contrats de construction, et afin de réduire les incertitudes quant au prix, il est bon que les parties déterminent ce prix ou conviennent dans le contrat d'une méthode de fixation du prix.

5. Lors de la rédaction des conditions de paiement dans un contrat de construction (voir la section F ci-dessous), les parties devraient tenir compte des règlements applicables en matière de contrôle des changes ou d'impôts, ainsi que d'autres règlements de caractère public. La violation de ces règlements peut entraîner la nullité du contrat ou de certaines de ses dispositions.

Les problèmes particuliers que peut poser le prix à payer en cas de transfert de techniques sont examinés au chapitre "Transfert de techniques".

B. *Méthode de fixation des prix*

1. *Contrat au forfait*

6. Dans ce contrat, l'entrepreneur n'a droit qu'au prix fixé, quelles que soient les dépenses effectivement engagées par lui durant la construction. La simple utilisation de l'expression "prix forfaitaire" peut cependant ne pas être suffisante aux termes de la législation applicable. Aussi le contrat devrait-il contenir des dispositions expresses à cet effet. Les parties prévoient cependant parfois un ajustement ou une révision du prix dans des circonstances déterminées (voir par. 36 à 62 ci-dessous). On recourt en général à la méthode du prix forfaitaire dans les contrats clefs en main (voir par. 15 et 26 ci-dessous et le chapitre "Choix des types de contrats") et également lorsque l'on a choisi la méthode des contrats séparés, notamment lorsque, au moment de la conclusion du contrat, on connaît l'ampleur des travaux de construction à effectuer et que l'on n'envisage pas de modifications ultérieures importantes touchant la nature et la qualité de l'installation.

7. Le montant forfaitaire est le prix de la totalité des travaux effectués par l'entrepreneur. Pour des raisons pratiques, il peut être cependant bon de fractionner ce montant en des sommes payables pour chaque portion de l'installation, ou pour les équipements, les matériaux, différents types de services et le transfert de techniques. Ainsi est-il plus facile d'ajuster le prix dans certains cas envisagés dans le contrat (par exemple, en cas de modification d'une partie de la construction : voir le chapitre "Modifications"). En outre, ce fractionnement est nécessaire si les parties sont convenues de conditions de paiement différentes pour différentes parties de l'installation ou pour différents types de travaux effectués par l'entrepreneur (par exemple, fourniture d'équipements ou formation : voir par. 63 ci-dessous). La législation fiscale ou d'autres règlements de caractère public peuvent également exiger un certain fractionnement du prix, par exemple en spécifiant la portion du prix à payer en cas de transfert de techniques (voir le chapitre "Transfert de techniques").

8. Pour l'acheteur, le principal avantage de la méthode du forfait tient au fait que c'est l'entrepreneur qui supporte le risque d'une augmentation du coût de la construction. A moins que le contrat ne comporte une clause d'ajustement ou de révision du prix, l'acheteur n'a pas à payer plus que le montant fixé dans le contrat. Il est cependant tenu de payer ce montant même si les dépenses engagées par l'entrepreneur se révèlent inférieures à celles qui étaient prévues au moment de la conclusion du contrat. Le contrat au forfait présente un autre avantage pour l'acheteur : il est sans doute un peu moins complexe à gérer qu'un contrat à prix unitaire ou, en particulier, qu'un contrat en régie. En effet, pour déterminer le prix à payer, il est essentiel, dans le contrat à prix unitaire, de mesurer l'ampleur des travaux effectués et, dans le contrat en régie, de vérifier les dépenses engagées par l'entrepreneur.

9. Lors du calcul du montant forfaitaire, l'entrepreneur majore en général son estimation de ses dépenses et de ses bénéfices, de manière à se protéger contre le risque d'une augmentation des coûts. Le prix d'un contrat au forfait peut donc être plus élevé que celui d'un contrat en régie pour la même construction, à condition que, lors de l'exécution du contrat en régie, l'acheteur ou son ingénieur-conseil puisse s'assurer que l'entrepreneur fait preuve d'économie dans le choix de ses sous-traitants et des équipements et matériaux et applique des méthodes efficaces de construction. Le contrat au forfait présente un autre inconvénient pour l'acheteur : l'entrepreneur peut être tenté de limiter ses frais de construction en appliquant des normes minimales. Dans la méthode du forfait, il faut donc décrire avec précision, dans le contrat, la nature et la qualité de l'installation et l'acheteur doit être à même de contrôler dans une certaine mesure les normes de construction.

2. *Contrat en régie*

10. Si les parties optent pour le contrat en régie, le prix exact n'est pas connu au moment de la conclusion du contrat, car il consiste en les dépenses de construction effectivement engagées par l'entrepreneur, auxquelles s'ajoutent des honoraires destinés à couvrir ses frais généraux et à lui assurer un profit. Cette méthode de fixation des prix exige donc des dispositions contractuelles plus détaillées que dans le cas du contrat au forfait.

11. Le contrat en régie peut être adapté à un nombre limité de cas, par exemple lorsqu'il est impossible d'estimer avec précision, au moment de la conclusion du contrat, l'ampleur des travaux, la quantité des matériaux et les types d'équipement requis pour la construction (notamment lorsque les plans de l'installation n'ont pas été achevés parce que les travaux devaient commencer rapidement, ou lorsque la construction exige des travaux souterrains importants et que l'on ne connaît pas avec exactitude la nature du sous-sol), ou lorsque la majeure partie de la construction doit être effectuée par des sous-traitants et que les prix qu'ils demanderont ne sont pas connus au moment de la conclusion du contrat. Cette méthode peut également être parfois utilisée lorsque la construction de l'installation pose des problèmes inhabituels (par exemple, conception particulière ou travaux d'ingénierie complexes). Dans de tels cas, un grand nombre de facteurs inconnus peuvent influer sur le prix et, si l'on choisissait la méthode du forfait, il faudrait fortement gonfler le prix forfaitaire pour protéger l'entrepreneur contre les risques qu'il encourrait.

12. Le principal inconvénient du contrat en régie pour l'acheteur tient au fait que c'est lui qui supporte le risque d'une augmentation des coûts de la construction par rapport à ceux envisagés au moment de la conclusion du contrat. En outre, puisque toutes les dépenses

de construction engagées par l'entrepreneur doivent être payées par l'acheteur, l'entrepreneur sera sans doute beaucoup moins incité à faire preuve d'économie et de diligence. C'est pourquoi les institutions de financement sont en général opposées à cette méthode de fixation des prix. Afin que l'acheteur soit protégé, il faudrait que l'entrepreneur soit tenu de construire l'installation de manière efficace et économique et ne puisse obtenir remboursement des frais de construction que si ceux-ci sont raisonnables. Dans la pratique cependant, il peut être difficile d'imposer de telles obligations de caractère général. Afin de protéger encore l'acheteur, le contrat peut stipuler que l'acheteur ou son ingénieur doit participer au choix des sous-traitants ou du moins approuver le prix des équipements, matériaux ou services qui doivent être fournis par des tiers (voir le chapitre "Sous-traitants"). En outre, les parties peuvent convenir d'un plafonnement du montant total des dépenses remboursables (voir par. 16 ci-dessous) et les honoraires de l'entrepreneur peuvent être fixés de manière à l'inciter à réduire au minimum les coûts de la construction (voir par. 25 ci-dessous).

13. Dans certains cas, les parties pourront souhaiter que l'acheteur soit habilité à demander la transformation du contrat en régie en un contrat au forfait. Le contrat peut stipuler qu'à tout moment avant l'achèvement de la construction, l'acheteur est autorisé à demander à l'entrepreneur de fixer un montant forfaitaire pour lequel il serait prêt à achever les éléments de la construction n'ayant pas encore fait l'objet d'un paiement. Cependant, l'entrepreneur ne devrait être tenu de fixer un tel montant que s'il lui est raisonnablement possible de le faire, compte tenu de la nature de la construction à effectuer. Si l'acheteur accepte le montant déterminé, le contrat en régie est transformé en un contrat au forfait. Si le montant n'est pas acceptable pour l'acheteur, le contrat en régie original reste en vigueur.

14. Afin d'assurer le bon fonctionnement de la méthode du contrat en régie, il faut adopter un système de comptabilité indiquant avec précision les dépenses engagées par l'entrepreneur. Ce dernier devrait être obligé de tenir des comptes conformément aux méthodes et procédures raisonnablement demandées par l'acheteur et d'indiquer les frais engagés par lui et les paiements effectués par l'entrepreneur.

15. La méthode du contrat en régie peut ne pas être adaptée aux contrats clefs en main. Un des aspects essentiels du contrat clefs en main est que l'entrepreneur est responsable de la construction de l'installation, qui doit fonctionner conformément au contrat. Il n'assumera en général cette responsabilité que s'il peut choisir librement ses sous-traitants. Cependant, dans un contrat en régie, l'acheteur souhaite en général participer au choix des sous-traitants (voir par. 12 ci-dessus).

16. Les risques supportés par l'acheteur en cas d'augmentation des coûts de construction peuvent être limités par un plafonnement du montant total des dépenses remboursables. S'il apparaît que les dépenses engagées sont inférieures au plafond, l'acheteur ne sera tenu de payer que les dépenses engagées. Un entrepreneur acceptant un tel plafonnement majorera cependant sans doute ses honoraires, afin de se protéger contre le risque d'un dépassement dudit plafond.

17. Les parties peuvent également convenir, au moment de la conclusion du contrat, d'une estimation du coût de la construction (c'est-à-dire un "coût cible"), sans cependant stipuler que ce coût cible doit constituer le plafond du montant total des dépenses remboursables. Ils peuvent alors indiquer que, si les dépenses effectives dépassent la cible, l'entrepreneur ne recevra qu'un pourcentage de l'excédent. Le contrat peut également stipuler que ce pourcentage diminuera au fur et à mesure que l'excédent augmentera. Les parties peuvent également convenir que, si le coût cible est dépassé, l'acheteur est en droit de résilier le contrat sans devoir rembourser à l'entrepreneur les dépenses que celui-ci aura engagées du fait de la résiliation. Ce droit qu'aura l'acheteur de résilier le contrat peut inciter l'entrepreneur à maintenir ses coûts dans les limites de l'estimation. Dans ce cas, cependant, l'acheteur risquera de se trouver face à un dilemne : soit ne pas résilier le contrat et poursuivre la construction avec l'entrepreneur, en étant alors tenu de lui payer toutes les dépenses remboursables au-delà du coût cible, soit résilier le contrat et achever la construction en engageant un autre entrepreneur.

18. Le contrat devrait stipuler quels types de dépenses seront remboursées. Comme il peut être difficile de recenser la totalité des dépenses pouvant être engagées durant la construction, il est bon d'énumérer les dépenses remboursables et de stipuler que toutes les autres dépenses seront à la charge de l'entrepreneur, ou *vice versa*.

19. Certains frais généraux de l'entrepreneur (par exemple, ceux liés à son siège) devraient être considérés comme couverts par les honoraires et être exclus des dépenses remboursables par l'acheteur. En ce qui concerne le remboursement des salaires payés au personnel de l'entrepreneur, le contrat peut stipuler que seuls les salaires du personnel sur le chantier sont remboursables, les salaires du personnel au siège de l'entrepreneur étant considérés comme des frais généraux, couverts par les honoraires. Des différends peuvent naître quant à la manière d'estimer les petits équipements ou matériels pris dans les stocks de l'entrepreneur, car celui-ci peut les avoir achetés à des prix divers avant le début de la construction. De tels différends peuvent être évités par un accord préalable quant au prix de ces équipements et matériels. Le coût de la réparation des défauts dont l'entrepreneur est responsable devrait être à sa charge.

20. Les dépenses engagées du fait de l'emploi de sous-traitants et de fournisseurs ne devraient comprendre que les dépenses effectivement engagées par l'entrepreneur, compte tenu de toutes les remises qui lui sont accordées par les sous-traitants et les fournisseurs. Le contrat devrait déterminer s'il faudrait également prendre en considération les remises accordées à l'entrepreneur en cas de paiement en espèces.

21. Pour que la construction puisse progresser sans heurts et de manière régulière, il faut que tous les matériaux nécessaires soient disponibles sur le chantier conformément au calendrier des travaux. Dans certains cas, cependant, il est très difficile de prévoir les quantités précises requises pour la construction. Les commandes peuvent être excessives et il faut parfois revendre à perte les matériaux excédentaires. Le contrat peut limiter la mesure dans laquelle de telles pertes sont remboursées par l'acheteur.

22. Dans certains contrats, divers équipements, matériaux ou services devant être utilisés dans la construction peuvent être fournis par l'acheteur et payés par l'entrepreneur. Si, dans de tels cas, le contrat plafonne les dépenses remboursables (voir par. 16 ci-dessus) ou fixe un coût cible (voir par. 17 ci-dessus et par. 25 ci-dessous), on peut se demander si le prix payé par l'entrepreneur doit être pris en considération lorsqu'il s'agit de déterminer si le plafond ou la cible ont été atteints. Cette question devrait être réglée dans le contrat.

23. Les honoraires devant être payés à l'entrepreneur peuvent consister en un montant fixe. Si l'on procède à des modifications touchant l'importance de la construction, les honoraires peuvent devoir être ajustés et le contrat devrait prévoir un mécanisme à cette fin (voir le chapitre "Modifications").

24. S'il reçoit des honoraires fixes, l'entrepreneur n'est pas incité à réduire au minimun le coût de la construction. On peut aussi, par exemple, ne s'accorder que sur la méthode permettant de fixer les honoraires à un stade ultérieur, compte tenu de l'ampleur et du coût effectifs de la construction. Cependant, cette méthode ne devrait être retenue que dans des cas exceptionnels, car elle risque d'inciter l'entrepreneur à augmenter le coût de la construction. Elle est d'ailleurs interdite dans certains systèmes juridiques.

25. La méthode la plus souhaitable pour déterminer les honoraires de l'entrepreneur consiste à fixer des "honoraires cibles", représentant un pourcentage du coût cible. Si les dépenses remboursables sont inférieures au coût cible, les honoraires cibles sont augmentés d'un pourcentage donné des économies réalisés. Le contrat peut stipuler que, au fur et à mesure que ces économies augmentent, le pourcentage augmente également. Si, cependant, les dépenses remboursables sont supérieures au coût cible, les honoraires cibles diminuent d'un pourcentage donné du supplément dépensé. Le contrat peut stipuler que, plus ce supplément est important, plus le pourcentage à déduire augmentera. Outre le coût de la construction, d'autres facteurs peuvent conduire à une augmentation ou une diminution des honoraires cibles, notamment le temps nécessaire pour achever la construction et les résultats obtenus par l'installation achevée (par exemple, consommation de matières premières ou d'énergie). On notera que l'on peut inciter l'entrepreneur à réduire le coût de la construction, non seulement en variant les honoraires payables, mais également en l'obligeant à partager les frais de construction au-delà du coût cible.

3. *Contrat à prix unitaire*

26. Dans le contrat à prix unitaire, le prix total n'est pas connu au moment de la conclusion du contrat, car les parties ne conviennent que d'un taux par unité de construction, le prix à payer étant fonction du nombre d'unités de construction utilisées. Le taux fixé pour chaque unité de construction comprend les bénéfices de l'entrepreneur. Cette unité peut être une quantité de matériaux (par exemple, une tonne de ciment pour la production de béton), une unité de temps (par exemple, une heure de travail d'excavation), ou une quantité de construction (par exemple, un mètre cube de béton armé). Différentes unités de construction peuvent être utilisées pour différentes parties de la construction (par exemple, unité de matériel pour la construction des bâtiments et unité de temps pour le montage des équipements). Lorsque cela est possible au moment de la conclusion du contrat, il faudrait procéder à une estimation des unités nécessaires pour la construction. Dans la plupart des cas, la méthode du prix unitaire n'est utilisée que combinée à d'autres méthodes de fixation des prix, car elle n'est pas adaptée à certains aspects de la construction qui, par nature, ne peuvent être divisés en unités identiques. Elle n'est pas adaptée par exemple pour déterminer le prix de la livraison d'équipements, lorsque les équipements ne sont pas identiques. Cette méthode est souvent utilisée pour les travaux de génie civil. Elle est également utile lorsque la quantité de matériaux ou la quantité de travail nécessaires pour une partie de la construction ne peuvent être estimées avec précision au moment de la conclusion du contrat, car il est alors difficile aux parties de s'accorder sur un prix forfaitaire. La méthode du prix unitaire n'est sans doute pas à conseiller dans un contrat dans lequel il serait difficile de contrôler le nombre d'unités nécessaires pour la construction. Dans un contrat clefs en main en particulier, l'acheteur ou ses conseillers peuvent ne pas être à même d'estimer, même approximativement, au moment de la conclusion du contrat, les quantités en jeu, car les techniques de construction sont en général choisies par l'entrepreneur. Aussi, l'acheteur peut-il n'avoir qu'une idée très imprécise du prix final.

27. Dans cette méthode, le risque d'une augmentation des prix est réparti entre l'entrepreneur et l'acheteur. Puisque le prix par unité de construction est déterminé, l'entrepreneur supporte le risque d'une augmentation du coût des matériaux et de la main-d'œuvre. Le risque d'augmentation du prix dû à une augmentation du nombre d'unités nécessaires à la construction par rapport à l'estimation faite au moment de la conclusion du contrat est supporté quant à lui par l'acheteur. Aussi l'entrepreneur n'aura-t-il sans doute pas à majorer son prix d'un montant destiné à la protéger contre une augmentation possible des quantités requises. Le risque que supporte l'acheteur en cas d'augmentation du nombre d'unités nécessaires pour la construction peut être réduit si les parties prévoient un plafonnement. Dans cette méthode, le contrat peut stipuler que l'acheteur devra payer les unités requises jusqu'au montant du plafond, mais que l'entrepreneur prendra en charge le coût d'une augmentation des unités requises au-delà de ce plafond, ou un pourcentage donné de ce coût.

Puisque le prix payable par l'acheteur est fonction du nombre d'unités requises pour la construction, les parties devraient convenir de règles précises de mesure des unités afin d'éviter tous différends. En outre, il serait souhaitable de convenir d'unités simples, aisément mesurables.

C. *Primes*

28. Dans de nombreux cas, l'acheteur souhaite que la construction et l'exploitation commencent aussitôt que possible. Il peut donc être disposé à payer un prix plus élevé, en versant une prime, si la construction est achevée par l'entrepreneur de manière satisfaisante avant la date fixée dans le contrat. Le montant de la prime peut être déterminé de manière à représenter une part des bénéfices qui devraient revenir à l'acheteur parce que l'installation aura commencé de fonctionner plus tôt que prévu.

29. Pour le calcul de la prime, les parties peuvent stipuler que cette part des bénéfices estimés consistera en une somme donnée pour chaque jour gagné par rapport à la date d'achèvement prévue. Cette somme par jour peut alors être exprimée en pourcentage du prix s'il s'agit d'un contrat au forfait, ou en pourcentage des honoraires s'il s'agit d'un contrat en régie. Si la prime constitue un pourcentage du prix ou des honoraires, il est possible d'en modifier le montant en cas de modification du prix ou des honoraires (par exemple du fait d'un ajustement ou d'une révision du prix, ou si des économies sont réalisées par rapport au coût cible). S'il s'agit d'un contrat à prix unitaire, la prime peut consister aussi en un montant fixe par jour gagné. La prime peut être limitée à un plafond donné. En outre, elle ne devrait être payable qu'après une période donnée de fonctionnement continu de l'installation, afin que l'entrepreneur ne soit pas tenté d'adopter des méthodes de construction plus rapides mais moins efficaces. La période durant laquelle les installations doivent fonctionner en continu peut commencer à courir au moment de la prise en charge ou de la réception de l'installation par l'acheteur (voir le chapitre "Achèvement, prise en charge et réception"). Le contrat peut stipuler qu'en cas de retard dans l'achèvement de la construction, l'entrepreneur doit verser des dommages-intérêts libératoires ou une pénalité (voir le chapitre "Clauses de dommages-intérêts libératoires et clauses pénales").

D. *Monnaie retenue*

30. La monnaie dans laquelle le prix est fixé peut être une source de risques pour les parties. Si le prix est libellé dans la monnaie du pays de l'entrepreneur, l'acheteur supporte les conséquences d'une modification du taux de change entre cette monnaie et la monnaie de son pays. L'entrepreneur supporte cependant les conséquences d'une modification des taux de change entre la monnaie de son pays et celle d'un autre pays dans lequel il doit payer certains des coûts de la construction (par exemple, paiements à des sous-traitants). Si le prix est libellé dans la monnaie du pays de l'acheteur, l'entrepreneur supporte les conséquences d'une modification des taux de change entre cette monnaie et la monnaie de son pays. Si le prix est libellé dans la monnaie d'un pays tiers que les parties considèrent comme stables, chacune d'entre elles supporte les conséquences d'une modification des taux de change entre cette monnaie et la monnaie de leur pays. Lorsqu'une institution de financement a accordé un prêt à l'acheteur pour la construction de l'installation, celui-ci préférera peut-être que le prix soit libellé dans la monnaie dans laquelle le prêt a été accordé.

31. Lorsqu'elles détermineront la monnaie dans laquelle le prix doit être payé, les parties devront tenir compte des règles relatives au contrôle des changes et des traités internationaux pouvant régir impérativement cette question. En particulier, elles devront prendre en considération les traités pouvant réglementer les paiements entre leurs pays et stipulant que les paiements seront effectués dans une monnaie donnée, ou prescrivant sous quelle forme doivent s'effectuer les paiements (par exemple, dans le cadre d'un mécanisme de compensation entre les deux pays).

32. Lorsque les parties recourent à la méthode du forfait ou du prix unitaire, le risque supporté par l'entrepreneur en cas de modification du taux de change de la monnaie retenue sera réduit si le prix est libellé dans les monnaies dans lesquelles les paiements liés à la construction devront être effectués. Si cette approche est retenue, différentes portions du prix peuvent être libellées dans des monnaies différentes. L'entrepreneur peut également réduire le risque dû à une modification des taux de change de la monnaie retenue en utilisant la monnaie du contrat de construction comme monnaie des contrats de sous-traitance. Cependant, même dans ces cas, il supportera les conséquences d'une modification du taux de change de la monnaie se produisant durant la période se situant entre la date où il a acheté cette monnaie pour régler les dépenses engagées par lui et la date où l'acheteur rembourse ces dépenses.

33. Si les parties recourent à la méthode du contrat en régie, le contrat peut stipuler que les coûts seront remboursés dans la monnaie dans laquelle les honoraires sont libellés. Si cette méthode est retenue et que des dépenses sont engagées dans une monnaie autre que la monnaie des honoraires, ces dépenses seront converties dans la monnaie des honoraires à un taux de change donné. Le contrat devrait stipuler que l'on appliquera le taux de change prévalant en un lieu donné à une date donnée. Cette date peut être soit la date à laquelle les dépenses ont été engagées par l'entrepreneur, soit la date du remboursement de ces dépenses par l'acheteur à l'entrepreneur. Il peut être également stipulé que les dépenses sont remboursées dans la monnaie dans laquelle elles sont engagées par l'entrepreneur.

34. Un acheteur d'un pays disposant de peu de ressources en devises peut souhaiter qu'au moins une partie du prix soit payée dans la monnaie de son pays. Ainsi, la monnaie de l'acheteur peut être utilisée pour le remboursement des dépenses de construction engagées par l'entrepreneur dans la monnaie de l'acheteur (par

exemple, le paiement de la main-d'œuvre ou des sous-traitants locaux, ou les frais de logement du personnel de l'entrepreneur dans le pays de l'acheteur). De tels arrangements peuvent être conclus, même lorsque le contrat est un contrat au forfait. Il peut être possible de déterminer au moment de la conclusion du contrat la partie du prix qui sera payée en monnaie locale, sur la base d'une estimation des dépenses qui seront engagées par l'entrepreneur dans cette monnaie. Les parties peuvent également prévoir pour la totalité du contrat, un montant forfaitaire dans une monnaie étrangère mais stipuler que les dépenses engagées dans la monnaie locale seront, après vérification, remboursées dans la monnaie locale et déduites du montant forfaitaire à un taux de change donné.

35. Si les parties conviennent dans le contrat que le prix fixé dans une monnaie que les parties considèrent comme stable doit être payé à un taux de change convenu dans une autre monnaie, le résultat est semblable en substance à celui obtenu par une clause sur la monnaie de paiement (voir par. 58 ci-dessous). Les restrictions imposées par la législation applicable à de telles clauses peuvent également s'appliquer à ces dispositions. Dans de tels cas, les parties devraient convenir du taux de change applicable entre la monnaie dans laquelle le prix est déterminé et la monnaie dans laquelle il sera payé. Le taux de change devrait être défini par référence au taux prévalant en un lieu donné à une date donnée. Si le prix est un prix forfaitaire ou un prix unitaire, l'entrepreneur préférera peut-être que le contrat stipule que la date à prendre en considération doit être celle à laquelle le prix est effectivement payé. Si l'on a recours à la méthode du contrat en régie, il est possible de stipuler une des dates mentionnées au paragraphe 33 ci-dessus.

36. Il n'est pas souhaitable de recourir à des clauses stipulant que le prix sera libellé en plusieurs monnaies et que soit le débiteur, soit le créancier pourra décider dans quelle monnaie le prix sera payé. De telles clauses ne protègent que la partie ayant le droit de choisir qui peut en retirer des gains injustifiés.

E. *Ajustement et révision du prix*

37. En raison de la durée et de la complexité du contrat de construction, les parties conviennent souvent que le prix peut en être ajusté ou révisé dans certaines situations données, même s'il est forfaitaire ou s'il est arrêté par unité de construction. Si la méthode de fixation du prix est celle du contrat en régie, un tel ajustement ou une telle révision ne s'applique généralement qu'aux honoraires car cette méthode autorise des modifications des coûts de construction qui, dans un autre type de contrat seraient couvertes par une clause d'ajustement ou de révision.

38. La terminologie employée dans le Guide opère une distinction entre "ajustement" et "révision" du prix. On parle d'ajustement dans les cas où le prix peut devoir être modifié en raison d'un changement dans la nature ou l'étendue de la construction. On parle de révision dans les cas où, même si la nature ou l'étendue de la construction ne sont pas modifiées, le prix peut devoir l'être lorsque certains facteurs économiques ou financiers changent après la conclusion du contrat et modifient le rapport entre la valeur des obligations de chaque partie. Ainsi, le coût des équipements ou des matériaux nécessaires à l'entrepreneur pour la construction des installations peut s'écarter très sensiblement du coût envisagé au moment de la conclusion du contrat, ou bien la valeur de la monnaie dans laquelle le prix est fixé peut changer par rapport à d'autres monnaies après la conclusion du contrat. L'ajustement ou la révision du prix peuvent induire une augmentation ou une diminution du prix; toutefois, l'expérience a montré que, le plus souvent, on enregistrait une augmentation du prix.

39. On peut envisager deux approches pour prévoir l'ajustement ou la révision du prix. Dans la première approche (qui est traitée dans le détail au chapitre "Règlement des litiges"), le contrat ferait obligation aux parties de convenir d'un ajustement ou d'une révision. Le contrat stipulerait en outre qu'en l'absence d'une telle convention, un tribunal, ou des arbitres, ou un tiers agréé par les parties seraient habilités à procéder à l'ajustement ou à la révision. Dans certains systèmes juridiques, toutefois, les tribunaux ou les arbitres ne peuvent pas modifier des dispositions contractuelles au nom des parties. En outre, même si cette modification était autorisée par la législation applicable, il subsisterait une certaine ambiguïté quant à l'importance de l'ajustement ou de la révision pouvant être opéré. Dans l'autre approche (voir sous-sections 1 et 2 ci-après), on pourrait prévoir au contrat une méthode selon laquelle l'ajustement ou la révision du prix, au lieu d'être régis par convention des parties, seraient déterminés en fonction d'un certain nombre de critères énoncés au contrat. Cette dernière approche est généralement autorisée par la plupart des systèmes juridiques et peut être conçue de manière à écarter le plus possible les ambiguïtés quant à l'importance de l'ajustement ou de la révision. Ainsi, en ce qui concerne l'ajustement, le contrat pourrait stipuler que le prix peut être ajusté par la prise en compte des dépenses raisonnablement engagées par l'entrepreneur dans des circonstances données. En ce qui concerne la révision, le contrat pourrait stipuler que le prix serait révisé par l'application d'une formule mathématique donnée ou alors permettre qu'il soit tenu compte des dépenses raisonnablement engagées.

1. *Ajustement du prix*

40. Les parties peuvent souhaiter définir avec précision les circonstances dans lesquelles le prix fixé au contrat peut être ajusté, faute de quoi une incertitude pourrait naître en ce qui concerne le prix. En outre, un contrat conçu comme un contrat au forfait risquerait de se transformer en contrat en régie si l'ajustement était autorisé dans une multitude de cas.

41. L'ajustement du prix est souvent nécessaire en cas de modification de la construction. L'ajustement prévu à cet effet est examiné au chapitre "Modifications". Dans certaines situations, l'entrepreneur peut être tenu

de modifier l'exécution de ses obligations, même en l'absence d'une procédure de modification. Il serait peut-être nécessaire de prévoir pour ces situations des dispositions contractuelles traitant de l'ajustement de prix induit.

a) *Données inexactes fournies par l'acheteur*

42. Les parties pourraient convenir que le prix serait ajusté dans les cas où, en raison de l'inexactitude des données fournies par l'acheteur, des travaux supplémentaires, ou plus coûteux, que les travaux raisonnablement envisagés au moment de la conclusion du contrat ont dû être effectués. Toutefois, les parties pourraient stipuler que le prix ne serait pas ajusté au cas où l'entrepreneur aurait pu raisonnablement découvrir l'inexactitude des données au moment de la conclusion du contrat. L'ajustement de prix devrait couvrir les dépenses que l'entrepreneur a raisonnablement engagées en vue de remédier aux erreurs résultant des données inexactes. Les parties pourraient également stipuler que, dans les cas où l'inexactitude des données n'aurait pas raisonnablement pu être découverte au moment de la conclusion du contrat, le prix ne serait pas ajusté, à moins que l'entrepreneur n'ait découvert ultérieurement l'inexactitude des données à un moment où cette inexactitude pouvait raisonnablement être découverte et qu'il n'en ait notifié l'acheteur à ce moment-là.

b) *Problèmes imprévisibles liés aux conditions hydrologiques et à l'état du sous-sol*

43. L'entrepreneur doit normalement inspecter le site prévu pour la construction et ses alentours, dans la mesure du possible, avant de soumettre une offre ou de négocier un contrat et se fonder, dans ses négociations, sur les résultats de cette inspection. Il arrive toutefois qu'il soit impossible au cours d'une inspection, même au prix d'efforts raisonnables, de déceler certaines caractéristiques physiques du site, en particulier les aspects liés à l'hydrologie et à l'état du sous-sol. Diverses approches peuvent être adoptées dans les cas où surgissent pendant la construction des problèmes liés à l'hydrologie ou à l'état du sous-sol qui n'auraient pas raisonnablement pu être découverts par l'entrepreneur au cours de l'inspection. Le risque inhérent à cet état de choses pourrait incomber à l'entrepreneur et il devrait alors supporter les dépenses supplémentaires engagées à la suite de ces problèmes imprévisibles. On pourrait aussi, dans une autre approche, stipuler que le prix serait augmenté des dépenses supplémentaires raisonnablement engagées par l'entrepreneur en raison des problèmes rencontrés.

c) *Modifications de la réglementation locale*

44. Certaines règles administratives ou autres règles d'ordre public du pays de l'acheteur ou de l'entrepreneur peuvent régir impérativement certains aspects des installations ou des méthodes de construction (par exemple en vue d'assurer la sécurité ou la protection de l'environnement; voir chapitre XXXIX : "Législation applicable"). Si une partie de la construction déjà achevée, ou si la construction à effectuer n'est pas conforme à la réglementation en vigueur au moment de la conclusion du contrat ou promulguée ultérieurement, des modifications de la construction risquent d'être nécessaires. Le contrat devrait prévoir les cas dans lesquels le prix devrait être ajusté.

45. Le contrat pourrait stipuler que l'entrepreneur n'a droit à aucun ajustement du prix si le changement est rendu nécessaire par l'application d'une réglementation du pays de l'entrepreneur. Si le changement est nécessaire en raison de la réglementation du pays de l'acheteur en vigueur au moment de la conclusion du contrat, le prix ne devrait pas être ajusté à moins que l'acheteur n'ait eu l'obligation contractuelle d'informer l'entrepreneur de l'existence de cette réglementation et qu'il ne s'en soit pas acquitté. Dans un tel cas, le contrat pourrait stipuler que le prix serait augmenté des dépenses supplémentaires qu'a raisonnablement engagées l'entrepreneur en effectuant le changement requis.

46. Le contrat devrait spécifier à qui incombe le risque lié aux changements requis par la réglementation promulguée dans le pays de l'acheteur après la conclusion du contrat. Si ce risque incombe à l'acheteur, le prix devrait pouvoir être ajusté.

2. *Révision du prix*

47. Dans la plupart des systèmes juridiques, on applique aux paiements le principe du "nominalisme monétaire", à savoir qu'un montant à payer n'est pas automatiquement augmenté ou diminué lorsque la valeur de la monnaie de paiement a changé entre le moment où la dette est contractée et le moment où elle est échue. La valeur d'une monnaie peut subir des fluctuations entre le moment où est conclu le contrat et le moment du paiement, notamment en ce qui concerne sa parité avec d'autres monnaies. Son pouvoir d'achat peut aussi être modifié et entraîner ainsi une augmentation des coûts de construction auxquels doit faire face l'entrepreneur ou, dans des cas exceptionnels, une diminution de ces coûts. Nombre de contrats à long terme contiennent des clauses visant à limiter le risque d'un changement de la valeur de la monnaie, risque que supporte l'entrepreneur. Des clauses de ce type peuvent prévoir une révision du prix sur la base d'indices (voir par. 49 à 55 ci-après) ou sur la base des dépenses effectivement engagées (voir par. 56 et 57 ci-après). Toutefois, les dispositions contractuelles relatives à la révision du prix liée à un changement de la valeur de la monnaie dans laquelle le prix a été fixé sont assujetties à des règles impératives dans de nombreux systèmes juridiques. Aussi, avant d'introduire telle ou telle clause dans un contrat, les parties devraient-elles se demander si les dispositions envisagées sont autorisées par la législation du pays de chacune des parties.

48. Si les parties s'accordent sur une clause de révision du prix, il serait souhaitable que cette clause ne s'applique, conformément au contrat, que dans les cas où cela entraînerait une révision substantielle du prix, par exemple une révision excédant un certain pourcentage du prix. Dans la pratique, le pourcentage stipulé va de 5 à 10 %. Les clauses de révision du prix ne sont généra-

lement pas utilisées lorsque la durée de la construction prévue au contrat est inférieure à 12-18 mois à compter de la date d'entrée en vigueur du contrat.

a) *Modification du coût de la construction*

i) *Clauses d'indexation*

49. Les clauses d'indexation lient généralement le prix forfaitaire aux niveaux des prix de certains biens ou services à une date donnée, de sorte qu'un changement de ces niveaux, que mesurent des indices correspondant à ces biens et services, entraîne un changement proportionnel du montant fixé pour le prix du contrat. Dans les contrats de construction, le prix du contrat est généralement lié aux niveaux des prix des matériaux ou services (par exemple le travail) nécessaires à la construction des installations. Les clauses d'indexation ont alors pour objet de répercuter sur le prix du contrat les changements intervenus dans les coûts liés à la construction. L'évolution des indices choisis par les parties entraîne une modification du prix. Il n'est alors pas nécessaire d'examiner les prix réels payés par l'entrepreneur pendant la construction. Dans certaines législations, le recours aux clauses d'indexation n'est autorisé que pour les changements du coût de la construction intervenant entre la conclusion du contrat et son entrée en vigueur. Les clauses d'indexation font généralement appel à une formule algébrique permettant de déterminer la manière de répercuter sur le prix l'évolution des indices agréés par les parties.

50. La clause d'indexation ne devrait pas être applicable à toutes les portions du prix. Ainsi ne devrait-elle pas s'appliquer à la portion du prix payée à l'avance, car cette avance est utilisée par l'entrepreneur à très court terme après la conclusion du contrat pour alimenter sa trésorerie pendant la première phase de la construction (voir par. 65 ci-après). Cette clause ne devrait pas non plus s'appliquer aux portions du prix payables sur la base des coûts de la construction en vigueur au moment de la construction. On pourrait en outre stipuler que la clause d'indexation ne doit pas s'appliquer aux changements des coûts résultant de changements dans les impôts et les droits de douane payables par l'entrepreneur dans le pays où doivent être construites les installations. Dans ce cas, le prix ne pourrait être révisé que sur la base des dépenses effectivement engagées par l'entrepreneur (voir le chapitre "Fourniture des équipements et matériaux"). Il est également possible de convenir d'un prix plancher et d'un prix plafond pour la procédure de révision du prix.

51. Lors de l'élaboration de la clause d'indexation, plusieurs indices, dont chacun est affecté d'un coefficient de pondération différent, sont souvent utilisés en combinaison avec une formule de manière à refléter la part prise par chaque élément (par exemple, les matériaux ou les services) dans le coût total de la construction (les différents indices correspondant aux coûts des différents matériaux et services peuvent être agréés dans une formule unique). Des indices distincts devront en outre être utilisés lorsqu'un même élément de calcul du coût provient de pays différents. Souvent, des formules distinctes, chacune pondérée différemment, peuvent être utilisées pour des opérations de construction distinctes. Si, par exemple, la construction nécessite un certain nombre d'opérations bien distinctes, telles l'excavation, le bétonnage, le briquetage, le montage et le dragage, la mise au point d'une formule unique de révision du prix peut se révéler difficile et son application risquerait d'aboutir à des erreurs. La solution qui consiste à adopter une formule distincte pour chaque élément principal de la construction peut sembler préférable.

52. La clause d'indexation prévoit généralement qu'un certain pourcentage du prix (généralement de 5 à 20 %) ne peut pas être révisé dans le cadre de ladite clause; ceci du fait que certains articles peuvent être payés par l'entrepreneur à un prix inférieur à celui que donne l'indice des prix pour ce type d'articles. Ce pourcentage peut en outre servir de protection contre d'autres inexactitudes résultant de la formule utilisée dans la clause. Enfin, si la clause d'indexation a pour objet de protéger l'entrepreneur contre l'augmentation des coûts de la construction et non contre l'inflation en général, ce pourcentage peut correspondre aux bénéfices de l'entrepreneur. L'inclusion dans la clause d'un tel pourcentage incite par ailleurs l'entrepreneur à s'efforcer de se protéger des augmentations de prix (par exemple, en faisant ses achats en temps opportun).

53. La décision quant à une éventuelle révision du prix devrait être prise au moment où intervient chaque paiement partiel. Pour que les indices agréés puissent être utilisés, le contrat devrait spécifier les dates auxquelles serait effectuée la comparaison des niveaux des indices. Le contrat pourrait stipuler que les niveaux de base des indices sont les niveaux enregistrés à la date de conclusion du contrat. Autre solution : lorsque le contrat est conclu après un appel d'offres, il pourrait stipuler que les niveaux de base des indices sont ceux en vigueur un nombre donné de jours (par exemple 45 jours) avant la soumission des offres, ou ceux en vigueur un certain nombre de jours avant la date limite pour la soumission des offres. Le contrat devrait également stipuler que ces niveaux de base doivent être comparés avec les niveaux des mêmes indices en vigueur un nombre donné de jours avant le dernier jour de la période de construction pour lesquels un paiement est effectué. Il serait également possible de stipuler que les niveaux de base doivent être comparés aux niveaux en vigueur un nombre donné de jours avant la date d'échéance du paiement. En cas de retard de l'entrepreneur dans l'achèvement de la construction, les niveaux à utiliser pourraient être ceux des indices agréés en vigueur un nombre de jours donné avant la date limite prévue pour l'exécution, si ces niveaux sont plus favorables à l'acheteur.

54. Plusieurs facteurs peuvent influer sur le choix des indices à utiliser. Les indices devraient être facilement accessibles (ils devraient être publiés régulièrement). Ils devraient être précis. Les indices publiés par des institutions reconnues (telles que des chambres de commerce à la réputation établie) ou des organismes gouvernementaux ou intergouvernementaux peuvent être retenus. Lorsque certaines dépenses de construction doivent être engagées par l'entrepreneur dans un pays donné, il peut être souhaitable d'utiliser les indices de ce pays.

55. Dans certains pays, en particulier dans les pays en développement, le choix des indices pouvant figurer dans une clause d'indexation peut être limité. Si l'indice correspondant à un matériau utilisé dans la construction n'existe pas, les parties peuvent décider d'utiliser un indice existant correspondant à un autre matériau. Ce matériau devrait être tel que son prix a toutes les chances de fluctuer dans des proportions similaires et au même moment que le matériau qui sera effectivement utilisé (par exemple, s'il est fabriqué à partir de la même matière première ou s'il peut remplacer le matériau qui sera effectivement utilisé). Ainsi, lorsque l'on ne dispose pas d'un indice des salaires, on utilise parfois l'indice des prix à la consommation (ou indice du coût de la vie), comme "indice de remplacement"[1].

ii) *Méthode des pièces justificatives*

56. Dans certains contrats, on utilise une méthode, souvent appelée méthode des pièces justificatives, pour traiter des changements qui peuvent intervenir après la conclusion du contrat pour certains coûts liés à la construction. La méthode des pièces justificatives est fondée sur le principe selon lequel l'entrepreneur doit recevoir la différence entre les coûts effectifs liés à la construction et les coûts sur lesquels on s'est appuyé pour calculer le prix fixé au contrat, différence résultant du changement intervenu dans les niveaux de prix par rapport aux niveaux enregistrés au moment de la conclusion du contrat. Cette méthode présente des inconvénients pour l'acheteur. Même si le contrat signé est un contrat au forfait, l'acheteur doit honorer toute augmentation du coût de la construction due à des augmentations du coût des équipements, des matériaux ou de la main-d'œuvre. Il peut se révéler difficile d'évaluer ultérieurement les coûts qui ont servi au calcul du prix du contrat. En outre, cette formule risque de ne pas inciter l'entrepreneur à maîtriser le coût de la construction. En outre, le travail administratif que doit fournir l'entrepreneur pour obtenir les pièces justificatives du coût de la construction, et l'acheteur pour vérifier ces pièces, peut être aussi lourd que dans le cadre d'un contrat en régie. La méthode des pièces justificatives ne devrait être utilisée que pour les portions du prix calculées sur la base de facteurs instables lorsque la méthode de la clause d'indexation (voir plus haut par. 45 à 49) ne peut pas être utilisée (par exemple, lorsque les indices nécessaires ne sont pas disponibles).

57. Si les parties souhaitent utiliser la méthode des pièces justificatives, elles devraient alors spécifier au contrat la portion du prix sujette à révision (par exemple, la portion payable pendant la construction). Le contrat devrait aussi indiquer quels sont les équipements, matériaux ou services pour lesquels la révision du prix peut jouer et indiquer séparément les coûts liés à ces équipements, matériaux ou services sur la base desquels le prix du contrat correspondant à ces articles a été calculé. La révision du prix devrait intervenir non seulement en cas d'augmentation, mais aussi en cas de diminution des coûts. L'entrepreneur devrait être tenu d'apporter la preuve des dépenses effectivement engagées par lui et le contrat devrait prévoir des procédures, semblables à celles qui sont utilisées dans le contrat en régie (voir plus haut par. 14) pour fournir la preuve de ces dépenses. En outre, la révision du prix ne devrait intervenir qu'à la suite d'un changement des dépenses effectivement engagées par l'entrepreneur en raison d'un changement du prix des équipements, matériaux et services. La révision ne devrait pas être possible en ce qui concerne les dépenses plus élevées que prévues engagées en raison de la sous-estimation par l'entrepreneur de l'étendue de ses obligations de construction au moment de la conclusion du contrat. Le contrat pourrait en outre stipuler qu'une augmentation des coûts réels par rapport aux coûts estimatifs ne peut entraîner de révision du prix que si cette augmentation est supérieure à un certain pourcentage du coût estimatif (voir plus haut par. 48), et que l'entrepreneur n'a droit qu'à un certain pourcentage de l'augmentation. Enfin, le contrat pourrait obliger l'entrepreneur à acheter les équipements ou les matériaux pour lesquels la révision du prix est autorisée auprès de fournisseurs agréés, ou après appel d'offres.

b) *Changement du taux de change de la monnaie de paiement par rapport à d'autres monnaies*

i) *Clause sur la monnaie de paiement*

58. Dans la clause sur la monnaie de paiement, le prix à payer est lié au taux de change, en vigueur au moment de la conclusion du contrat, de la monnaie de paiement par rapport à une monnaie donnée (appelée "monnaie de référence"). Si ce taux de change est différent au

[1] *Disposition donnée à titre d'exemple (clause d'indexation)*

"1) Le prix convenu est révisé s'il y a augmentation ou diminution du coût de . . . (énumérer les matériaux ou les services couverts par la présente clause). La révision se fait par l'application de la formule énoncée à l'annexe au présent contrat (voir appendice au présent chapitre). Toutefois, le prix n'est pas révisé si l'augmentation ou la diminution du prix résultant de l'application de la formule n'excède pas . . . % du prix convenu.

"2) Les niveaux de base des indices sont les niveaux existant [au moment de la conclusion du contrat] [. . . jours avant la soumission effective de l'offre] [. . . jours avant la date limite de soumission des offres]. Ces niveaux seront comparés avec les niveaux des mêmes indices existant [. . . jours avant le dernier jour de la période de construction pour laquelle le paiement est effectué] [. . . jours avant la date à laquelle le paiement réclamé est dû]. Toutefois, si l'entrepreneur est en retard dans la construction, les niveaux de base seront, selon le vœu de l'acheteur, comparés avec les niveaux existant . . . jours avant la date prévue d'exécution.

"3) La portion du prix sujette à révision est de . . . % du prix pour la construction de . . . (indiquer les éléments de la construction couverts par la présente clause) réalisée pendant la période de construction pour laquelle le paiement est dû.

"4) Aucune révision n'est effectuée pour la portion du prix payée à l'avance par l'acheteur.

"5) Lorsqu'une portion du prix à payer à l'entrepreneur est déterminée sur la base des dépenses réelles engagées par l'entrepreneur exécutant de son obligation, ladite portion du prix n'est pas sujette à révision.

"6) Si un litige survient entre les parties en ce qui concerne les pondérations utilisées dans la formule, ces pondérations sont ajustées par [l'ingénieur] [les arbitres] [le tribunal] si elles ont été rendues excessives ou inopérantes à la suite de changements de la nature et de l'étendue de la construction.

"7) Aux fins de la présente disposition, les indices publiés par . . . en . . . (indiquer le pays) seront utilisés. Au cas où ces indices cesseraient d'être disponibles, d'autres indices seront utilisés sous réserve qu'ils puissent raisonnablement refléter les changements de prix intervenant dans les coûts de construction couverts par la présente clause."

moment du paiement, le prix à payer est augmenté ou diminué proportionnellement à l'augmentation ou à la diminution du taux de change en vigueur au moment de la conclusion du contrat par rapport au taux de change en vigueur au moment du paiement effectif. Il peut être souhaitable d'adopter, aux fins de la comparaison le moment du paiement effectif plutôt que le moment où le paiement est échu. Si ce dernier moment est adopté, l'entrepreneur risque de subir une perte lorsque l'acheteur tarde à payer. Le lieu dont le taux de change doit ultérieurement être pris en considération devrait également être indiqué.

59. Pour que la clause sur la monnaie de paiement soit efficace, il faut que la monnaire de référence soit stable. On peut limiter l'insécurité résultant de l'instabilité potentielle d'une monnaie de référence unique en optant pour plusieurs monnaies de référence. Le contrat peut fixer une moyenne arithmétique des taux de change entre la monnaie de paiement et plusieurs autres monnaies données et stipuler que la révision du prix se fera conformément aux évolutions de cette moyenne.

ii) *Clause sur l'unité de compte*

60. Si une clause sur l'unité de compte est utilisée, le prix est libellé dans une unité de compte composée de fractions cumulées d'un certain nombre de monnaies données. L'unité de compte est généralement définie par un traité international ou par une organisation internationale et cette définition fixe les monnaies sélectionnées et leur poids relatif dans l'unité de compte. Par rapport à la clause sur l'unité de paiement dans laquelle plusieurs monnaies sont utilisées, les coefficients affectés aux monnaies sélectionnées dont l'unité de compte est composée ne sont pas identiques et sont généralement plus élevés pour les monnaies fréquemment utilisées dans le commerce international[2].

61. Le principal avantage que présente l'utilisation d'une unité de compte en tant qu'unité monétaire à laquelle l'unité de paiement est comparée est qu'une unité de compte est relativement stable, car la faiblesse d'une monnaie y est généralement compensée par la force d'une autre monnaie. La clause sur l'unité de compte assure donc une bonne protection contre les fluctuations du taux de change de l'unité de paiement par rapport aux autres monnaies.

62. Lors du choix de l'unité de compte qui sera retenue pour la clause, les parties devraient se demander si le rapport entre la monnaie de paiement et l'unité de compte peut être facilement déterminé au moment voulu, c'est-à-dire au moment de la conclusion du contrat et au moment du paiement. L'unité de compte définie par le Fonds monétaire international sous l'appellation Droits de tirage spéciaux (DTS) est parfois utilisée. La valeur de cette unité de compte exprimée en diverses autres monnaies est publiée régulièrement par le Fonds monétaire international.

[2] *Dispositions données à titre d'exemple*

"Le prix est convenu sous réserve que ... (indiquer l'unité de compte) soit égale à ... (indiquer une unité ou des unités de la monnaie de paiement). Si, au moment du paiement effectif du prix, ce rapport était modifié de plus de ... %, le prix à payer serait augmenté ou diminué de manière à refléter le nouveau rapport entre l'unité de compte et l'unité de paiement."

F. *Conditions de paiement*

63. Les conditions de paiement expriment, en ordre chronologique, le rapport entre les obligations dont doivent s'acquitter les parties, c'est-à-dire la construction des installations par l'entrepreneur et le paiement du prix par l'acheteur. Dans de nombreux contrats, le prix forfaitaire à payer se décompose en plusieurs sommes correspondant chacune à un élément principal de l'obligation dont doit s'acquitter l'entrepreneur (par exemple, génie civil, fourniture d'équipements, transfert de technologie). Selon la plupart des conditions de paiement, les portions du prix correspondant à ces éléments principaux sont payables à différents moments en pourcentages donnés; par exemple, en ce qui concerne la fourniture d'équipements, 10 % d'avance (voir ci-après par. 65 et 66), 70 % pendant la construction (voir ci-après par. 67 à 72), 10 % après prise en charge ou réception des installations (voir ci-après par. 73) et 10 % après expiration de la période de garantie (voir ci-après par. 74 et 75). Ces pourcentages peuvent varier selon les différents éléments principaux. De plus, les conditions de paiement prévoient généralement les modalités de paiement (par exemple, une lettre de crédit, ou les documents en échange desquels le paiement doit être effectué). Le lieu du paiement peut également avoir des conséquences juridiques importantes, en particulier lorsqu'il s'agit de déterminer laquelle des parties supporte le risque d'un changement dans la valeur de la monnaie pendant le transfert de fonds (par exemple, lorsque le lieu de paiement est dans le pays de l'acheteur et que les fonds sont transférés dans le pays de l'entrepreneur) et aussi de déterminer les restrictions qui s'appliquent au change.

64. Les conditions de paiement peuvent influer sur le montant du prix. Si l'entrepreneur doit financer la construction parce que le prix n'est payable qu'à son achèvement, il exigera généralement un prix plus élevé. En revanche, si l'entrepreneur est payé un montant supérieur à la valeur de ses obligations, il risque d'être moins incité à s'en acquitter rapidement. L'acheteur, par conséquent, paie généralement à l'entrepreneur une portion substantielle du prix au fur et à mesure que la construction progresse. Les clauses relatives aux conditions de paiement devraient aussi contenir des dispositions annexes, correspondant à la méthode de fixation du prix retenue. Ainsi, un contrat en régie devrait-il prévoir des procédures pour la vérification des dépenses engagées par l'entrepreneur avant le paiement et un contrat à prix unitaire devrait-il prévoir des procédures permettant d'évaluer le stade d'avancement de la construction.

1. *Avance*

65. Une avance est généralement requise dans un contrat de construction afin d'alimenter la trésorerie de

l'entrepreneur dans la phase initiale de la construction (par exemple, pour l'achat de matériel de construction, le transport et l'hébergement du personnel et l'achat initial d'équipements et de matériaux). Ce paiement peut en outre offrir une certaine protection à l'entrepreneur contre toute perte en cas de suspension du contrat par l'acheteur avant le commencement, ou au début, de la construction. L'acheteur est généralement protégé par une garantie contre le non-remboursement de l'avance par l'entrepreneur (voir le chapitre "Garantie de bonne exécution"). Le montant de l'avance peut être calculé de manière à couvrir les dépenses initiales de l'entrepreneur, telles qu'elles sont estimées.

66. L'avance doit généralement être remise directement par l'acheteur à une banque choisie par l'entrepreneur, dès la fourniture par l'entrepreneur de garanties de bonne exécution et de remboursement (voir le chapitre "Garantie de bonne exécution").

2. *Paiement pendant la construction*

67. Les conditions de paiement prévoient généralement le paiement d'une portion importante du prix selon l'état d'avancement de la construction. Parfois ce type de paiement est aussi lié à la fabrication d'équipements. On devrait s'efforcer de déterminer le montant à payer pendant la construction en tenant compte de la nature de la construction effectuée et de la méthode de fixation du prix retenue.

68. Afin de déterminer la date et le montant du paiement, on peut choisir l'approche qui consiste à recenser des éléments précis de la construction (par exemple, excavation ou construction des fondations) et stipuler que des sommes données seront payées lors de l'achèvement de ces travaux. Autre approche fréquemment utilisée : stipuler que l'entrepreneur a droit à des paiements d'avancement des travaux pour toute construction achevée dans un délai donné (par exemple, tous les mois), le montant du paiement dépendant de l'étendue de la construction achevée pendant cette période.

69. Les équipements et matériaux fournis par l'entrepreneur peuvent être payés après leur incorporation aux installations, en tant que partie de la construction effectuée, que l'une ou l'autre des approches décrites au paragraphe précédent ait été retenue. Les parties peuvent, toutefois, convenir d'une autre approche, en particulier dans les cas où l'équipement et les matériaux sont pris en charge par l'acheteur après leur livraison et qu'ils sont en sa possession jusqu'à leur utilisation dans la construction. Dans ces cas, la portion du prix correspondant à ces équipements et matériaux peut être payée en échange de documents attestant qu'ils ont été remis au premier transporteur pour transmission à l'acheteur, ou qu'ils ont été livrés sur le chantier (voir le chapitre "Fourniture des équipements et matériaux").

70. Les paiements en cours de construction devant être effectués pour la construction déjà achevée, les parties devraient convenir clairement des procédures (par exemple, rapport établi par un métreur) permettant de vérifier que la construction a effectivement été achevée. L'acheteur peut souhaiter autoriser l'ingénieur consultant à vérifier l'étendue de la construction achevée. Pour pouvoir obtenir un paiement d'avancement des travaux, l'entrepreneur peut être requis au contrat de fournir à l'ingénieur consultant, à la fin de chaque période de paiement, certains documents étayés par un rapport détaillé concernant la construction achevée pendant la période de paiement correspondante. Les paiements peuvent être effectués sur la base de certificats provisoires émis par l'ingénieur consultant ou l'acheteur.

71. Le contrat devrait énoncer les documents que l'entrepreneur est tenu de fournir pour obtenir paiement, tels ses factures, connaissements, certificats d'origine, listes de colisage et certificats d'inspection. Les documents à exiger peuvent dépendre des délais d'exécution et de la manière dont les obligations sont exécutées. Divers documents peuvent être requis en ce qui concerne la fourniture d'équipements, de matériaux ou de services. Les documents requis peuvent également varier selon la méthode de fixation du prix utilisée par les parties (par exemple, s'il s'agit d'un contrat en régie, sont nécessaires des documents prouvant que l'entrepreneur a fait appel à un nombre donné d'offres de vente d'équipements et de matériaux à utiliser dans la construction et a accepté la meilleure offre).

72. Le contrat devrait fixer le délai dans lequel le certificat provisoire de paiement doit être émis par l'ingénieur consultant ou l'acheteur et le délai, après émission de ce certificat, dans lequel le paiement doit être effectué par l'acheteur. La portion du prix due conformément au certificat pourrait être payable sur présentation du certificat à une banque indiquée au contrat. En cas de non-émission du certificat, alors même que le fait ouvrant droit au paiement de l'entrepreneur est intervenu, ou de non-paiement du montant dû conformément au certificat, l'entrepreneur devrait être en droit d'exiger le paiement dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges (voir le chapitre "Règlement des litiges").

3. *Paiement après prise en charge ou réception des installations*

73. Certains pourcentages de certaines portions du prix (par exemple, pour la fourniture d'équipements et de matériaux, le génie civil, le montage ou le transfert de technologie) peuvent n'être payables qu'après que la preuve de l'achèvement de la construction a été apportée (par exemple, après réception des installations). Le contrat devrait stipuler que l'acheteur doit payer ces portions du prix dans un certain délai après que cette preuve a été apportée (par exemple, dans un délai de deux semaines après des essais de bon fonctionnement concluants ou après la signature d'un protocole de réception; voir le chapitre "Achèvement, prise en charge et réception"). Dans certains cas, une portion du prix peut être due dans un certain délai après prise en charge des installations (voir le chapitre "Achèvement, prise en charge et réception").

4. *Paiement après expiration de la période de garantie*

74. Afin de protéger l'acheteur des conséquences qu'aurait une construction défectueuse imputable à l'entrepreneur, le contrat pourrait stipuler qu'un certain pourcentage du prix n'est payable qu'après expiration de la période de garantie (voir le chapitre "Défaut d'exécution"). Au moment de fixer le pourcentage à payer après expiration de la période de garantie, les parties devraient tenir compte des autres garanties dont dispose l'acheteur au cas où des défauts seraient découverts pendant la période de garantie. Si l'acheteur est suffisamment bien protégé par une garantie d'exécution (voir le chapitre "Garantie de bonne exécution"), on pourrait stipuler que l'intégralité du prix est payable au moment de la réception des installations.

75. Le contrat devrait énoncer un délai commençant à courir lors de l'expiration de la période de garantie dans lequel l'acheteur est obligé de payer la portion du prix non acquittée. Toutefois, si des défauts sont décelés et notifiés pendant la période de garantie, l'acheteur devrait avoir le droit de retenir sur la portion du prix non acquittée une somme l'indemnisant pour les défauts découverts. Ce droit de rétention devrait exister jusqu'à ce que l'entrepreneur remédie aux défauts et verse les dommages-intérêts auxquels l'acheteur peut avoir droit.

5. *Crédit accordé par l'entrepreneur ou par le pays de l'entrepreneur*

76. Dans la plupart des cas, la construction des installations est financée par une institution de financement au moyen d'un prêt accordé à l'acheteur. Cependant, dans certains cas, lorsque l'entrepreneur a une solide assise financière, et que les installations à construire sont de taille réduite, l'entrepreneur peut accorder un crédit à l'acheteur pour une partie du prix. Dans ce cas, la partie du prix couverte par le crédit doit généralement être remboursée par tranches, dans un délai donné après prise en charge ou réception des installations par l'acheteur.

77. Lorsque l'entrepreneur accorde un crédit de ce type à l'acheteur, certaines des questions qui sont habituellement réglées dans un accord de prêt distinct lorsqu'il s'agit d'un prêt d'une institution financière (par exemple, questions liées à la garantie de remboursement du prêt par l'acheteur et aux intérêts du prêt) doivent être réglées dans le contrat de construction.

78. La construction d'installations est parfois financée au moyen d'un crédit octroyé par l'Etat de l'entrepreneur à l'Etat de l'acheteur. Dans ce cas, les parties devraient, lors de l'élaboration des clauses sur les conditions de paiement, tenir compte des dispositions de l'accord conclu entre les deux Etats et de la réglementation pouvant être promulguée dans le pays de l'acheteur dans le cadre de l'application de cet accord (par exemple, sur les conditions dans lesquelles le crédit peut être utilisé pour la construction).

Appendice

Formule de révision du prix convenu*

La révision du prix prévue dans la clause . . . du présent contrat s'effectue au moyen de la formule suivante :

$$P_1 = \frac{P_o}{100}\left(a + b\,\frac{M_1}{M_o} + c\,\frac{N_1}{N_o} + d\,\frac{O_1}{O_o} + e\,\frac{W_1}{W_o}\right)$$

à savoir :

P_1 = Prix à payer en application de la clause . . .

P_o = Prix initial auquel la clause . . . est appliquée

M_1, O_1, W_1 = Niveaux d'indice pour les divers éléments constituant le coût (par exemple, matériaux et services) couverts par la clause . . . en vigueur au moment convenu avant le paiement (voir par. 2 de la disposition donnée à titre d'exemple)

M_o, N_o, O_o, W_o = Niveaux de base des indices des mêmes éléments constituant le coût au moment de la conclusion du contrat, ou à un moment convenu avant la conclusion du contrat (voir par. 2 de la disposition donnée à titre d'exemple)

a = Pourcentage du prix non couvert par l'ajustement de prix (voir par. 3 de la disposition donnée à titre d'exemple)

b, c, d, e = Pondération affectée aux divers indices, reflétant la part prise par les divers éléments constituant le coût dans les coûts de la construction couverts par la clause d'indexation

$a + b + c + d + e = 100$

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.2]

Ingénieur-conseil

Résumé

L'ingénieur-conseil, au sens du présent chapitre, est une société d'ingénierie engagée par l'acheteur pour fournir certains conseils à l'acheteur et mettre à sa disposition ses compétences techniques, pour prendre certaines mesures dans le cadre du contrat de construction au nom de l'acheteur, ou exercer certaines fonctions indépendantes au titre du contrat (par. 1 et 2). Le contrat de construction devrait stipuler clairement les pouvoirs et fonctions de l'ingénieur-conseil, dans la mesure où ils influent sur les droits et obligations de l'entrepreneur (par. 3). Il n'est pas nécessaire que le contrat autorise l'ingénieur-conseil à fournir des avis à l'acheteur ou à mettre ses compétences techniques à sa disposition, ou même régisse cette question (par. 4 et 5). Le contrat devrait cependant énoncer tout pouvoir qu'a l'ingénieur-conseil d'agir au nom de l'acheteur, et notamment toute limitation de ce pouvoir (par. 6 et 7).

*Cette formule est inspirée d'une formule présentée dans les *Conditions générales pour la fourniture et le montage des matériels d'équipement à l'importation et à l'exportation, établies par la Commission économique pour l'Europe de l'Organisation des Nations Unies*, n° 188A (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.57.II.E/Mim.3).

Dans certains contrats de construction, les parties peuvent souhaiter que l'ingénieur-conseil exerce certaines fonctions indépendamment, plutôt que pour l'acheteur ou en son nom. Il peut s'agir notamment de résoudre sur le chantier certaines questions techniques se posant durant la construction, de certifier la présence de certains faits donnant naissance à des droits ou obligations aux termes du contrat, ou de déterminer l'existence de tels droits et obligations, ou encore de trancher des différends entre les parties. Ces dernières jugeront peut-être souhaitable que l'ingénieur-conseil ne soit pas autorisé à régler des différends découlant de services fournis par lui ou d'activités entreprises par lui (par. 8 à 10).

Le contrat devrait indiquer dans quelle mesure un acte ou une décision de l'ingénieur-conseil, correspondant à une fonction indépendante qu'il est habilité à exercer, sera considéré comme impératif pour les parties. A ce propos, le contrat devrait stipuler que tous les actes ou décisions de l'ingénieur-conseil liés à ses fonctions indépendantes peuvent être soumis à une procédure arbitrale ou judiciaire. Il serait souhaitable qu'il précise qu'un acte ou une décision de l'ingénieur-conseil pouvant être soumis à une telle procédure doit être respecté, jusqu'à ce qu'il soit modifié ou annulé lors de la procédure arbitrale ou judiciaire, et que l'entrepreneur aura droit à dédommagement pour toute tâche supplémentaire qu'il aura exécutée ou toute dépense supplémentaire qu'il aura engagée en se conformant à cet acte ou à cette décision. Les parties pourront cependant envisager si le tribunal arbitral ou judiciaire devrait être habilité à décider qu'il n'y a pas lieu de se conformer à un acte ou décision de l'ingénieur-conseil en attendant le résultat de la procédure (par. 12 et 13).

L'ingénieur-conseil devrait normalement être désigné dans l'appel d'offres et dans le contrat de construction. Les parties pourront également se demander si, au cas où un ingénieur-conseil exerçant des fonctions indépendantes doit être remplacé durant la construction, le choix du nouvel ingénieur-conseil devrait être laissé exclusivement à l'acheteur ou si l'entrepreneur devrait pouvoir participer au choix de l'ingénieur-conseil proposé par l'acheteur. Si l'entrepreneur est habilité à participer à ce choix, le contrat devrait indiquer la procédure à suivre à cette fin (par. 14 à 16).

Il pourrait être souhaitable que le contrat stipule que l'ingénieur-conseil ne peut déléguer son pouvoir d'exercer des fonctions indépendantes à un tiers qui n'est pas son employé sans le consentement écrit des deux parties (par. 17 et 18).

Les parties devraient convenir de la mesure dans laquelle l'ingénieur-conseil doit pouvoir disposer de données et avoir accès au chantier, au lieu de fabrication des équipements, des matériaux et des fournitures devant être incorporés dans l'installation, à l'ouvrage en cours de construction et à l'installation achevée, afin de pouvoir s'acquitter efficacement de ses fonctions (par. 19).

* * *

A. *Remarques générales*

1. L'acheteur peut recourir aux services d'un ingénieur dès le début de l'exécution d'un projet de construction. Avant la conclusion du contrat de construction, l'ingénieur peut par exemple établir des études de faisabilité et autres études préalables au contrat, établir les plans, dessins et spécifications de certaines parties ou de la totalité de l'installation, rédiger des appels d'offres et contrats, se charger des procédures d'appel d'offres et conseiller l'acheteur sur diverses autres questions techniques. Après que le contrat a été conclu, l'ingénieur peut fournir des conseils à l'acheteur et mettre à sa disposition ses compétences en matière de techniques et de gestion dans le cadre de la construction de l'installation. Dans certains cas, un ingénieur peut être habilité à prendre au nom de l'acheteur diverses mesures stipulées dans le contrat de construction. En outre, l'ingénieur peut être autorisé à exercer certaines fonctions indépendantes ayant des incidences directes sur les droits et obligations des deux parties au contrat.

2. Dans certains cas, l'acheteur peut disposer de ses propres ingénieurs, capables de fournir les divers services dont il peut avoir besoin durant la construction de l'installation. Dans d'autres cas, cependant, son personnel n'est pas à même de fournir tous les services techniques requis et l'acheteur recourt alors à une société d'ingénierie. Cette entreprise tierce est dénommée dans le présent chapitre l'"ingénieur-conseil". Même lorsque les capacités techniques du personnel de l'acheteur sont suffisantes, celui-ci peut souhaiter engager un ingénieur-conseil afin de renforcer ces capacités, par exemple un ingénieur-conseil ayant acquis une expérience ou des compétences particulières dans le cadre de l'exécution de projets similaires. En outre, si le contrat de construction prévoit que certaines fonctions indépendantes seront exercées par l'ingénieur, il y est en général stipulé que ces fonctions doivent être exercées par un ingénieur-conseil plutôt que par des ingénieurs faisant partie du personnel de l'acheteur.

3. Le présent chapitre traite des dispositions du contrat de construction relatives aux pouvoirs et aux fonctions d'un ingénieur-conseil engagé par l'acheteur. Si ces pouvoirs et fonctions sont déterminés par le contrat conclu entre l'ingénieur-conseil et l'acheteur, le contrat de construction devrait également les énoncer clairement, dans la mesure où ils ont des incidences sur les droits et obligations de l'entrepreneur. Ainsi, l'entrepreneur pourra-t-il savoir dans quels cas il peut se fonder sur des actes ou décisions de l'ingénieur-conseil, ou doit leur donner effet. En outre, il sera ainsi possible de déterminer avec certitude si l'ingénieur-conseil était effectivement habilité à prendre de tels actes ou décisions.

B. *Pouvoirs et fonctions de l'ingénieur-conseil*

1. *Fourniture de services à l'acheteur*

a) *Cas où l'ingénieur conseille l'acheteur et met à sa disposition ses compétences techniques*

4. Quel que soit le type de contrat de construction, il est important que l'acheteur dispose des compétences techniques requises ou ait accès à de telles compétences, afin de s'assurer que les plans et spécifications de

l'ouvrage satisfont à ses exigences et que les travaux progressent de manière satisfaisante et de prendre les mesures et exercer les fonctions qui sont de sa compétence aux termes du contrat. Par exemple, il doit pouvoir approuver le calendrier de la construction soumis par l'entrepreneur, suivre les progrès de la construction, évaluer les activités de l'entrepreneur afin de déterminer s'il doit effectuer les paiements demandés par ce dernier, évaluer les retards ou vices de construction et décider des mesures à prendre à ce propos, ordonner des modifications ou prendre une décision à propos de modifications proposées par l'entrepreneur, prendre une décision sur les sous-traitants proposés par l'entrepreneur, traiter de la question des empêchements exonératoires ou situations difficiles (*hardship*) et évaluer les résultats des inspections et essais. Dans certains contrats, l'acheteur peut avoir à commander des fournitures et équipements, vérifier et évaluer les dessins soumis par l'entrepreneur, évaluer les garanties offertes par les entrepreneurs et les fournisseurs et planifier et coordonner les travaux effectués par les différents entrepreneurs. Dans un contrat en régie, l'acheteur doit s'assurer que le coût des articles dont l'entrepreneur demande le remboursement est raisonnable et correct. Dans un contrat à prix unitaire, il doit vérifier le montant des unités de matériaux ou de main-d'œuvre utilisés. L'acheteur engage à ces fins souvent un ingénieur pour le conseiller et le faire bénéficier de ses compétences techniques.

5. Puisque le simple fait que l'ingénieur-conseil fournisse de tels avis et mette ses compétences au service de l'acheteur n'a pas d'incidences directes sur les droits et obligations contractuels de l'entrepreneur, il n'est pas nécessaire que le contrat de construction autorise ou régisse de telles fonctions. Par contre, il est peut-être bon que le contrat contienne des dispositions visant à permettre ou à faciliter l'exercice de ces fonctions, notamment en donnant à l'ingénieur-conseil accès au chantier ou au lieu de fabrication ainsi qu'à tous les renseignements nécessaires pour contrôler les progrès des travaux et exercer d'autres fonctions (voir par. 19 ci-dessous).

b) *Cas où l'ingénieur-conseil agit au nom de l'acheteur*

6. L'ingénieur-conseil peut non seulement donner des avis et mettre ses compétences techniques à la disposition de l'acheteur, mais également être autorisé à prendre, au nom de l'acheteur, une partie ou la totalité des mesures du type de celles qui sont mentionnées au paragraphe 4 ci-dessus. Dans de tels cas, puisque les actions de l'ingénieur-conseil peuvent avoir des incidences directes sur les droits et obligations contractuels de l'entrepreneur, le contrat devrait stipuler que l'ingénieur-conseil est habilité à prendre de telles mesures et indiquer les limitations de ses pouvoirs (par exemple toute limitation du pouvoir qu'a l'ingénieur d'ordonner ou d'accepter des modifications au nom de l'acheteur). En outre, le contrat devrait stipuler que l'acheteur doit informer l'entrepreneur par écrit de toute modification ou de tout renforcement des pouvoirs de l'ingénieur-conseil auxquels il est procédé après que le contrat est entré en vigueur. Les mesures que peut prendre l'ingénieur-conseil au nom de l'acheteur varient selon la nature du contrat. Dans un contrat clefs en main, elles sont normalement plus limitées que dans des contrats de caractère moins global.

7. Le contrat devrait également spécifier les pouvoirs qu'a l'ingénieur-conseil de communiquer avec l'entrepreneur au nom de l'acheteur. Par exemple, le contrat peut prévoir que les communications entre l'acheteur et l'entrepreneur concernant des questions qui entrent dans le domaine de compétence de l'ingénieur-conseil seront transmises par l'intermédiaire de ce dernier.

2. *Fonctions indépendantes*

8. Dans certains contrats de construction, les parties peuvent stipuler qu'un ingénieur-conseil pourra exercer indépendamment certaines fonctions plutôt que pour l'acheteur ou en son nom. Ces fonctions indépendantes sont diverses. Par exemple, les parties peuvent juger souhaitable que l'ingénieur-conseil soit présent sur le chantier afin de pouvoir, avec diligence, résoudre les questions techniques qui se posent durant la construction, remédier aux écarts, erreurs ou omissions dans les dessins ou spécifications ou interpréter les dispositions techniques du contrat. En outre, elles peuvent dans certains cas autoriser l'ingénieur-conseil à certifier l'existence de faits qui donneraient naissance à certains droits ou obligations en application du contrat, ou à déterminer l'existence de tels droits ou obligations. On trouvera ci-après quelques exemples de ces fonctions :

Certifier que l'entrepreneur a droit aux paiements qu'il réclame;

Attester un retard ou tout autre défaut d'exécution;

Attester l'apparition et la durée d'événements jugés exonératoires ou déterminer que de tels événements constituent effectivement des empêchements exonératoires (voir le chapitre "Exonérations");

Attester la présence de circonstances considérées comme des motifs de suspension de la construction ou ordonner la suspension de la construction (voir le chapitre "Suspension de la construction");

Certifier que les essais d'achèvement mécanique ou les essais de bon fonctionnement ont donné des résultats satisfaisants ou qu'il faudrait exécuter des essais supplémentaires ou modifiés (voir le chapitre "Inspection et essais");

Attester la présence de circonstances considérées comme des motifs de résiliation du contrat (voir le chapitre "Résiliation");

Attester la présence de circonstances jugées par l'entrepreneur comme constituant un motif d'objection à une modification ordonnée par l'acheteur ou décider s'il faudrait procéder à ladite modification (voir le chapitre "Clauses de modification");

Déterminer les conséquences des modifications sur le prix du contrat et sur le délai d'achèvement des travaux par l'entrepreneur (*ibid.*);

Attester la présence de circonstances considérées comme donnant naissance à des droits en vertu d'une clause d'imprévision ou déterminer que l'on est en présence

d'une situation difficile (*hardship*) (voir le chapitre "Clauses d'imprévision");

Aider les parties dans leurs renégociations en application d'une clause d'imprévision ou adapter le contrat si les parties aux renégociations ne peuvent convenir d'une adaptation (*ibid.*);

Déterminer le délai supplémentaire auquel l'entrepreneur a droit pour achever les travaux en cas de suspension de la construction par l'acheteur ou pour toute autre raison (voir les chapitres "Suspension de construction" et "Achèvement, réception et prise en charge").

9. Le contrat peut stipuler que des questions telles que celles mentionnées au paragraphe précédent seront soumises directement à l'ingénieur-conseil qui prendra les mesures voulues, soit en cas de différends entre les parties, soit dans d'autres cas. Par exemple, il peut énoncer qu'une demande de paiement présentée par l'entrepreneur sera soumise à l'ingénieur-conseil pour certification, de même que les factures ou comptes présentés à l'appui de cette demande. Le contrat peut également autoriser l'ingénieur-conseil à régler un différend entre les parties concernant la question de savoir si l'entrepreneur a droit à paiement (à moins que le différend ne soit dû au fait que l'ingénieur-conseil n'a pas certifié le paiement demandé par l'entrepreneur; voir par. 10 ci-dessous). Les parties peuvent également, dans certains cas, autoriser l'ingénieur-conseil à trancher leurs différends concernant des questions autres que celles mentionnées au paragraphe précédent. Il serait plus rapide, pour régler les différends, de les soumettre à l'ingénieur-conseil plutôt que de les renvoyer directement à une procédure arbitrale ou judiciaire. Les différends seraient ainsi traités par quelqu'un qui participerait à l'exécution du projet et le connaîtrait bien et qui aurait connaissance de la plupart des échanges de correspondance et arguments pertinents.

10. Les parties pourront se demander si l'ingénieur-conseil devrait être autorisé à trancher tous les différends surgissant entre elles concernant le projet, ou seulement les différends portant sur des questions du domaine de compétence de l'ingénieur-conseil, c'est-à-dire les différends concernant des questions techniques liées à la nature, à la qualité et à la construction de l'ouvrage. Dans ce dernier cas, les parties souhaiteront peut-être préciser les types de différends que l'ingénieur-conseil pourra trancher et ne pas l'autoriser à trancher des différends liés à des services fournis par lui ou à des travaux exécutés par lui (par exemple concernant un plan qu'il aurait fourni) ou à des mesures qu'il aura prises conformément au contrat ou qu'il n'aura pas prises, alors qu'il y était habilité (par exemple, différends liés à la délivrance ou à la non-délivrance par l'ingénieur d'un certificat de paiement).

11. Si l'ingénieur-conseil doit être autorisé à exercer des fonctions indépendantes, il serait peut-être souhaitable, même s'il est choisi ou engagé par l'acheteur, que le contrat stipule que ces fonctions doivent être exercées de manière impartiale à l'égard tant de l'acheteur que de l'entrepreneur. En outre, les parties souhaiteront peut-être préciser dans le contrat que, dans l'exercice de fonctions indépendantes autres que celles consistant simplement à constater ou à attester l'existence de faits ou d'événements, l'ingénieur-conseil doit appliquer les dispositions du contrat et leur donner effet et non simplement agir conformément à ses propres conceptions de l'équité, sans tenir compte des dispositions du contrat.

12. Le contrat devrait préciser dans quelle mesure un acte ou une décision de l'ingénieur-conseil, dans le cadre de ces fonctions indépendantes, sera considéré comme impératif pour les parties. A ce propos, il devrait stipuler que tout acte ou décision de cet ordre peut être soumis par l'une ou l'autre partie à une procédure arbitrale ou judiciaire. Le contrat pourrait également préciser que toute question pour laquelle l'ingénieur-conseil n'a pas pris de mesures ou de décisions dans un délai donné après en avoir été prié par une partie peut être soumise à une telle procédure, à moins que le contrat ne prévoie d'autres moyens de la régler (par exemple en stipulant qu'un certificat est alors supposé avoir été délivré).

13. Il serait souhaitable, de manière à éviter des interruptions durables et coûteuses de la construction, que le contrat stipule que les parties doivent se conformer à une mesure ou décision de l'ingénieur-conseil susceptible d'être soumise à examen jusqu'à ce que cet acte ou cette décision soit éventuellement modifié ou annulé dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire. Cependant, le contrat devrait autoriser l'entrepreneur à obtenir un dédommagement de l'acheteur pour toute tâche supplémentaire qu'il aura effectuée ou pour toute dépense supplémentaire qu'il aura engagée — et qui n'étaient pas prévues dans le contrat — en se conformant à un acte ou à une décision de l'ingénieur-conseil, même si lesdits acte ou décision ont par la suite été modifiés ou annulés lors d'une procédure arbitrale ou judiciaire. Les parties pourront se demander s'il serait souhaitable de stipuler que le tribunal arbitral ou judiciaire peut, à son gré, décider que les parties n'ont pas à se conformer à un acte ou une décision de l'ingénieur-conseil en attendant le résultat de la procédure.

C. *Choix et remplacement de l'ingénieur-conseil*

14. Lorsqu'il a été fait appel à un ingénieur-conseil pour qu'il rende des services à l'acheteur avant la conclusion du contrat (voir par. 1 ci-dessus), celui-ci reste normalement l'ingénieur-conseil au titre du contrat, même s'il doit s'acquitter de fonctions indépendantes. L'ingénieur-conseil devrait normalement être désigné dans l'appel d'offres afin que les entrepreneurs présentant une offre sachent que celui-ci doit être accepté en tant qu'ingénieur-conseil dans le cadre du contrat de construction. L'ingénieur-conseil devrait également être désigné dans le contrat de construction.

15. Les parties souhaiteront peut-être étudier la question de savoir si, lorsque l'ingénieur-conseil doit être remplacé pendant la construction, le choix du nouvel ingénieur-conseil devrait être laissé exclusivement à l'acheteur ou si l'entrepreneur devrait pouvoir partici-

per au choix du nouvel ingénieur-conseil qui serait proposé par l'acheteur. Si le nouvel ingénieur-conseil ne doit que fournir des conseils et une assistance technique à l'acheteur ou agir au nom de celui-ci, il devrait être choisi par le seul acheteur. S'il doit exercer des fonctions indépendantes, le contrat pourrait stipuler soit qu'il sera choisi par l'acheteur seul, soit que l'entrepreneur pourra participer au choix. On notera cependant que certains organismes internationaux de prêt n'autorisent pas l'entrepreneur à participer à ce choix dans le cadre de projets qu'ils financent.

16. Lorsqu'un nouvel ingénieur-conseil qui doit agir au nom de l'acheteur ou exercer des fonctions indépendantes est censé être choisi par l'acheteur seul, le contrat devrait obliger ce dernier à informer l'entrepreneur par écrit du nom et de l'adresse du nouvel ingénieur-conseil. Lorsque l'entrepreneur doit participer au choix du nouvel ingénieur-conseil, le contrat devrait exiger que l'acheteur indique à l'entrepreneur l'ingénieur-conseil proposé et obtienne son approbation. L'acheteur devrait être autorisé à engager l'ingénieur-conseil proposé si, dans un délai donné après notification de l'entrepreneur, celui-ci n'émet pas à ce propos d'objection motivée. Le contrat pourrait également stipuler que toute objection de l'entrepreneur à l'égard du nouvel ingénieur-conseil proposé par l'acheteur doit être fondée sur des motifs raisonnables. Si l'entrepreneur s'oppose à l'ingénieur-conseil proposé par l'acheteur, mais que l'acheteur estime que l'objection de l'entrepreneur n'est pas raisonnablement fondée, le différend devrait être résolu au moyen du mécanisme de règlement des différends prévu dans le contrat. S'il apparaît que l'objection de l'entrepreneur n'est pas raisonnablement motivée, l'acheteur devrait être habilité à engager le nouvel ingénieur-conseil qu'il a proposé. Par contre, si l'objection est jugée raisonnable, il devrait être tenu de proposer un autre ingénieur-conseil.

D. *Délégation de pouvoirs par l'ingénieur-conseil*

17. Lorsque l'ingénieur-conseil doit exercer des fonctions indépendantes, les parties pourront juger souhaitable de stipuler qu'il ne peut déléguer ses pouvoirs d'exercer de telles fonctions à un autre ingénieur-conseil qui n'est pas son employé sans le consentement écrit des deux parties. Une telle limitation devrait figurer tant dans le contrat entre l'acheteur et l'ingénieur-conseil que dans le contrat de construction. De même, lorsque l'ingénieur-conseil doit agir au nom de l'acheteur, toute limitation que l'acheteur souhaitera imposer à la capacité qu'a l'ingénieur-conseil de déléguer ses pouvoirs d'exercer de telles fonctions devrait figurer et dans le contrat entre l'acheteur et l'ingénieur-conseil et dans le contrat de construction, afin que l'entrepreneur ait connaissance de ces limitations. Cependant, la capacité de l'ingénieur-conseil de répartir ses pouvoirs entre des ingénieurs à son emploi ne devrait pas être limitée. Par exemple, un ingénieur-conseil pourra charger un représentant sur le chantier d'exercer des activités de routine, les questions plus importantes étant réglées à un niveau plus élevé de la hiérarchie au sein de la société d'ingénierie.

18. Le contrat pourrait également stipuler que tout acte d'un ingénieur-conseil auquel ont été délégués des pouvoirs avec le consentement de l'ingénieur-conseil désigné dans le contrat ou engagé au titre du contrat aura les mêmes effets que s'il avait été effectué par l'ingénieur-conseil initial. Il pourrait également stipuler que ce dernier peut prendre toute mesure que l'ingénieur-conseil délégué était habilité à prendre mais n'a pas prise (par exemple ordonner qu'il soit remédié à des défauts).

E. *Renseignements à fournir à l'ingénieur-conseil et droit d'accès de ce dernier*

19. Afin que l'ingénieur-conseil puisse exercer efficacement ses fonctions, il faudra sans doute qu'il dispose de divers types de renseignements et ait accès au chantier, aux lieux de fabrication des équipements, des matériaux et des fournitures devant être incorporés dans l'installation et à l'ouvrage en construction, ainsi qu'à l'installation achevée. Les parties devraient convenir de la mesure dans laquelle l'entrepreneur est tenu de fournir de tels renseignements ou accorder un tel droit d'accès à l'ingénieur-conseil. Ce dernier devrait normalement avoir au moins le même droit d'accès que celui qui est accordé à l'acheteur aux termes du contrat.

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.3]

Transfert de techniques

Résumé

L'acheteur aura besoin de connaissances sur les procédés industriels nécessaires à la mise en production de l'installation ainsi que des renseignements techniques et compétences nécessaires à l'exploitation, à l'entretien et à la réparation de l'ouvrage. La communication à l'acquéreur de ces connaissances, informations et compétences est souvent désignée par l'expression transfert des techniques (par. 1).

Divers arrangements contractuels peuvent être conclus pour le montage de l'installation et le transfert des techniques (par. 2). Ce transfert peut s'effectuer de diverses manières. Il peut l'être en parvenant à la compréhension de la nature et du fonctionnement de l'ouvrage (par. 3), par l'obtention de licences de propriété industrielle (par. 4) ou encore par la transmission d'un savoir-faire de caractère confidentiel (par. 5). Les informations et compétences nécessaires à l'exploitation, à l'entretien et à la réparation de l'installation peuvent être communiquées dans des documents ou par la formation du personnel de l'acheteur (par. 6).

Le propos du Guide n'est pas d'épuiser la question de l'octroi des licences de propriété industrielle ou de la communication du savoir-faire; et le présent chapitre recense simplement les points auxquels les parties devraient prêter attention lorsqu'un contrat de travaux met en jeu des droits de propriété industrielle ou du

savoir-faire (par. 7). Lors de la rédaction des clauses relatives au transfert de techniques, les parties devraient tenir compte des dispositions obligatoires que peut comporter la législation en vigueur en la matière dans le pays de l'acheteur et dans celui de l'entrepreneur (par. 8).

Certaines des questions que les parties devront aborder sont les mêmes, qu'il s'agisse des dispositions relatives à l'octroi de licences ou à la communication de savoir-faire. C'est ainsi que les techniques faisant l'objet du transfert devront être décrites avec soin dans l'un et l'autre cas (par. 9). De même, avant de convenir de restrictions à l'emploi par l'acheteur des techniques considérées, les parties devraient tenir compte des dispositions législatives de caractère obligatoire qui pourraient régir la matière (par. 10).

Les garanties données par l'entrepreneur dépendront des arrangements contractuels choisis; elles peuvent aller de la garantie inconditionnelle de fonctionnement conformément à certains paramètres ou à une garantie, assortie de réserves, aux termes de laquelle la performance sera conforme aux paramètres fixés sous certaines conditions (par. 11 et 12). Des modes particuliers de rémunération des droits cédés, sous forme par exemple de redevances, ont été mis au point en matière de licences et de savoir-faire (par. 13 à 15).

Les parties peuvent souhaiter inclure dans le contrat un engagement aux termes duquel l'entrepreneur certifie que la propriété industrielle ou le savoir-faire, objet du transfert, ne porte pas atteinte aux droits de tiers. Le contrat devrait préciser les recours ouverts aux parties dans l'éventualité d'une telle violation (par. 16 et 17).

La question du maintien du secret ne se pose, en revanche, qu'à propos des dispositions régissant le savoir-faire. L'entrepreneur voudra obliger l'acheteur à tenir secret le savoir-faire qui lui aura été communiqué. L'étendue de l'obligation du secret devrait être clairement définie dans le contrat. Celui-ci devrait comporter de surcroît des dispositions parant aux cas où l'acheteur pourrait raisonnablement avoir à divulguer le savoir-faire qui lui aurait été communiqué à des tiers (par. 18 et 19).

Lorsque des informations techniques et des compétences sont transmises au moyen de documents, le contrat devrait comporter des clauses précisant un certain nombre de points. De cette catégorie relèvent la description des documents à fournir, les démonstrations indispensables à leur compréhension et le calendrier prévu de remise des documents (par. 20 à 22).

Le principal instrument de communication de renseignements et de compétences techniques est la formation du personnel de l'acheteur. L'entrepreneur devrait être tenu de fournir à l'acheteur une liste du personnel nécessaire à l'exploitation, l'entretien et la réparation de l'ouvrage, qui permette à ce dernier d'arrêter ses besoins en matière de formation. Le contrat devrait fixer clairement les obligations de l'entrepreneur en matière de formation (par. 23) et comporter, à ce propos, des dispositions précises sur les catégories et le nombre de stagiaires, les qualifications requises des candidats à des stages, la procédure de sélection appliquée et les lieux choisis de formation (par. 24 et 25).

L'entrepreneur devrait être tenu de soumettre à l'acheteur un programme de formation à son sens approprié. Le contrat devrait également prévoir la manière dont sera défrayé le coût de la formation. Pour des raisons d'ordre pratique toutefois, un certain nombre de questions touchant au programme de formation pourraient devoir être réglées après la conclusion du contrat (par. 26 à 28).

* * *

A. *Remarques générales*

1. La construction à réaliser englobera divers procédés industriels nécessaires à la mise en production de l'installation. L'acheteur aura besoin de connaissances sur le mode d'utilisation et l'application de ces procédés. Il voudra également acquérir les informations et compétences techniques nécessaires au bon fonctionnement, à l'entretien et à la réparation de l'ouvrage. La communication à l'acheteur de ces connaissances, informations et compétences est souvent désignée par l'expression transfert de techniques.

2. On notera que divers types d'arrangements contractuels peuvent être conclus pour le montage de l'installation et le transfert des techniques (voir chap. II, "Choix du type de contrat"). L'acquéreur peut faire appel à un entrepreneur capable de fournir les techniques à incorporer à l'ouvrage et de construire l'installation elle-même. Il conclura alors habituellement avec cet entrepreneur un contrat de travaux portant à la fois sur le transfert de techniques et le montage de l'installation. L'acquéreur peut cependant aussi conclure avec un entrepreneur un contrat de travaux aux termes duquel celui-ci fournit les techniques requises et construit la partie de l'installation les renfermant et conclure, avec d'autres entrepreneurs, d'autres contrats portant sur la construction d'autres parties de l'ouvrage. Il peut enfin opter pour des contrats distincts, portant l'un sur la fourniture des techniques et l'autre sur les travaux de construction de l'installation à laquelle seront incorporées ces techniques.

3. Le transfert de techniques peut revêtir différentes formes. Dans nombre de cas, l'acheteur se familiarisera avec les procédés industriels utilisés dans l'installation en comprenant le fonctionnement des machines et du matériel qui y ont été mis en place et celui de l'ensemble de l'ouvrage.

4. Le transfert de techniques peut également s'effectuer par l'octroi de licence de brevets et autres formes de propriété industrielle. La plupart des systèmes juridiques prévoient l'enregistrement, sous certaines conditions, des procédés industriels, qui sont dès lors homologués et protégés, au titre de propriété industrielle, dans le pays où a lieu l'entregistrement. Les brevets constituent une forme commune de propriété industrielle, bien que d'autres encore puissent être reconnues

et protégées. Le détenteur d'une propriété industrielle se voit conférer le droit exclusif d'exploiter les procédés qui font l'objet du titre de propriété. L'entrepreneur qui a fait breveter des procédés industriels peut toutefois octroyer une licence de brevets à l'acquéreur, c'est-à-dire l'autoriser, sous réserve des conditions énoncées dans la licence, à appliquer ces procédés dans l'ouvrage considéré, moyennant paiement d'une redevance. Le produit résultant de l'exploitation du brevet peut être distingué par une marque; aussi l'octroi d'une licence de marque accompagne-t-il fréquemment celui d'une licence de brevet.

5. L'entrepreneur peut toutefois n'avoir pas voulu, ou n'avoir pas pu, protéger les procédés industriels en cause en les enregistrant conformément à la législation applicable en matière de propriété industrielle. Il peut, au contraire, tenir ces connaissances secrètes. Le transfert de techniques peut, en ce cas, résider dans la transmission de ces connaissances, généralement appelées savoir-faire, à l'acquéreur. Cette communication est d'ordinaire subordonnée au respect de conditions ayant trait au maintien du secret par l'acquéreur (voir par. 18 et 19 ci-dessous).

6. Les informations et compétences nécessaires à l'exploitation, à l'entretien et à la réparation de l'installation peuvent être communiquées par l'entrepreneur sous forme de documents, tels que les manuels d'exploitation (voir par. 21 et 22 ci-dessous). Elles peuvent également l'être au moyen de la formation du personnel de l'acquéreur. On notera que les divers modes de transfert de techniques visés dans ce paragraphe et dans les trois qui l'ont précédé peuvent être combinés.

7. Le Guide ne prétend pas épuiser les questions touchant à la négociation et à l'établissement des contrats relatifs à l'octroi de licences de propriété industrielle, ou à la communication de savoir-faire, déjà traitées en détail dans les publications de divers organismes des Nations Unies[1]. On se bornera dans le présent chapitre à relever les grands points auxquels les parties devraient prêter attention quand un contrat de travaux comporte des dispositions en matière de licences de propriété industrielle ou de communication de savoir-faire.

8. En rédigeant les clauses du contrat relatives au transfert de techniques, les parties devraient tenir compte des dispositions de caractère obligatoire que peut comporter la législation en vigueur en la matière dans le pays de l'acquéreur et dans celui de l'entrepreneur[2]. Certaines législations disposent que les contrats comportant un transfert de techniques doivent être soumis pour enregistrement aux pouvoirs publics et approuvés par eux. Dans certains pays, la loi peut interdire ou limiter le transfert de certains types de techniques. Elle peut aussi exiger l'évaluation ou la taxation séparée des différents éléments de la technique ou réglementer le prix à acquitter ou les modalités de paiement (par exemple le mode de calcul des redevances). La législation fiscale peut elle aussi influer sur la rédaction du contrat (en obligeant par exemple les parties à définir celle à qui incombera le paiement de l'impôt sur les revenus découlant du transfert de technologie).

B. *Problèmes communs aux dispositions touchant aux licences et au savoir-faire*

1. *Description de techniques*

9. Les parties devraient décrire soigneusement les techniques qui feront l'objet du transfert[3]. Il peut suffire à cet effet de se référer aux documents reflétant ces techniques, tels les documents de brevets. Une description exacte et complète revêt une importance particulière lorsque l'on a opté pour la formule des contrats séparés et que des entrepreneurs autres que celui fournissant les techniques seront appelés à préparer les dessins ou à fabriquer le matériel et l'outillage qui permettront d'utiliser les techniques dans l'installation industrielle.

2. *Conditions limitant l'utilisation des techniques par l'acquéreur*

10. L'entrepreneur peut parfois soumettre à des restrictions l'utilisation par l'acquéreur des techniques, ou encore des produits ou productions obtenues par application de ces techniques. Nombre de systèmes juridiques réglementent ces restrictions et les parties devraient tenir compte des lois en vigueur dans leurs pays respectifs avant d'en convenir de part et d'autre. Le champ des restrictions qui pourraient être stipulées en la matière par voie de contrat est en cours de négociation aux sessions de la Conférence des Nations Unies chargée d'élaborer un code international de conduite pour le transfert de technologie.

3. *Garanties*[4]

11. Les garanties à donner par l'entrepreneur pour ce qui est des techniques fournies par lui peuvent dépendre

[1] L'élaboration des accords de licence de propriété industrielle et de communication de savoir-faire est traitée en détail dans *Guide sur les licences pour les pays en développement* (Genève, OMPI, 1977) (dénommé ci-après "Guide OMPI"). Les principaux points à prendre en considération pour l'établissement de ces contrats sont exposés dans *Les principes directeurs pour l'évaluation des accords de transfert de technologie* (ID/233) dénommés ci-après "Principes directeurs de l'ONUDI" et dans le *Guide sur la rédaction de contrats portant sur le transfert international de "know-how" (savoir-faire) dans l'industrie mécanique* (publication CEE, nº TRADE/222/Rev.1) (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.E.15). On se reportera également avec profit à ce sujet au *Manuel sur l'acquisition de technologie par les pays en développement* (UNCTAD/TT/AS/5) (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.78.II.D.15).

[2] Voir Guide OMPI, partie II, chap. U, "Approbation des pouvoirs publics" et chap. O, 7, "Imposition".

[3] Voir Guide OMPI, partie II, chap. D, 1, "Identification et description de la technique de base".

[4] Voir Guide OMPI, partie II, chap. G, 4, "Garantie de savoir-faire" et Principes directeurs de l'ONUDI, chap. III, "Efficacité du savoir-faire — obligations du donneur de licence en matière de garanties". La question des défauts couverts par une garantie, de la période de garantie et des garanties du fabricant font l'objet du chapitre "Défaut d'exécution".

de la nature des arrangements contractuels. Si l'entrepreneur, outre les techniques, fournit la conception de l'usine où elles seront appliquées, ainsi que les machines et l'outillage, il peut être tenu de garantir que l'installation fonctionnera conformément à certains paramètres préétablis. Ces paramètres : qualité des produits, capacité de production, consommation d'énergie, consommation de catalystes, ou quantités d'effluents, seront fonction de la nature de l'installation.

12. Il arrive toutefois que les parties optent pour des arrangements contractuels aux termes desquels un entrepreneur fournit les techniques, une partie des plans et études, et certains des machines et outils nécessaires à l'utilisation de ces techniques, tandis que d'autres sont chargés de fournir le reste du projet et d'autres machines et outils. Dans ces cas, le premier entrepreneur peut répugner à donner une garantie inconditionnelle de fonctionnement du type visé au paragraphe précédent. On peut alors l'obliger à garantir que ses techniques permettront d'atteindre un niveau de performance correspondant aux paramètres fixés, sous réserve que leur utilisation et le montage de l'installation soient conformes aux conditions posées par lui, par exemple en matière de méthodes de construction, de normes applicables, de composantes et matières premières, de plans d'aménagement de l'installation, de respect de certaines conditions d'exploitation, telles la température à maintenir dans certains secteurs de l'installation. Lorsque l'entrepreneur en question fournit les techniques et construit la majeure partie de l'ouvrage, il peut être disposé à accepter une solution différente, aux termes de laquelle il garantit un fonctionnement conforme aux paramètres prévus dans le contrat (voir par. précédent). En cas de non-conformité des résultats, toutefois, l'entrepreneur peut être exonéré de sa responsabilité s'il prouve que le défaut de fonctionnement est dû à un défaut d'exécution de la part d'une tierce partie à la construction.

4. *Prix*[5]

13. De la pratique commerciale sont issues diverses méthodes de fixation du prix des licences de propriété industrielle et de rémunération du savoir-faire. Pour ce type de transaction, le prix est généralement exprimé sous forme de montant forfaitaire ou de redevance, la méthode du prix unitaire (voir le chapitre "Prix") n'étant pas pertinente en l'occurrence, puisqu'il n'y a pas fourniture d'unités. Lorsque l'entrepreneur se procure les techniques auprès d'un tiers, les parties peuvent, dans certains cas, vouloir recourir à la méthode du contrat en régie (voir le chapitre "Prix") et prévoir que les frais engagés pour l'obtention des techniques sont remboursés par l'acquéreur, jusqu'à concurrence d'un plafond fixé à l'avance.

14. Lorsque l'on opte pour le paiement d'une somme forfaitaire, le prix global, fixé lors de la conclusion du contrat, est acquitté en une fois ou par versements échelonnés. Dans le cas du paiement par redevances, le prix à acquitter, c'est-à-dire la redevance elle-même, est fixé en fonction d'un des résultats économiques attendus du transfert de technologie. Ainsi par exemple, le montant de la redevance est souvent fixé en se référant à la production, aux ventes ou aux bénéfices découlant de l'emploi des techniques. Lorsque le volume de production est l'élément de référence choisi, la redevance peut être déterminée selon un montant fixe par unité ou par quantité — par tonne ou par litre par exemple — de produit. Lorsque cette référence est le volume des ventes, le taux de redevance peut être exprimé en pourcentage du prix de vente. Quelle que soit la méthode retenue, ce que l'on entend par production, prix de vente ou bénéfice devra être soigneusement défini.

15. Les diverses méthodes de calcul du prix présentent des avantages et des inconvénients[6], qui sont fonction du contexte économique du contrat. Les deux méthodes évoquées peuvent également être combinées en prévoyant par exemple le versement d'une somme forfaitaire initiale, suivi du paiement de redevances.

5. *Atteinte aux droits de tiers*[7]

16. Les parties peuvent vouloir inclure dans le contrat un engagement aux termes duquel l'entrepreneur certifie que la propriété industrielle ou le savoir-faire, objet du transfert, ne porte pas atteinte aux droits de propriété industrielle de tiers. Elles peuvent également être amenées à souhaiter que l'acquéreur se porte garant que la fabrication par l'entrepreneur de machines ou de matériel conformes aux dessins qui lui auront été remis ne violera pas les droits de propriété industrielle de tiers. Les parties devraient également prévoir les recours ouverts à l'acquéreur ou à l'entrepreneur en cas d'action en violation de droits ou en contrefaçon intentée contre l'un d'entre eux par un tiers.

17. Chaque partie devrait être tenue de notifier à l'autre toute action en violation de droits ou en contrefaçon dès qu'elle en a connaissance. L'entrepreneur peut se trouver obligé à modifier les procédés techniques fournis par lui de manière qu'il ne soit plus porté atteinte aux droits du tiers en cause, sous réserve que cette modification n'empêche pas l'installation de fonctionner dans les conditions prévues au contrat et de supporter les frais y afférents. L'acheteur peut être obligé de modifier les plans fournis par lui de manière qu'il n'y ait plus violation de droits d'un tiers et de supporter les frais encourus par l'entrepreneur du fait de cette modification. En cas d'action instituée à l'encontre d'une partie, l'autre devrait être tenue de l'aider à présenter sa défense. Si, du fait de poursuites judiciaires, les techniques fournies par l'entrepreneur ne peuvent être utilisées dans l'installation, ou que celle-ci ne peut être exploitée de manière à réaliser les performan-

[5]Voir Guide OMPI, partie II, chap. N, "Dédommagement; rétribution; prix; rémunération; redevances; honoraires" et Principes directeurs de l'ONUDI, chap. VIII, "Rémunération".

[6]Ces méthodes sont étudiées en détail dans le Guide OMPI, partie II, chap. N, mentionné dans la note précédente.

[7]Voir Guide OMPI, partie II, chap. E, "Aspects particuliers concernant les brevets", et chap. S, 2, *d*, "Garantie contre les recours en contrefaçon intentés contre des tiers".

ces prévues dans le contrat, l'acheteur devrait être habilité à se prévaloir des recours qui lui sont habituellement ouverts en cas de défaut d'exécution de la part de l'entrepreneur (voir le chapitre "Défaut d'exécution").

C. *Questions intéressant les seules dispositions relatives au savoir-faire*

Maintien du secret[8]

18. L'entrepreneur exigera habituellement que le savoir-faire divulgué par lui reste confidentiel (voir par. 5 ci-dessus). Cette exigence peut être formulée à deux stades. Le premier est celui de la divulgation à l'acheteur, au cours des négociations préliminaires, d'éléments de savoir-faire suffisants pour permettre à ce dernier de décider s'il souhaite conclure un contrat et d'en suggérer les termes. L'entrepreneur souhaitera que le savoir-faire ainsi recueilli reste secret. Lors de la deuxième phase, qui intervient si un contrat a été conclu, l'entrepreneur demandera à l'acheteur de garder secret le savoir-faire complémentaire qu'il lui divulguera à compter de ce moment. Dans l'un et l'autre cas, les parties devraient convenir de dispositions contractuelles astreignant l'acheteur au secret.

19. Le pays de l'acheteur a pu promulguer des textes réglementant de façon contraignante l'ampleur des obligations qui peuvent être imposées à ce dernier en matière de secret. Les dispositions contractuelles à prévoir peuvent inclure une claire définition du savoir-faire qui doit être tenu secret, la durée de l'obligation — qui peut être une période fixe — et la portée des divulgations autorisées, dans des circonstances déterminées ou à l'égard de personnes données, par exemple. Les parties peuvent vouloir préciser que l'obligation du secret prend fin lorsque le savoir-faire considéré tombe dans le domaine public. Elles peuvent également souhaiter prévoir qu'un ingénieur engagé par l'acheteur pour surveiller la construction devra avoir accès au savoir-faire dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa tâche. Elles peuvent en outre juger bon de stipuler que si l'acheteur met fin au contrat à raison d'un défaut d'exécution de la part de l'entrepreneur, il pourra divulguer à un autre entrepreneur les éléments de savoir-faire qui lui seront nécessaires pour mener à bien les travaux. Pour le cas où le contrat serait résilié par suite d'un empêchement exonératoire qui obligerait l'entrepreneur à se désister avant la fin des travaux (par exemple l'adoption dans son pays d'une réglementation interdisant d'exporter un certain type d'équipement) et où l'acheteur souhaiterait les mener à terme avec le concours d'un autre entrepreneur, on peut prévoir la divulgation au nouvel entrepreneur des éléments de savoir-faire nécessaires à l'achèvement de l'ouvrage.

[8]Voir Guide OMPI, chap. G, 2, "Moyens juridiques d'empêcher la communication, la divulgation ou l'utilisation d'informations et de connaissances spécialisées précieuses". L'entrepreneur peut exiger le maintien du secret, non seulement en matière de savoir-faire, mais aussi pour ce qui est des documents décrivant la nature et la qualité des travaux. Ce point est traité dans le chapitre "Nature et qualité des travaux".

D. *Communication d'informations techniques et de compétences*

20. L'acheteur voudra habituellement que l'entrepreneur lui fournisse les informations techniques et compétences nécessaires au bon fonctionnement, à l'entretien et à la réparation de l'ouvrage. Cette communication s'effectue à l'accoutumée par la fourniture de la documentation technique et par la formation du personnel.

1. *Fourniture de la documentation*

21. Les documents à fournir peuvent comprendre des plans, dessins et formules, des manuels d'exploitation et d'entretien et des consignes de sécurité. Il peut être souhaitable d'énumérer les documents à fournir dans le contrat. L'entrepreneur peut être tenu de fournir des documents complets, clairement rédigés, en une langue qui peut elle aussi être stipulée. Lorsqu'une démonstration est nécessaire à la compréhension des procédures décrites dans les documents, le contrat devrait obliger l'entrepreneur à y procéder, à la demande de l'acheteur.

22. Le calendrier de remise des documents peut lui aussi être stipulé. Tous les documents devront avoir été fournis à l'acheteur à la date fixée par contrat pour l'achèvement des travaux qui, si les parties en conviennent, pourront n'être considérés comme terminés qu'après communication complète de tous les documents relatifs au fonctionnement de l'installation. Il peut y avoir intérêt à prévoir la remise au cours des travaux des documents (par exemple, les manuels d'exploitation) de nature à permettre au personnel ou aux ingénieurs de l'acheteur de comprendre le fonctionnement des machines ou du matériel au cours du montage. Il peut également y avoir lieu de stipuler que l'entrepreneur est tenu d'indemniser l'acheteur pour tout préjudice subi du fait d'une erreur ou omission dans les documents.

2. *Formation du personnel*

23. Pour évaluer ses besoins en matière de formation, l'acheteur voudra peut-être, dans l'appel d'offres ou au cours de la négociation du contrat, demander à l'entrepreneur de lui fournir une liste du personnel nécessaire à l'exploitation, à l'entretien et à la réparation de l'ouvrage, avec indication des compétences techniques de base et autres qualifications requises. Cette liste devra être suffisamment détaillée pour permettre à l'acheteur de définir la formation qu'il demandera à l'entrepreneur d'assurer. Après quoi, les parties devront, dans toute la mesure possible, fixer par contrat les obligations de l'entrepreneur en matière de formation. Il conviendra, à cet égard, de convenir d'un calendrier de formation qui cadre avec celui des travaux. Les parties devraient convenir des périodes allouées à la formation et stipuler qu'elle devra avoir été menée à bien à la date convenue d'achèvement des travaux.

24. Le contrat devrait préciser les catégories de personnel auquel une formation sera dispensée (par exemple ingénieurs mécaniciens chefs, ingénieurs élec-

triciens) et le nombre des personnes à former. Il devrait également indiquer les qualifications (par exemple niveau d'instruction, connaissances linguistiques, qualifications techniques, expérience professionnelle) requises des candidats à des postes donnés, faute de quoi, l'entrepreneur pourrait être fondé à imputer l'échec éventuel de la formation au fait que les stagiaires ne possédaient pas les qualifications voulues. Les parties peuvent également vouloir stipuler que le choix des stagiaires se fera d'un commun accord.

25. La formation devra souvent être dispensée sur place et à l'étranger. Il conviendra donc de préciser les lieux de formation choisis à l'étranger. Il s'agira habituellement de l'établissement de l'entrepreneur; dans certains cas toutefois, la formation requise ne pourra être obtenue que dans les installations ou usines de tiers, fournisseurs de techniques ou de matériel par exemple. L'entrepreneur devrait se porter garant de l'admission des stagiaires dans ces établissements. Il peut y avoir intérêt à exiger également, dans les établissements de la formation, des conditions d'exploitation analogues à celles du lieu futur de travail du stagiaire.

26. On prendra soin de définir clairement les obligations de formation de l'entrepreneur pour chaque catégorie de stagiaires. Le contrat devrait l'obliger, à cet égard, à établir, à l'intention de l'acheteur, un programme de formation qui lui paraisse de nature à permettre aux stagiaires d'acquérir les connaissances et compétences nécessaires à l'exercice des fonctions qui leur seront imparties dans l'exploitation, l'entretien et la réparation de l'ouvrage. Ce programme devrait préciser le contenu de la formation qui sera dispensée. On peut également insérer dans le contrat une clause prévoyant que le programme devra être approuvé par un ingénieur au service de l'acheteur. Le contrat devrait également obliger l'entrepreneur à engager des instructeurs ayant les qualifications et l'expérience requises et à communiquer tous renseignements les concernant à l'acheteur avant le début du stage. Lorsque le contrat conclu entre les parties est du type "produit en main" (voir chap. II, "Choix du type de contrat"), l'entrepreneur est tenu de procéder, durant une certaine période, à des essais concluants de fonctionnement avec le personnel de l'acheteur. Cette obligation de résultat influera sur la nature du programme de formation.

27. La formation dont le personnel de l'acheteur aura besoin peut être des plus réduites : elle peut consister à les familiariser sur place avec les procédures de fonctionnement et d'entretien de l'usine. Les parties peuvent convenir que cette formation sera gratuite dans la mesure où elle est la suite logique de l'obligation que l'entrepreneur a assumé de fournir et monter l'installation. Lorsqu'il s'agit d'une formation plus ample, il peut y avoir lieu d'en préciser le coût dans des clauses distinctes. Le prix pourra en être acquitté par versements échelonnés comprenant, par exemple, un pourcentage à titre d'avance, un versement durant l'exécution du programme de formation et le paiement du solde sur preuve que le programme a été mené à terme. La formation des stagiaires pouvant entraîner d'autres dépenses (tels les frais de subsistance des stagiaires dans le pays de l'entrepreneur ou, inversement, des moniteurs dans le pays de l'acheteur), il conviendra de prévoir à l'avance la manière dont elles seront défrayées. Le contrat pourra stipuler le paiement en monnaie nationale du pourcentage des dépenses de formation correspondant aux frais encourus dans le pays de l'acheteur.

28. Pour des raisons d'ordre pratique, il pourrait n'être pas possible de résoudre certaines des questions qui se posent en matière de formation lors de la conclusion du contrat (par exemple, la date du début ou la durée de la formation). Les parties devraient s'obliger à régler ces questions dans un délai déterminé après la passation du contrat.

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.4]

Transfert de la propriété des biens

Résumé

La question de savoir qui de l'entrepreneur ou de l'acheteur est le propriétaire de certains types de biens liés à un contrat de construction peut être importante dans certains cas (par exemple pour des questions d'assurance et d'imposition). Le transfert de la propriété des biens d'une partie à l'autre est en général régi par la loi du lieu où est situé le bien et nombre de règles juridiques pertinentes ont force obligatoire. Les parties ne sont donc pas vraiment libres de traiter de cette question dans le contrat. Elles peuvent se contenter des règles de la législation applicable à cette question et ne pas l'aborder dans le contrat (par. 1 et 2).

Lorsqu'elles rédigeront des dispositions contractuelles concernant le transfert de la propriété des équipements et matériels fournis par l'entrepreneur en vue de leur incorporation dans l'ouvrage, les parties devraient noter qu'après avoir été incorporés dans l'ouvrage, ces équipements et matériels peuvent cesser d'être des biens indépendants. Les parties souhaiteront peut-être choisir un moment pour le transfert de la propriété, afin que ces équipements et matériels ne restent pas la propriété de l'entrepreneur après que l'acheteur a payé une partie substantielle de leur prix (par. 3 et 4).

Pour ce qui est du transfert de la propriété des équipements et matériels fournis par l'acheteur en vue de leur incorporation dans l'ouvrage, l'acheteur devrait conserver son droit de propriété sur ces équipements et matériels lorsqu'il a un droit de propriété sur l'ouvrage durant la construction. Les parties devraient s'efforcer d'éviter de multiplier les transferts et retransferts de propriété (par. 5).

Quant au transfert de la propriété de l'ouvrage durant la construction et de l'installation achevée, c'est en général la loi du pays où l'installation doit être construite qui s'applique et celle-ci stipule souvent que l'ouvrage et l'installation appartiennent au propriétaire de l'emplacement, normalement l'acheteur (par. 6). Si,

d'après la législation de l'emplacement, la propriété de l'ouvrage et de l'installation peut être indépendante de celle du terrain, on peut devoir tenir compte de diverses considérations pour attribuer comme il convient la propriété. Par exemple, si une partie substantielle du prix doit être payée par l'acheteur sous forme de paiements échelonnés durant la construction, le contrat peut stipuler que l'acheteur est propriétaire de l'ouvrage (par. 7). L'entrepreneur peut chercher à se faire attribuer le droit de propriété afin de s'assurer contre le risque de faillite de l'acheteur ou de saisie des biens de l'acheteur par ses créanciers durant la construction. Lorsqu'il est procédé à une telle attribution, le contrat peut stipuler que la propriété passe à l'acheteur lors de la prise en charge (par. 8). L'entrepreneur peut être encore mieux protégé en conservant la propriété de l'ouvrage et de l'installation jusqu'à ce que le prix intégral soit payé. Cette solution peut être justifiée lorsqu'il s'agit de garantir un crédit consenti par l'entrepreneur à l'acheteur (par. 9).

* * *

A. *Remarques générales*

1. La question de savoir si l'entrepreneur ou l'acheteur sont propriétaires de certains types de biens liés à un contrat de construction peut être importante pour des questions d'assurance, d'imposition et de responsabilité envers des tiers concernant ces biens ou leur utilisation (par exemple en cas de perte ou d'endommagement de ces biens). Cette question est importante également parce que les biens peuvent être saisis par les créanciers de leur propriétaire et peuvent faire l'objet d'une procédure de faillite engagée à son encontre[1].

2. Certains contrats de construction contiennent des dispositions traitant du moment où la propriété des équipements et matériels devant être incorporés dans l'installation de l'ouvrage durant la construction et de l'installation achevée passe de l'entrepreneur à l'acheteur. Cependant, le transfert de la propriété de ces biens est en général régi par des règles impératives du système juridique en vigueur là où les biens sont situés, ce qui ne laisse en général aux parties que peu de latitude pour déterminer dans le contrat à quel moment la propriété est transférée. Alors que, dans la plupart des systèmes juridiques, la propriété des biens ne peut être transférée tant que ces biens ne sont pas individualisés dans le contrat, certains systèmes juridiques exigent en outre qu'un bien soit remis à la partie en devenant propriétaire. En outre, de nombreux systèmes juridiques stipulent que certaines formalités doivent être remplies pour le transfert de la propriété de biens immobiliers, notamment pour que le transfert exerce ses effets à l'encontre de tiers. Dans certains cas, les parties peuvent se contenter des règles de la législation applicable stipulant à quel moment se produit le transfert de propriété et ne pas inclure dans leur contrat de dispositions régissant le transfert de la propriété des biens.

[1]On notera que la question de la propriété des biens ne devrait pas avoir d'incidence sur la question de savoir quelle partie doit supporter les risques de perte ou d'endommagement (voir le chapitre "Répartition du risque de perte ou de dommages"). En outre, le transfert de la propriété des biens à l'acheteur ne devrait pas être considéré comme valant approbation par l'acheteur de la qualité desdits biens.

B. *Transfert de la propriété des équipements et matériels fournis par l'entrepreneur en vue de leur incorporation dans l'ouvrage*

3. Dans certains cas, les parties peuvent juger souhaitable que le contrat stipule le moment où la propriété des équipements et matériels fournis par l'entrepreneur en vue de leur incorporation dans l'ouvrage est transférée à l'acheteur. Lors de la rédaction de dispositions appropriées, les parties devraient tenir compte du fait qu'après l'incorporation des équipements et matériels dans l'ouvrage, ceux-ci peuvent alors faire partie intégrante dudit ouvrage et, dans de nombreux systèmes juridiques, ne plus être des biens indépendants.

4. Lorsque des équipements ou matériels doivent être incorporés dans l'ouvrage qui est la propriété de l'acheteur, les parties peuvent déterminer un moment où la propriété est transférée, de sorte que les équipements et matériels ne restent pas la propriété de l'entrepreneur après que l'acheteur a payé une partie substantielle de leur prix. L'acheteur risque sinon de souffrir un grave préjudice si les biens de l'entrepreneur sont saisis par ses créanciers ou si l'entrepreneur fait faillite. Le contrat peut stipuler qu'après que l'acheteur a effectué un tel paiement, la propriété est transférée de l'entrepreneur à l'acheteur, par exemple lorsque les équipements et matériels sont remis au premier transporteur pour être expédiés à l'acheteur, ou lorsque les équipements et matériels sont livrés sur le chantier. Si une partie substantielle du prix des équipements a été payée durant la fabrication, le contrat devrait stipuler que le transfert de la propriété des équipements a lieu au moment du paiement, à condition que ces équipements soient individualisés dans le contrat.

C. *Transfert de la propriété d'équipements et matériels fournis par l'acheteur*

5. Lorsque l'ouvrage en construction est la propriété de l'acheteur, il est bon que celui-ci garde la propriété des équipements et matériels fournis par lui en vue de leur incorporation dans l'ouvrage par l'entrepreneur. Dans les cas exceptionnels où l'ouvrage en construction appartient à l'entrepreneur, l'acheteur peut souhaiter préserver son droit de propriété sur ces équipements et matériels jusqu'à ce qu'ils soient incorporés dans l'ouvrage, à moins que l'entrepreneur ne les ait payés auparavant. Les parties devraient cependant s'efforcer dans la mesure du possible d'éviter de multiplier les transferts et retransferts de propriété.

D. *Transfert de la propriété de l'ouvrage durant la construction et de l'installation achevée*

6. Dans certains systèmes juridiques, toutes les choses attachées au terrain sont considérées comme appartenant au propriétaire du terrain. Si ce principe s'applique en vertu de la loi du pays où l'installation doit être construite, l'ouvrage durant la construction et l'installation achevée appartiennent au propriétaire de l'emplacement, qui est normalement l'acheteur.

7. Si, aux termes de la loi de l'emplacement, la propriété de l'ouvrage et de l'installation peut être indépendante de celle du terrain, les parties pourront soit se fonder sur la législation applicable à l'emplacement de l'ouvrage et de l'établissement pour déterminer qui, de l'acheteur ou de l'entrepreneur, est propriétaire, ou stipuler l'attribution de la propriété dans le contrat. Si elles choisissent une telle stipulation contractuelle, elles devront sans doute tenir compte de diverses considérations pertinentes pour attribuer comme il convient la propriété. Par exemple, si une partie substantielle du prix doit être payée par l'acheteur sous forme de paiements échelonnés durant la construction, le contrat peut stipuler que l'ouvrage appartiendra à l'acheteur dès le début de la construction. En outre, dans certains cas, le fait qu'un entrepreneur soit propriétaire peut être gênant ou ne pas être autorisé par la législation applicable à l'emplacement de l'installation : par exemple, lorsque plusieurs entrepreneurs participent à la construction, il pourrait ne pas être pratique ni permis que chaque entrepreneur soit propriétaire de la partie de l'installation construite par lui. Dans de tels cas, l'ouvrage devrait être la propriété de l'acheteur.

8. Si l'attribution de la propriété de l'ouvrage et de l'installation à l'entrepreneur est autorisée par la loi de l'emplacement, l'entrepreneur pourra chercher à obtenir un droit de propriété afin de se préserver des risques de faillite de l'acheteur ou de saisie des biens de ce dernier par ses créanciers durant la construction, notamment lorsque les conditions de paiement stipulent que la majeure partie du prix doit être payée à une date ultérieure à l'achèvement de l'installation. Lorsque le contrat prévoit une telle attribution de la propriété à l'entrepreneur, il peut également stipuler que la propriété sera transférée à l'acheteur au moment où celui-ci prendra en charge l'installation.

9. L'entrepreneur peut souhaiter se protéger encore davantage, au moyen de dispositions contractuelles l'autorisant à conserver la propriété de l'ouvrage et de l'installation jusqu'à ce que la totalité du prix soit versée. Une telle protection peut être justifiée si elle tend à garantir un crédit consenti par l'entrepreneur à l'acheteur, lorsqu'une partie substantielle du prix doit être payée à une date ultérieure à l'expiration de la période de garantie. La loi de l'emplacement peut cependant stipuler qu'un tel arrangement visant à conserver un droit de propriété est soumis à certaines conditions.

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.5]

Législation applicable

Résumé

Les règles d'un ou plusieurs systèmes juridiques peuvent être applicables à un contrat de construction et régir notamment la formation et la validité du contrat, ainsi que l'interprétation et l'application des dispositions contractuelles relatives aux droits et obligations des parties (par. 1). La détermination de la législation applicable au contrat est régie par les règles du droit international privé. Ces règles laissent cependant aux parties une latitude considérable en ce qui concerne le choix de la législation applicable au contrat (par. 2, 5 et 7).

En l'absence de tout choix des parties, les incertitudes quant à la législation applicable au contrat peuvent tenir à deux facteurs. Premièrement, il peut être difficile de déterminer quelles règles du droit international privé seront appliquées pour déterminer la législation applicable au contrat. Deuxièmement, même si ce premier point est clair, les règles du droit international privé sont parfois par trop imprécises pour permettre de déterminer avec une certitude raisonnable la législation applicable au contrat (par. 6).

Il est bon que les parties stipulent qu'elles ne retiennent que les règles de fond d'un système juridique pour constituer la législation applicable au contrat et excluent l'application des règles de droit international privé dudit système juridique (par. 8). Le choix par les parties de la législation applicable au contrat ne concerne que les règles juridiques régissant leurs droits et obligations contractuels mutuels et n'influe en général pas directement sur les droits et obligations de personnes qui ne sont pas parties au contrat (par. 9).

La législation du pays de l'acheteur est souvent choisie comme législation applicable au contrat. Cependant, les parties souhaiteront peut-être envisager de retenir la législation du pays de l'entrepreneur ou celle d'un pays tiers (par. 10 et 11).

Il est bon de choisir un système juridique unique en tant que législation applicable au contrat (par. 12). Il pourrait être souhaitable, non seulement de stipuler que la législation retenue régit le contrat, mais également de spécifier les aspects de la relation contractuelle qui doivent être régis par ladite législation (par. 13).

Outre la législation applicable au contrat en vertu des règles du droit international privé, des règles impératives de caractère public, en vigueur notamment dans les pays de l'acheteur et de l'entrepreneur, peuvent régir certains aspects de la construction (par. 3 et 4). Ces règles impératives peuvent porter sur les aspects techniques de l'installation ou de sa construction (par. 15 à 18), sur les restrictions à l'exportation et à l'importation et sur le contrôle des changes (par. 19 et 20) et sur les droits de douane et taxes (par. 21).

* * *

A. *Remarques générales*

1. Les règles juridiques d'un ou plusieurs systèmes juridiques peuvent être applicables à un contrat de construction. Ces règles régissent notamment la formation et la validité du contrat et l'interprétation et l'application des dispositions contractuelles relatives aux droits et obligations des parties. En outre, les parties peuvent, soit intentionnellement, soit involontairement, ne pas régler dans le contrat certaines questions

concernant leurs relations contractuelles et il faudra donc à cette fin se référer aux règles juridiques pertinentes d'un système juridique donné. Les règles juridiques régissant les droits et obligations contractuels des parties sont dénommés dans le présent Guide la "législation applicable au contrat".

2. Les parties peuvent exercer une certaine influence sur la législation applicable au contrat, premièrement en convenant d'un système juridique contenant les règles juridiques qui constitueront la législation applicable au contrat et deuxièmement en modifiant ou excluant certaines de ces règles juridiques, si elles ne sont pas impératives.

3. Outre la législation applicable au contrat, certaines lois en vigueur dans le pays des parties et dans le pays où l'installation doit être construite (s'il est différent de celui de l'acheteur), qui visent à régler certaines questions d'intérêt public (voir par. 15 à 21 ci-dessous), peuvent exercer leurs effets sur certains aspects de l'exécution du contrat. Ces lois portent en général sur les questions suivantes : normes de sécurité à appliquer durant la construction, protection de l'environnement, restrictions à l'importation et à l'exportation, contrôle des changes et droits de douane et impôts. Normalement, les parties n'ont aucune influence sur l'application de ces règles juridiques.

4. Enfin, les parties pourront noter que les règles des systèmes juridiques en vigueur dans les lieux où les équipements ou matériels se trouvent à un moment ou à un autre, ou dans le lieu où est situé l'ouvrage ou l'installation, peuvent régir le transfert de la propriété de tels biens, quelle que soit la législation applicable au contrat choisie par les parties (voir le chapitre "Transfert de la propriété des biens"). La question de savoir quelles règles de procédure d'un système juridique doivent régir les procédures juridiques de règlement des litiges imputables au contrat est traitée au chapitre "Règlement des litiges".

B. *Choix de la législation applicable au contrat*

5. Puisqu'un contrat international de construction a des liens avec plus d'un pays, il y a plus d'un système juridique dont les règles pourront éventuellement être retenues pour constituer la législation applicable au contrat. La détermination de ladite législation est régie par les règles du droit international privé. Dans la plupart des systèmes juridiques, ces règles laissent aux parties une latitude considérable pour choisir elles-mêmes la législation applicable au contrat (voir par. 7 ci-dessous).

6. Il est bon que les parties stipulent dans le contrat lui-même le système juridique contenant les règles juridiques qui constitueront la législation applicable au contrat. Si les parties ne le font pas, il sera difficile de déterminer ladite législation. Cette incertitude tient à deux facteurs. Premièrement les règles du droit international privé permettant de déterminer la législation applicable au contrat varient d'un pays à l'autre. Si des litiges imputables au contrat doivent être soumis à l'arbitrage, on risque de ne pas savoir avec certitude quelles règles du droit international privé les arbitres appliqueront pour déterminer la législation applicable au contrat. Si le contrat ne désigne pas un pays où doit être organisée la procédure judiciaire pour régler des litiges liés au contrat (voir le chapitre "Règlement des litiges"), il peut être possible d'engager une telle procédure devant les tribunaux de plus d'un pays. Puisque chaque tribunal applique les règles du droit international privé de son propre pays, il se peut que différents systèmes de droit international privé puissent être invoqués pour déterminer la législation applicable au contrat. Même si le contrat stipule dans quel pays la procédure judiciaire doit être engagée, cette stipulation peut, dans certains cas, être considérée comme nulle par certains systèmes juridiques (voir le chapitre "Règlement des litiges"). Le second facteur d'incertitude est le suivant : même si l'on sait quelles règles de droit international privé doivent déterminer la législation applicable au contrat, ces règles sont parfois par trop imprécises pour que l'on puisse être raisonnablement sûr de la législation applicable.

7. La mesure dans laquelle les parties sont habilitées à choisir la législation applicable au contrat est fonction des règles du droit international privé appliquées par un tribunal ou un tribunal arbitral appelé à trancher un litige entre les parties. Dans de nombreux systèmes de droit international privé, les parties peuvent choisir sans restriction la législation applicable au contrat. Dans d'autres systèmes cependant, l'autonomie des parties qu'elles ne peuvent choisir qu'un système juridique ayant un certain lien avec le contrat, par exemple le système juridique du pays de l'une des parties, ou du lieu de l'exécution). Aussi les parties devraient-elles s'attacher à faire un choix compatible avec ces règles[1].

8. Il est bon que les parties stipulent expressément dans une clause de compétence législative qu'elles ne retiennent, pour régir leur relation contractuelle, que les règles de fond du système juridique choisi et qu'elles excluent l'application des règles de droit international privé dudit système. Ainsi évitera-t-on l'application — aux termes des règles de droit international privé du système choisi concernant le renvoi ou la transmission — des règles juridiques de fond d'un système juridique autre que celui choisi par les parties.

---

[1]Les parties voudront peut-être noter que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) peut s'appliquer à certains contrats de construction si les parties ont leur établissement dans des Etats différents et que ces Etats sont parties à la Convention, ou lorsque les règles du droit international privé conduisent à l'application de la législation d'un Etat contractant, notamment lorsque les parties choisissent la législation d'un Etat contractant. L'article 3 de la Convention stipule que sont réputés contrats de vente les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire, à deux exceptions près. Si la législation d'un Etat partie à la Convention doit être choisie en tant que législation applicable au contrat, les parties au contrat souhaiteront peut-être indiquer si elles ont ou non l'intention d'appliquer la Convention. Celle-ci est suffisamment souple pour permettre aux parties de modifier ses règles ou d'en exclure intégralement l'application, selon les besoins des parties (voir les articles premier, 3 et 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) (A/CONF.97/18).

9. Le choix par les parties de la législation applicable au contrat ne concerne que les règles juridiques régissant leurs droits et obligations contractuels mutuels; il n'influe en général pas directement sur les droits et obligations de personnes qui ne sont pas parties au contrat de construction (par exemple, les sous-traitants, le personnel employé par l'entrepreneur ou par l'acheteur, ou les créanciers d'une partie).

10. Dans de nombreux cas, les parties peuvent souhaiter retenir comme législation applicable au contrat la législation du pays où l'installation doit être construite, ou celle du pays de l'acheteur, s'il s'agit de pays différents. Cette solution est souvent retenue dans les cas où l'acheteur procède à un appel d'offres, car, sinon, il ne serait pas possible de comparer des soumissions spécifiant chacune un système juridique différent pour les contrats conclus comme suite à ces soumissions. Dans certains contrats de construction, les parties peuvent souhaiter choisir la législation du pays de l'entrepreneur. Dans d'autres contrats, elles peuvent retenir celle d'un pays tiers qui est connue des deux parties et qui traite de manière appropriée des questions juridiques pouvant découler du contrat. Si le contrat stipule que les tribunaux d'un pays donné ont compétence exclusive pour régler des litiges imputables au contrat, les parties pourront souhaiter retenir la législation de ce pays. Cela faciliterait les procédures judiciaires et les rendrait moins onéreuses, car il est facile à un tribunal de s'assurer de la législation de son propre pays et de l'appliquer. Si un pays comporte plusieurs systèmes juridiques, par exemple un Etat fédéral, il serait bon que les parties stipulent le système juridique dont les règles juridiques constitueront la législation applicable au contrat.

11. Les parties souhaiteront peut-être également tenir compte des facteurs ci-après pour déterminer la législation applicable au contrat :

a) Connaissance qu'ont les parties de cette législation ou possibilité qu'elles ont d'en prendre connaissance;

b) Capacité qu'a cette législation de régler de manière appropriée les problèmes juridiques que peut poser le contrat;

c) Mesure dans laquelle cette législation contient des règles impératives empêchant les parties de régler dans le contrat, compte tenu de leurs besoins, des questions liées audit contrat.

12. Il est bon que les parties choisissent un système juridique unique dont les règles constitueront la législation applicable au contrat et que ces règles régissent tous les droits et obligations liés à leur relation contractuelle. En vertu des règles de droit international privé de certains systèmes juridiques, les parties peuvent stipuler que les règles juridiques de systèmes juridiques différents s'appliqueront à des droits et obligations différents dans le cadre du contrat. Cependant, si les parties retiennent cette solution, il peut se poser des problèmes, car les règles juridiques des systèmes juridiques différents peuvent ne pas être compatibles; les règles applicables pourraient alors présenter des lacunes ou des incohérences.

13. La clause de compétence législative devrait stipuler que le contrat doit être régi par la législation retenue. En outre, il peut être souhaitable que la clause précise certains des aspects de la relation contractuelle qui sont régis par la législation retenue. Si les parties ne retiennent pas cette solution, les tribunaux de certains systèmes juridiques pourront considérer que la législation retenue ne s'applique pas à certains droits ou obligations, que les parties souhaitaient pourtant voir régis par ladite législation (par exemple, ils pourraient considérer que la législation s'applique aux droits et obligations liés au contrat mais non aux droits et obligations liés à une rupture du contrat). Aussi pourrait-il être souhaitable que le contrat stipule que la législation retenue régit par exemple la formation du contrat, la validité du contrat et les conséquences juridiques de sa nullité, l'interprétation du contrat, les droits et obligations des parties découlant du contrat, le moment où est transféré le risque de perte ou de dommages, les conséquences d'un défaut d'exécution et la modification et la suspension et l'extinction des droits et obligations contractuels. En vertu des règles de droit international privé de certains pays, la législation retenue peut régir la prescription des actions, alors qu'en application des règles de droit international privé d'autres pays, les règles concernant la prescription sont considérées comme des règles de procédure et ne peuvent être régies par la législation retenue; ce sont alors plutôt les règles de procédure du lieu où est engagée la procédure judiciaire qui s'appliquent[2].

C. *Règles juridiques impératives de caractère public*

14. Outre les règles juridiques applicables en vertu des règles du droit international privé, certains aspects de la construction sont régis par des règles administratives ou d'autres règles de caractère public en vigueur dans le pays des parties ou dans d'autres pays (par exemple, dans le pays où l'installation doit être construite). Ces règles ont souvent un caractère obligatoire et doivent donc être appliquées, même si elles ne sont pas mentionnées dans le contrat, quel que soit le système juridique dont les règles constituent la législation applicable au contrat.

1. *Règles concernant les aspects techniques de l'installation ou de sa construction*

15. Dans le pays où l'installation doit être construite, il existe en général certaines règles impératives concernant les aspects techniques de l'installation ou de sa construction. Ces règles portent souvent, par exemple, sur les questions suivantes : normes de sécurité durant la construction et l'exploitation de l'installation, protection de l'environnement et conditions d'hygiène et de travail. Outre ces règles imposées par le pays où l'installation doit être construite, des normes de sécurité concernant les

[2] *Disposition donnée à titre d'exemple*

"Le présent contrat est régi par la législation . . . (pays), à l'exclusion de ses règles de droit international privé. Sans limitation du caractère général de la disposition ci-dessus, ladite législation régit les questions ci-après : formation du contrat, validité du contrat et conséquences juridiques de sa nullité, interprétation du contrat, droits et obligations des parties en vertu du contrat, moment où est transféré le risque de perte ou de dommages, défaut d'exécution et ses conséquences [, prescription des actions] et modification, suspension ou extinction des droits et obligations contractuels."

équipements peuvent être imposées par le pays où ces équipements sont produits.

16. Il est bon que les règles juridiques décrites au paragraphe précédent soient incluses d'une manière ou d'une autre dans le contrat, par exemple dans les dispositions concernant la nature et la qualité de l'installation. Comme il peut être difficile de tenir compte expressément dans le contrat de toutes les règles juridiques pertinentes concernant les aspects techniques de l'installation, il serait sans doute souhaitable que le contrat comporte une disposition obligeant l'entrepreneur à construire l'installation en se conformant à toutes les règles applicables concernant la sécurité, la protection de l'environnement et les conditions d'hygiène et de travail. L'acheteur peut cependant être tenu d'aider l'entrepreneur en l'informant de l'existence et du champ d'application de ces règles.

17. Il est également bon d'indiquer dans le contrat quelle partie doit supporter le risque d'une modification des règles impératives concernant les aspects techniques de l'installation ou de sa construction, ou les risques dus à l'adoption de nouvelles règles après la conclusion du contrat. En général, la construction peut être poursuivie malgré ces règles nouvelles ou modifiées et les parties souhaiteront peut-être stipuler que l'entrepreneur est tenu de construire l'installation conformément aux règles nouvelles ou modifiées. Si cette solution est retenue, elles voudront peut-être également étudier si une modification du coût de la construction due à ces règles nouvelles ou modifiées devrait entraîner un ajustement du prix (voir le chapitre "Prix"). Dans des cas exceptionnels, lorsqu'il est impossible de poursuivre la construction du fait des règles nouvelles ou modifiées, la résiliation du contrat peut être justifiée (voir le chapitre "Résiliation").

18. Il est bon qu'aux termes du contrat, l'acheteur soit tenu d'obtenir les approbations ou autorisations officielles requises par la législation du pays où l'installation doit être construite pour l'utilisation de l'emplacement retenu pour la construction et l'exploitation de l'installation. L'entrepreneur peut être tenu d'aider l'acheteur dans ce domaine, notamment en lui fournissant toutes les données techniques concernant les travaux de construction devant être effectués aux termes du contrat ainsi que l'exploitation de l'installation.

2. *Règles concernant les restrictions à l'exportation et à l'importation et le contrôle des changes*

19. Dans le pays où l'installation doit être construite, il peut exister des règles limitant l'importation d'équipements ou matériels nécessaires pour la construction, ou la fourniture de services, ou le transfert de techniques par des fournisseurs étrangers. Dans certains cas, il peut également exister, dans le pays de l'entrepreneur, des règles limitant l'exportation d'équipements ou de matériels, la fourniture de services ou le transfert de techniques à des parties étrangères. En outre, les règles relatives au contrôle des changes dans le pays de l'acheteur peuvent influer sur le paiement du prix du contrat par l'acheteur. Il est bon de tenir compte de toutes ces règles lors de la rédaction du contrat afin d'éviter que ledit contrat ou certaines de ses dispositions ne soient considérés comme nuls. Si de telles règles ne sont promulguées qu'après la conclusion du contrat, leur application peut rendre juridiquement impossible l'exécution du contrat. La législation applicable au contrat ou le contrat lui-même peuvent déterminer les conséquences d'une telle situation. Dans certains cas, ils peuvent justifier la résiliation du contrat (voir le chapitre "Résiliation"). La question de savoir si des dommages-intérêts peuvent être demandés dans de telles circonstances et, dans l'affirmative, à quelles conditions, est traitée au chapitre "Exonérations".

20. Il est bon qu'en vertu du contrat, l'entrepreneur soit tenu d'obtenir les licences d'exportation et autres licences requises en application de la législation de son pays pour pouvoir s'acquitter de ses obligations, l'acheteur pouvant quant à lui être tenu d'obtenir à cette fin les licences d'importation et autres licences qui sont exigées par le pays dans lequel l'installation doit être construite, ainsi que les licences ou approbations nécessaires pour pouvoir payer le prix du contrat.

3. *Règles concernant les droits de douane et les taxes*

21. Si les règles juridiques concernant les droits de douane ou les taxes peuvent ne pas avoir d'incidences sur les aspects techniques de l'installation ou de sa construction, ou empêcher l'achèvement de l'installation conformément au contrat, elles peuvent avoir des conséquences importantes sur les aspects financiers de la construction. Les dispositions contractuelles concernant les taxes et droits de douane sont traitées au chapitre "Droits de douane et taxes".

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.6]

Construction sur le chantier

Résumé

La construction sur le chantier comprend le montage des équipements, la construction des bâtiments et les travaux de génie civil. Dans un contrat de construction d'installations industrielles, le fournisseur de l'équipement peut effectuer lui-même ses travaux de construction ou il peut superviser la construction effectuée par l'acheteur ou toute autre personne employée par l'acheteur (par. 1).

Le contrat devrait répartir les responsabilités pour ce qui est des travaux à exécuter pour préparer la construction. Ces travaux peuvent comporter par exemple le dégagement et le nivellement du terrain (le terrain sera normalement fourni par l'acheteur), l'aménagement de routes ou de voies ferrées d'accès, l'approvisionnement en eau et en énergie, la fourniture de logements, de services publics et autres moyens nécessaires à la construction par le personnel de l'entrepreneur, une aide pour l'obtention des visas et des permis de travail pour le personnel de l'entrepreneur et la mise en place d'un atelier (par. 2 à 6).

Le contrat devrait normalement stipuler que l'entrepreneur est responsable de la fourniture de toutes les machines et outils de construction nécessaires à la construction qu'il doit entreprendre. Dans les cas où certains de ces articles doivent être fournis par l'acheteur, le contrat devrait spécifier les droits et obligations des parties en ce qui concerne ces articles. Le contrat devrait répartir les responsabilités pour l'obtention des licences et autorisations requises pour l'importation par l'entrepreneur des machines et outils de construction qu'il a l'intention de réexporter après l'achèvement de la construction ainsi que pour les moyens de transport nécessaires aux travaux de construction (par. 7 à 9).

Le contrat devrait fixer le délai dans lequel la construction doit être achevée (par. 10 à 14). Il devrait contenir un calendrier établissant l'ordre dans lequel les travaux de construction doivent être exécutés. Le calendrier peut aussi fixer des dates ou délais d'achèvement obligatoires intermédiaires pour diverses phases de la construction et l'entrepreneur devrait être responsable du retard s'il ne respecte pas ces délais obligatoires intermédiaires. Dans les cas où il n'est pas possible de convenir de tous les détails du calendrier au moment de la conclusion du contrat, l'acheteur peut être autorisé à déterminer le calendrier en en adressant notification à l'entrepreneur dans une période spécifiée avant le commencement de la construction (par. 15 à 19).

Le contrat devrait déterminer les situations dans lesquelles le délai d'achèvement, ou un délai intermédiaire obligatoire pour la construction d'une portion des installations selon un calendrier convenu, doit être prolongé et prévoir une procédure permettant de faire une telle prolongation (par. 20 à 22).

Si l'on adopte la méthode des contrats séparés ou des contrats semi-clefs en main, outre la fourniture de l'équipement qui sera incorporé dans les installations, l'entrepreneur qui a conclu un contrat séparé ou un contrat clefs en main partiel peut assumer l'obligation de superviser les travaux de construction à effectuer soit par le personnel de l'acheteur, soit par un entrepreneur local employé par l'acheteur. Si l'entrepreneur doit superviser la construction à effectuer par l'acheteur ou par des personnes employées par ce dernier, le contrat devrait spécifier les responsabilités des parties pour ce qui est des travaux de construction à surveiller. Normalement, l'entrepreneur devrait être obligé de donner des instructions concernant les aspects techniques des travaux de construction et d'inspecter cette construction et l'acheteur ou les personnes employées par lui devraient être tenus d'exécuter avec le soin et les compétences techniques voulus les instructions données par l'entrepreneur. L'entrepreneur ne devrait pas être tenu responsable des vices de construction dus à l'inobservance par l'acheteur ou des personnes engagées par lui des instructions de l'entrepreneur (par. 23 à 26).

Le contrat devrait définir les droits d'accès au chantier pour chaque partie et pour les tiers et établir laquelle des parties a la responsabilité d'exclure les personnes qui n'ont pas le droit d'accès (par. 27 à 31).

Les parties peuvent convenir que certaines obligations concernant les conditions de travail du personnel de l'entrepreneur sur le chantier seront assumées par l'acheteur. Le contrat devrait obliger l'entrepreneur à se conformer aux règles de droit impératives en ce qui concerne les conditions de travail et l'acheteur pourrait être tenu d'aider l'entrepreneur à obtenir des renseignements concernant ces règles (par. 32 et 33).

Le contrat devrait obliger les parties à coopérer dans la mesure nécessaire à l'exécution des obligations de chaque partie et à éviter toute ingérence dans l'exécution de ces obligations. Si plus d'un entrepreneur doit participer à la construction, chaque entrepreneur devrait être également tenu d'éviter toute ingérence dans l'exécution des obligations des autres entrepreneurs. A titre de moyen permettant de favoriser la coopération entre les parties, le contrat pourrait prévoir que chaque partie nomme un agent de liaison qui assure la communication entre les parties pour ce qui est de la construction au jour le jour des installations (par. 34 et 35).

Le contrat devrait définir toutes les obligations de l'entrepreneur en ce qui concerne les achats conclus par lui au nom de l'acheteur de matériaux ou autres articles nécessaires à la construction effectuée par l'acheteur, ainsi que toutes obligations incombant à l'entrepreneur d'aider l'acheteur dans la passation de contrats avec des tiers (par. 36 à 39).

Le contrat devrait définir l'obligation incombant à l'entrepreneur d'évacuer le site du chantier périodiquement au cours de la construction et après la prise en charge ou l'acceptation des installations (par. 40).

* * *

A. *Remarques générales*

1. La construction sur le chantier, qui fait l'objet du présent chapitre, comprend le montage des équipements, la construction de bâtiments et les travaux de génie civil. Dans le cadre d'un contrat de construction, le fournisseur des équipements peut effectuer lui-même cette construction ou il peut superviser la construction par l'acheteur ou toute autre personne employée par l'acheteur.

B. *Travaux préparatoires*

2. Aux termes de tous les contrats de construction, l'acheteur est normalement obligé de fournir un terrain. Le terrain devrait être identifié dans le contrat (par exemple, par référence à des cartes ou à des plans). L'entrepreneur aura normalement inspecté le terrain avant la conclusion du contrat et pourra avoir assumé certaines obligations concernant l'adaptation du site à la construction prévue (voir le chapitre "Appel d'offres et processus de négociations").

3. Quelques travaux préparatoires sur le chantier sont habituellement nécessaires pour permettre de commencer les travaux de construction et de les poursuivre régulièrement. Ces travaux préparatoires consistent habituellement à dégager et à niveler le terrain, à aménager des routes d'accès et des voies ferrées ainsi que d'assurer l'approvisionnement en eau et en énergie. Le

contrat devrait spécifier les obligations incombant à chaque partie dans ces travaux préparatoires, fixer un calendrier des travaux et déterminer laquelle des parties doit prendre en charge les coûts de ces travaux préparatoires. Il peut être bon que l'acheteur effectue quelques éléments des travaux préparatoires même si l'on adopte la méthode du contrat clefs en main (voir le chapitre "Choix du contrat type"). Pour ce qui est de l'utilisation du terrain, il est souhaitable que le contrat oblige l'acheteur à obtenir les approbations ou autorisations officielles prescrites par la législation du pays où les installations doivent être construites (voir le chapitre "Législation applicable").

4. Le contrat devrait déterminer laquelle des parties doit fournir les logements et services publics et autres facilités nécessaires à la construction par le personnel de l'entrepreneur. Il peut être opportun que l'acheteur prenne à sa charge quelques-unes des obligations suivantes, peut-être même toutes : fournir des locaux à usage de bureau et d'habitation pour le personnel de l'entrepreneur; équiper ces locaux de meubles, de téléphones et autres articles; fournir des denrées alimentaires ou des cantines pour le personnel de l'entrepreneur; prévoir des installations sanitaires sur le chantier; et assurer le transport quotidien du personnel de l'entrepreneur entre ses lieux d'habitation et le chantier.

5. Il serait peut-être bon avant de commencer les travaux de construction d'organiser une inspection commune par les parties des équipements fournis par l'acheteur, et de décrire l'état de ces équipements dans un protocole signé par l'une et l'autre partie. Les parties pourraient convenir que l'acheteur aidera à obtenir les visas et les permis de travail et autres documents du même ordre qui sont nécessaires au personnel de l'entrepreneur pour entrer dans le pays où se trouve le chantier ou de travailler sur le chantier.

6. Il faut habituellement prévoir un atelier pour les travaux de construction et le contrat devrait obliger l'entrepreneur à fournir un tel atelier. L'acheteur peut vouloir conserver cet atelier pour les réparations et l'entretien des installations après achèvement de la construction. Dans un tel cas, le contrat peut considérer l'atelier comme partie des installations à construire par l'entrepreneur (par exemple en incluant le coût de l'atelier dans le prix du contrat). Une autre solution peut être de donner à l'acheteur le droit d'acquérir, s'il le désire, l'atelier à un prix raisonnable après l'achèvement des travaux.

C. *Travaux de construction à exécuter par l'entrepreneur*

1. *Machines, outils et équipement pour la construction*

7. L'entrepreneur aura besoin de machines (par exemple excavatrices, grues, pelleteuses) et d'outils (scies, foreuses) pour les travaux de construction. Le contrat devrait normalement obliger l'entrepreneur à fournir toutes les machines et outils nécessaires pour les travaux de construction qu'il doit exécuter. Il peut arriver cependant que l'acheteur veuille fournir à l'entrepreneur quelques-unes de ces machines et outils. Dans de tels cas, le contrat peut énumérer les articles à fournir par l'acheteur et prévoir que l'entrepreneur doit se procurer tous les autres articles dont il a besoin. En outre, le contrat devrait stipuler les droits et obligations des parties en ce qui concerne ces articles (par exemple si les articles doivent être vendus ou loués à l'entrepreneur, et le montant à payer par l'entrepreneur pour la vente ou la location, ou si ce montant a été inclus dans le prix). Le contrat devrait également traiter de certaines questions qui se poseront dans de tels arrangements, par exemple les dates auxquelles les articles doivent être fournis, la quantité et la qualité des articles à fournir, la désignation de la partie chargée de l'entretien et des réparations, les fins auxquelles les articles peuvent être utilisés et la désignation de la partie qui assume le risque de perte ou de dommage. Les mêmes questions devront être réglées si l'acheteur veut construire une portion des installations et que l'entrepreneur est prêt à fournir certains des articles dont l'acheteur a besoin pour exécuter les travaux de construction.

8. Des licences et autorisations spéciales (par exemple pour le dédouanement) peuvent être nécessaires pour ce qui est des machines et outils de construction importés par l'entrepreneur dans le pays où se trouve le chantier et que l'entrepreneur désire réexporter après l'achèvement des travaux de construction. L'acheteur devrait être tenu d'aider l'entrepreneur à obtenir ces licences et autorisations ou à les faire délivrer au nom de l'entrepreneur.

9. Les parties peuvent vouloir déterminer la manière dont les moyens de transport nécessaires aux travaux de construction seront fournis. Le contrat peut par exemple stipuler qu'une des parties fournira les véhicules et répartira les charges d'entretien, de réparation et de remplacement des véhicules.

2. *Délai d'achèvement de la construction*

10. Le contrat devrait clairement préciser la date à laquelle l'entrepreneur devra avoir achevé la construction. Le délai d'achèvement peut être déterminé soit par le choix d'une date fixe, soit par la mention d'une période de temps. Si une date fixe est choisie, le contrat devrait préciser les cas dans lesquels cette date peut être reportée et établir un critère permettant de déterminer la longueur de ce nouveau délai. Si le contrat stipule que la construction doit être achevée dans une période de temps donnée, le moment auquel commence cette période doit être précisé ainsi que les circonstances dans lesquelles le délai cessera de courir ou sera prolongé et un critère doit être convenu pour déterminer la durée de la prolongation.

11. Les parties devraient normalement convenir dans le contrat du délai d'achèvement de la construction et non fixer ce délai après la conclusion du contrat. Si le délai d'achèvement n'est pas prévu dans le contrat et que les parties ne peuvent par la suite se mettre d'accord à ce sujet, il peut être difficile pour les juges dans une procédure de règlement des litiges de fixer une

date pour l'achèvement des travaux (voir le chapitre "Règlement des litiges").

12. En déterminant la date à laquelle doit commencer la période d'exécution de la construction, les dates suivantes doivent être envisagées :

a) La date à laquelle le contrat entre en vigueur;

b) La date à laquelle l'entrepreneur reçoit notification de l'acheteur que toutes les licences d'importation, d'équipement et de matériaux et toutes les approbations officielles pour la construction des installations telles qu'elles sont requises dans le pays de l'acheteur ont été accordées à l'acheteur, ou que la construction devrait commencer;

c) La date de réception par l'entrepreneur de l'avance d'une portion du prix comme le prévoit le contrat;

d) La date à laquelle l'acheteur remet à l'entrepreneur les documents définissant la taille et la qualité des installations (par exemple les plans, les dessins) qui sont nécessaires pour commencer la construction.

13. Le contrat pourrait prévoir le cas où plus d'un des faits mentionnés au paragraphe précédent se produit, auquel cas le délai devrait commencer à courir lorsque tous les faits seront survenus.

14. Si un seul entrepreneur exécute la construction des installations, il serait généralement de l'intérêt de l'acheteur que la construction soit achevée aussi rapidement que possible et que la date fixée pour l'achèvement des travaux ou la fin du délai d'achèvement soit considérée comme la date finale d'achèvement, un achèvement plus rapide étant autorisé ou même encouragé (voir le chapitre "Prix"). Dans certains cas cependant, l'acheteur peut ne pas souhaiter que les travaux de construction soient achevés plus tôt que convenu pour diverses raisons pratiques, notamment les arrangements financiers qu'il a pris. Le contrat devrait traiter de la question de l'achèvement anticipé des travaux par l'entrepreneur et faire état de l'accord des parties à ce sujet.

3. *Calendrier de construction*

15. Le contrat devrait contenir un calendrier établissant l'ordre dans lequel les travaux de construction sur le chantier seront exécutés. Un calendrier est souhaitable afin de faciliter une évaluation de l'état d'avancement des travaux. Il peut également permettre de fixer plus facilement une prolongation du délai d'achèvement dans le cas d'une modification de la construction ou d'un obstacle à la construction (voir le chapitre "Achèvement, prise en charge et réception des travaux"). Les parties devraient convenir du calendrier dans le contrat, car il pourrait être difficile de se mettre d'accord sur un calendrier à un stade ultérieur.

16. Le calendrier peut fixer des dates obligatoires intermédiaires pour la réalisation de certains progrès dans les travaux de construction. L'acheteur peut être autorisé à enjoindre à l'entrepreneur d'accélérer les travaux de construction s'il apparaît à l'évidence que ces dates intermédiaires ne seront pas observées. Un entrepreneur qui ne respecte pas ces dates obligatoires devrait être responsable du retard (voir le chapitre "Défaut d'exécution"). Le calendrier devrait énumérer toutes les obligations qui incombent à l'acheteur en ce qui concerne la construction. L'entrepreneur devrait être tenu de soumettre périodiquement à l'acheteur au cours de la construction un rapport sur l'état d'avancement des travaux.

17. Le calendrier devrait être établi d'une manière (par exemple sous forme de diagrammes) qui permette d'enregistrer les progrès effectivement accomplis par comparaison au calendrier. Une méthode pour la conception du calendrier que les parties peuvent souhaiter adopter est la "méthode 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 qui existent 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.

18. Si l'on adopte la méthode des contrats séparés et que plusieurs entrepreneurs doivent participer à la construction (voir le chapitre "Choix du type de contrat"), chaque contrat devrait comprendre un calendrier indiquant l'ordre dans lequel les phases de la construction doivent se succéder afin de permettre à l'acheteur de coordonner les travaux de construction. L'ordre dans lequel doivent se succéder les différentes phases de la construction aux termes de chaque contrat et le calendrier général de la construction de l'ensemble des installations devraient être harmonisés. Cependant, dans certains cas, il n'est peut-être pas possible de convenir d'un calendrier au moment de la conclusion du contrat. Par exemple, le contrat peut stipuler le délai dans lequel la construction requise dans un contrat séparé doit être achevée, mais non la date de commencement de la construction. Le contrat peut prévoir que, si l'acheteur exige que la construction commence avant ou après des dates précises, l'entrepreneur serait en droit de demander un certain ajustement du prix. Le contrat peut également prévoir que, si l'acheteur ne demande pas le démarrage de la construction dans le délai spécifié au contrat, l'entrepreneur peut être autorisé à résilier le contrat.

19. 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 une adaptation du calendrier pose un problème qui devrait être réglé de la même manière que l'impossibilité de s'accorder sur les conséquences d'une modification de construction (voir le chapitre "Clauses de modification").

4. *Prolongation du délai d'achèvement de la construction*

20. 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 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 les chapitres "Suspension de la construction" et "Défaut d'exécution");

b) Des travaux qui viennent s'ajouter à ceux qui étaient prévus au moment de la conclusion du contrat doivent être exécutés par l'entrepreneur en raison d'une modification de la construction imposée par l'acheteur (voir le chapitre "Modifications") ou en raison de réglementations de sécurité, de protection de l'environnement ou autres réglementations administratives que l'entrepreneur est tenu d'observer et qui ont été promulguées après la conclusion du contrat (voir les chapitres "Prix" et "Législation applicable");

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 le dommage causé par l'acheteur ou une personne employée par l'acheteur pour la construction (voir le chapitre "Risque de perte ou de dommage");

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 "Exonération").

21. L'entrepreneur devrait être tenu de notifier promptement à l'acheteur tout fait de nature à l'autoriser à demander une prolongation du délai d'achèvement. En outre, l'entrepreneur devrait être tenu de notifier à l'acheteur la durée de la prolongation qu'il souhaite obtenir dès qu'il serait en mesure de préciser cette durée. Si, 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, le délai d'achèvement de la construction peut être considéré prolongé d'une période suffisante pour l'achèvement des travaux (c'est-à-dire compte tenu de la période pendant laquelle la construction a été suspendue, l'importance de la construction qui reste à exécuter, ou la période pendant laquelle l'entrepreneur a été empêché de poursuivre la construction). Cette période peut en dernier ressort devoir être déterminée dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges (voir le chapitre "Règlement des litiges"). L'entrepreneur ne devrait pas être autorisé à arrêter la construction en attendant ou pendant cette procédure.

22. Une prolongation du délai d'exécution accordée à l'entrepreneur peut exiger que certaines mesures soient prises en conséquence en ce qui concerne les assurances (voir le chapitre "Assurances") ou la sécurité (voir le chapitre "Garantie de bonne exécution"), par exemple la prolongation de la période de validité des garanties bancaires.

D. *Construction à effectuer sous la supervision de l'entrepreneur*

23. Si la méthode des contrats séparés ou des contrats semi-clefs en main est adoptée (voir le chapitre "Choix du type de contrat"), outre la fourniture de l'équipement qui sera incorporé dans les installations, un entrepreneur dans le cadre d'un contrat séparé ou d'un contrat semi-clefs en main peut avoir l'obligation de superviser la construction à effectuer par le personnel de l'acheteur ou par un entrepreneur local employé par l'acheteur. Un tel arrangement permettrait par exemple à l'acheteur de payer une partie des coûts de construction en monnaie locale, réduisant ainsi ses sorties de devises, ou de renforcer la capacité technologique du pays de l'acheteur.

24. Si l'entrepreneur doit superviser la construction à effectuer par l'acheteur par des personnes employées par l'acheteur, le contrat devrait préciser soigneusement les responsabilités des parties en ce qui concerne la construction à superviser. Normalement, l'entrepreneur devrait être tenu de donner les instructions concernant l'aspect technique de la construction et d'inspecter cette construction; et l'acheteur ou les personnes employées par lui devraient être obligés d'exécuter avec le soin et la compétence voulus les instructions données par l'entrepreneur. Ces instructions devraient tenir compte des lois et règlements du pays (voir le chapitre "Législation applicable"). Le contrat devrait obliger l'acheteur, dans une période de temps spécifiée avant le commencement de la supervision par l'entrepreneur, à notifier à l'entrepreneur le nom des personnes auxquelles des instructions doivent être données. L'entrepreneur ne devrait pas être responsable des vices de construction si ces vices ont été causés par l'inobservance par l'acheteur, ou par des personnes employées par lui, des instructions de l'entrepreneur. Si les vices sont dus à l'inobservance par des personnes employées par l'acheteur des instructions de l'entrepreneur, le contrat peut permettre à l'entrepreneur d'échapper à la responsabilité dans deux cas : premièrement, si les vices de construction ne pouvaient raisonnablement pas avoir été décelés par l'entrepreneur au cours de son inspection; et deuxièmement, si les vices pouvaient avoir été ainsi décelés, l'entrepreneur notifie à l'acheteur les vices de construction au moment où ces vices pouvaient être raisonnablement décelés.

25. Dans les cas où l'acheteur ou les personnes qu'il compte employer par lui sont capables d'effectuer les travaux de construction sans que l'entrepreneur ait à leur donner d'instructions, les obligations de l'entrepreneur peuvent être limitées à l'inspection de la construction effectuée par ces personnes. Dans ces conditions, l'entrepreneur serait responsable uniquement pour n'avoir pas correctement inspecté la construction.

26. Le contrat peut préciser les qualifications requises des personnes chargées de la supervision pour le compte

de l'entrepreneur et il devrait obliger l'entrepreneur à notifier à l'acheteur le nom des personnes autorisées à effectuer la supervision. Le contrat peut indiquer la durée prévue de la construction à superviser et la période approximative à laquelle elle sera effectuée. Le contrat peut obliger l'entrepreneur à commencer la supervision dans un délai déterminé après l'envoi par l'acheteur d'une notification à cet effet. L'entrepreneur ne serait responsable d'aucun retard dans l'achèvement de la construction dû à la défaillance des personnes employées par l'acheteur.

E. *Accès au chantier et à l'usine*

27. L'entrepreneur, ses sous-traitants et fournisseurs devront avoir accès au chantier aux fins de la construction. L'acheteur, son ingénieur-conseil ou d'autres agents devront avoir également accès pour certaines raisons (par exemple, effectuer tous travaux de construction que doit exécuter l'acheteur ou pour vérifier la construction effectuée par l'entrepreneur). Des tiers peuvent avoir aussi accès (par exemple, les compagnies d'assurances auprès desquelles l'assurance a été souscrite peuvent vouloir inspecter l'usine de temps à autre). Le contrat devrait définir le droit d'accès de chaque partie et des tiers. Le droit d'accès des fonctionnaires du pays où est situé le chantier peut être imposé par la loi de ce pays.

28. Outre les droits d'accès, le contrat peut désigner la partie qui est responsable d'exclure les personnes qui n'ont pas le droit d'accès. Si un entrepreneur contrôle l'intégralité du chantier et de l'usine au cours de la construction (par exemple dans le cadre d'un contrat clefs en main, d'un contrat complet, d'un contrat produit en main et peut-être d'un contrat semi-clefs en main), cet entrepreneur peut être obligé en vertu du contrat d'exclure les personnes qui n'ont pas le droit d'accès. Dans d'autres cas (par exemple, les contrats séparés), l'acheteur peut assumer cette obligation. Il peut être souhaitable de prévoir que la partie qui assume cette obligation peut aussi prendre des mesures de sécurité en ce qui concerne la construction (par exemple contre le vol, l'incendie volontaire ou les dommages à la propriété).

29. L'accès au chantier doit comprendre l'accès à la zone où la construction est exécutée ainsi qu'aux ateliers et laboratoires, magasins et autres équipements mis en place aux fins de la construction. La mesure et la durée de l'accès dont un entrepreneur a besoin dépendraient des obligations qu'il assume dans la construction. Ainsi, dans le cadre d'un contrat clefs en main ou d'un contrat global, l'entrepreneur qui a accepté de construire toutes les installations devra avoir accès à tout le chantier pendant toute la période de la construction. Dans le cadre d'un contrat séparé, l'entrepreneur qui exécute une portion de la construction ne peut avoir accès que pour une durée limitée à une portion limitée du chantier. Si la construction à effectuer par un entrepreneur séparé est liée à la construction à effectuer par un autre entrepreneur, chaque entrepreneur peut devoir avoir accès au chantier occupé et à la construction effectuée par l'autre entrepreneur. Pour déterminer l'accès que doit avoir un entrepreneur à la construction effectuée par un autre entrepreneur, compte devrait être tenu des obligations ainsi que du caractère confidentiel (par exemple en ce qui concerne les plans, les spécifications, la technologie) auxquels a souscrit l'autre entrepreneur.

30. L'acheteur et son ingénieur-conseil devraient être autorisés à avoir accès à tout le chantier et à la construction en cours en tout temps pendant la durée de la construction. Les parties peuvent cependant convenir que d'autres entrepreneurs et des fournisseurs de l'acheteur doivent être exclus du lieu de la construction effectuée par un entrepreneur de manière à assurer le respect des obligations ainsi que le caractère confidentiel auxquels a souscrit l'acheteur.

31. Le droit d'accès accordé à un entrepreneur devrait se maintenir jusqu'à la prise en charge par l'acheteur des installations d'une portion des installations construites par l'entrepreneur. L'entrepreneur devrait également avoir un droit d'accès aux fins de participer aux inspections et essais qui ont lieu après la prise en charge. En outre, l'entrepreneur devrait avoir accès aux fins des réparations qu'il est obligé de faire.

F. *Conditions de travail*

32. En règle générale, l'entrepreneur devrait être responsable des conditions de travail de son propre personnel sur le chantier et, par conséquent, le contrat n'a pas à contenir de clauses relatives à ces conditions de travail. Cependant, les parties souhaiteront peut-être convenir que certaines obligations concernant ces conditions de travail (par exemple les obligations visées aux paragraphes 4 et 5 ci-dessus) doivent être assumées par l'acheteur. La portée de ces obligations dépendra du type de contrat. Par exemple, dans un contrat clefs en main en vertu duquel l'entrepreneur est responsable de tout ce qui a trait à la construction des installations, les obligations assumées par l'acheteur peuvent être réduites au minimum. Cependant, dans des contrats en vertu desquels le contrôle de l'acheteur sur la construction est plus poussé, les obligations que l'acheteur assume en ce qui concerne les conditions de travail peuvent être plus larges.

33. La loi du pays sur le territoire duquel les installations doivent être construites peut contenir des dispositions réglementant certains problèmes relatifs aux conditions de travail, par exemple les horaires de travail et les congés, les questions de santé et de sécurité. Le contrat devrait obliger l'entrepreneur à observer toutes ces dispositions. Cependant, l'acheteur pourrait être tenu d'aider l'entrepreneur à obtenir des renseignements sur ces réglementations.

G. *Coopération entre les parties*

34. La coopération entre les parties en ce qui concerne les activités de construction sur le chantier est indispensable au bon avancement de la construction. Les cas

dans lesquels la coopération sera requise sont pratiquement illimités et vont depuis l'interdiction des ingérences du personnel de l'une des parties dans les activités du personnel de l'autre partie jusqu'au règlement des problèmes techniques qui se posent au cours de la construction. Bien qu'il soit impossible que le contrat énumère les cas dans lesquels la coopération sera requise, il serait cependant souhaitable que le contrat oblige en général chaque partie à coopérer avec l'autre dans toute la mesure nécessaire à l'exécution des obligations de chaque partie et à toute ingérence dans l'exécution de ces obligations. Si plus d'un entrepreneur doit participer à la construction, chaque entrepreneur devrait être également obligé d'éviter d'intervenir dans l'exécution des tâches des autres entrepreneurs. Le contrat pourrait également prévoir que les parties et l'ingénieur se réunissent régulièrement, ou à des intervalles déterminés, pour examiner les questions d'intérêt commun et résoudre les problèmes qui se posent au sujet de la construction des installations.

35. A titre de moyen propre à favoriser la coopération entre les parties, le contrat pourrait également prévoir que chacune des parties nomme un agent de liaison qui sera tenu d'être présent sur les chantiers pendant les heures de travail. Les fonctions et les attributions des agents de liaison seraient essentiellement d'assurer la communication entre les parties dans la construction au jour le jour des installations. L'agent de liaison devrait être autorisé à donner et recevoir des notifications au nom de la partie qui l'a désigné.

H. *Achats par l'entrepreneur au nom de l'acheteur*

36. Dans certains cas, les parties préfèrent que des matériaux ou autres articles nécessaires à la construction à effectuer par l'acheteur soient achetés par l'entrepreneur au nom de l'acheteur. Un tel arrangement pourrait aider un acheteur à obtenir ces articles, étant donné que l'entrepreneur peut être dans une meilleure position pour les obtenir plus rapidement et à meilleur compte.

37. S'agissant de l'achat de fournitures par l'entrepreneur au nom de l'acheteur, le contrat pourrait obliger l'entrepreneur à : établir la soumission ou les documents d'achat pour approbation et signature par l'acheteur et les communiquer au fournisseur; prévoir les spécifications voulues pour les fournitures; obtenir des fournisseurs les garanties appropriées en ce qui concerne les fournitures (les garanties devraient être en faveur de l'acheteur); prendre livraison des fournitures; et inspecter les fournitures au moment de la livraison sur le chantier.

38. Les raisons qui rendent souhaitable la participation de l'acheteur au choix d'un sous-traitant (voir le chapitre "Sous-traitance") s'appliquent également, sinon davantage, au choix des tiers qui procureront les fournitures pour le compte de l'acheteur. Certaines des procédures examinées au chapitre pour le choix des sous-traitants, par exemple les appels d'offres et les mécanismes de préqualification, peuvent être adoptées pour le choix des fournisseurs, avec les modifications appropriées pour tenir compte du fait que l'acheteur, et non l'entrepreneur, doit payer ces fournitures.

I. *Aide apportée par l'entrepreneur à l'acheteur dans la passation de contrats avec des tiers*

39. Si l'acheteur veut lui-même obtenir des fournitures de tiers, le contrat peut demander à l'entrepreneur d'aider l'acheteur à obtenir ces fournitures. Par exemple, le contrat peut obliger l'entrepreneur à donner des conseils à l'acheteur sur les spécifications et la quantité des articles et les garanties qui devraient être obtenues des fournisseurs. L'entrepreneur peut également être obligé d'assurer que les spécifications de ces livraisons sont conformes aux besoins de la construction et d'inspecter les fournitures au moment de leur livraison sur le chantier.

J. *Evacuation du chantier après l'achèvement des travaux*

40. Le contrat devrait obliger l'entrepreneur à enlever du chantier les matériaux et déchets. En outre, il devrait l'obliger après la prise en charge ou la réception des travaux à enlever ses machines et outils de construction, sauf ceux dont il aura besoin pour réparer les vices de construction au cours de la période de garantie. Si l'acheteur n'entend pas conserver l'atelier qui a été fourni par l'entrepreneur (voir par. 6 ci-dessus), celui-ci devrait être également obligé de l'enlever. S'agissant des obligations de l'entrepreneur pour ce qui est de ses machines et outils de construction en cas de résiliation du contrat, voir le chapitre "Résiliation".

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.7]

Projet de structure révisé

1. Le secrétariat a soumis au Groupe de travail à sa quatrième session un projet provisoire d'esquisse de la structure du Guide (A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.1). Lorsqu'il a élaboré certains projets de chapitres du Guide après cette session, le secrétariat s'est éloigné à certains égards de la structure du Guide tel que présentée dans le projet provisoire d'esquisse, cela, soit du fait de discussions au sein du Groupe de travail, soit comme suite à une réflexion plus approfondie du secrétariat sur la structure du Guide.

2. Un projet de structure révisé tenant compte de ces changements a donc été établi, afin de présenter au Groupe de travail la structure du Guide telle qu'elle apparaît au stade actuel des travaux. On trouvera ci-après ce projet révisé.

Introduction

(Historique de l'établissement du Guide; importance et objet de la structuration des questions dans le Guide et contexte du nouvel ordre économique international; économie générale du Guide; termes utilisés dans le Guide; mode d'emploi du Guide)

Première partie

Questions précontractuelles

Chapitre I. *Identification du projet et sélection des parties*

Résumé

A. Remarques générales

B. Etudes de faisabilité

C. Considérations relatives à la sélection des parties

1. Parties participant à la construction

2. Statut juridique des parties, y compris les consortiums

Chapitre II. *Choix de la formule contractuelle*

Résumé

A. Remarques générales

B. Formule du contrat clefs en main

C. Formule du contrat global

D. Formule du contrat produits en main

E. Formule des contrats séparés

F. Formule du contrat semi-clefs en main

Chapitre III. *Procédure de conclusion du contrat*

Résumé

A. Remarques générales

B. Appel d'offres

1. Appel d'offres proprement dit

2. Forme et contenu des soumissions

3. Evaluation des soumissions

C. Négociation (sans appel d'offre préalable)

D. Conclusion du contrat

1. Forme du contrat

2. Validité et entrée en vigueur du contrat

Deuxième partie

Dispositions contractuelles

Chapitre IV. *La rédaction : considérations générales*

Résumé

A. Remarques générales

B. Langue du contrat

C. Intention des parties de conclure le contrat

D. Définitions des principaux termes employés dans le contrat

E. Dispositions contractuelles relatives à l'interprétation

F. Dispositions relatives à la modification du contrat

Chapitre V. *Description de l'installation*

Résumé

A. Remarques générales

B. Nature et qualité de l'installation

1. Nature de l'installation

2. Qualité de l'installation

3. Responsabilité en cas d'inexactitude ou d'insuffisance des spécifications et dessins

4. Hiérarchie des documents

5. Caractère confidentiel des spécifications, dessins et autres documents techniques

C. Garantie de qualité

1. Vices couverts par la garantie

2. Période de garantie

a) Durée de la période de garantie

b) Commencement de la période de garantie

c) Prolongation de la période de garantie

3. Garantie du fabricant

D. Modification de la description de l'installation

Chapitre VI. *Fourniture des équipements et matériaux*

Résumé

A. Equipements et matériaux fournis par l'entrepreneur

1. Lieu de la livraison

2. Transport des équipements et matériaux

3. Prise en charge des équipements et matériaux

4. Entreposage sur le chantier

5. Droits de douane

B. Equipements et matériaux fournis par l'acheteur

Chapitre VII. *Construction sur le chantier*

Résumé

A. Remarques générales

B. Travaux préparatoires

C. Construction à effectuer par l'entrepreneur

1. Machines, outils et aménagements pour la construction

2. Délai d'achèvement de la construction

3. Calendrier de la construction

4. Prolongation du délai d'achèvement de la construction

D. Construction à effectuer sous la supervision de l'entrepreneur

E. Accès au chantier et à l'ouvrage

F. Conditions de travail

G. Coopération entre les parties

H. Achats effectués par l'entrepreneur au nom de l'acheteur

I. Aide fournie par l'entrepreneur lors de la passation de contrats entre l'acheteur et des tiers

J. Evacuation du chantier après l'achèvement

Chapitre VIII. *Ingénieur-conseil*

Résumé

A. Remarques générales

B. Pouvoirs et fonctions de l'ingénieur-conseil

1. Fourniture de services à l'acheteur

a) Cas où l'ingénieur-conseil donne des avis à l'acheteur et met à sa disposition ses compétences techniques

b) Cas où l'ingénieur-conseil agit au nom de l'acheteur

2. Fonctions indépendantes

C. Choix et remplacement de l'ingénieur-conseil

D. Délégation de pouvoirs par l'ingénieur-conseil

E. Renseignements à fournir à l'ingénieur-conseil et droit d'accès de ce dernier

Chapitre IX. *Sous-traitance*

Résumé

A. Remarques générales

B. Droit de l'entrepreneur de sous-traiter

C. Choix des sous-traitants

D. Possibilité pour l'acheteur de se retourner directement contre le sous-traitant

E. Paiement des travaux exécutés par les sous-traitants

Chapitre X. *Inspection*

Résumé

A. Remarques générales

B. Inspection durant la production

C. Inspection aux fins du paiement et du transfert des risques

D. Inspection durant la construction sur le chantier

Chapitre XI. *Achèvement, prise en charge et réception*

Résumé

A. Remarques générales

B. Achèvement de la construction

1. Preuve de l'achèvement : essais d'achèvement des travaux mécaniques
2. Protocole des essais d'achèvement des travaux mécaniques
3. Délai d'achèvement de la construction

C. Prise en charge de l'installation

1. Prise en charge après l'achèvement de la construction
2. Prise en charge avant l'achèvement de la construction
   a) Prise en charge en cas de résiliation du contrat
   b) Prise en charge en cas d'achèvement de la construction aux frais et aux risques de l'entrepreneur par un autre entrepreneur
3. Protocole de prise en charge
4. Effets juridiques de la prise en charge

D. Réception de la construction

1. Essais de bon fonctionnement
2. Protocole des essais de bon fonctionnement
3. Moment de la réception
4. Effets juridiques de la réception
5. Protocole de réception

Chapitre XII. *Transfert des risques*

Résumé

A. Remarques générales

B. Equipements et matériaux fournis par l'entrepreneur en vue de leur incorporation dans l'installation

C. Equipements et matériaux fournis par l'acheteur en vue de leur incorporation dans l'installation

D. L'ouvrage en cours de construction et l'installation achevée

E. Conséquences de la prise en charge des risques

F. Machines et outils de construction de l'entrepreneur

Chapitre XIII. *Transfert de la propriété des biens*

Résumé

A. Remarques générales

B. Transfert de la propriété des équipements et matériaux fournis par l'entrepreneur en vue de leur incorporation dans l'ouvrage

C. Transfert de la propriété des équipements et matériaux fournis par l'acheteur

D. Transfert de la propriété de l'ouvrage durant la construction et de l'installation achevée

Chapitre XIV. *Transfert de techniques*

Résumé

A. Remarques générales

B. Questions communes aux dispositions touchant aux licences et au savoir-faire

C. Questions intéressant les seules dispositions relatives au savoir-faire

D. Communication d'informations et de compétences techniques

Chapitre XV. *Prix*

Résumé

A. Remarques générales

B. Méthodes de fixation des prix

1. Contrat au forfait
2. Contrat en régie
3. Contrat à prix unitaire

C. Primes

D. Monnaie retenue

E. Ajustement et révision du prix

1. Ajustement du prix
   a) Données inexactes fournies par l'acheteur
   b) Problèmes imprévisibles liés aux conditions hydrologiques et à l'état du sous-sol
   c) Modification de la réglementation locale
2. Révision du prix
   a) Modification du coût de la construction
   b) Modification du taux de change de la monnaie de paiement par rapport à d'autres monnaies

F. Conditions de paiement

1. Avance
2. Paiement pendant la construction
3. Paiement après la prise en charge ou la réception de l'installation
4. Paiement après expiration de la période de garantie
5. Crédit accordé par l'entrepreneur ou par le pays de l'entrepreneur

Annexe

Chapitre XVI. *Assurances*

Résumé

A. Remarques générales

B. Assurance sur les biens

1. Assurance de l'ouvrage et de l'installation achevée
2. Assurance des équipements et matériaux

3. Assurance des machines et outils de l'entrepreneur

C. Assurance responsabilité

D. Preuve de l'assurance

E. Défaut de souscription d'une assurance de la part de l'entrepreneur

Chapitre XVII. *Garantie de bonne exécution*

Résumé

A. Remarques générales

B. Garantie de bonne exécution par l'entrepreneur

1. Garanties

2. Garantie de bonne exécution résultant des conditions de paiement

C. Garantie de paiement par l'acheteur

D. Sûretés réelles

Chapitre XVIII. *Retards, défauts et autres cas d'inexécution*

Résumé

A. Retard

1. Retard du fait de l'entrepreneur

a) Retard intervenant durant la construction

b) Retard dans l'achèvement

2. Retard du fait de l'acheteur

a) Retard dans le paiement

b) Retard lié à la construction

B. Défauts

1. Détermination des défauts

2. Recours de l'acheteur en cas de défauts

3. Recours de l'acheteur en cas de défauts non couverts par la responsabilité de l'entrepreneur

4. Procédure régissant les réclamations en cas de défauts durant la période de garantie

5. Défauts notifiés après l'expiration de la période de garantie

C. Autres cas d'inexécution

Chapitre XIX. *Dommages-intérêts*

Résumé

A. Remarques générales

B. Obligation de verser des dommages-intérêts

C. Montant des dommages-intérêts

1. Réduction des pertes

2. Réduction du champ d'application ou du montant des dommages-intérêts

a) Pertes imprévisibles

b) Dommages indirects

c) Limitation du montant des dommages-intérêts

D. Préjudices corporels et matériels subis par les tiers

Chapitre XX. *Clauses de dommages-intérêts libératoires et clauses pénales*

Résumé

A. Remarques générales

B. Les clauses de dommages-intérêts libératoires et clauses pénales et la législation applicable

C. Renforcement de l'efficacité des clauses de dommages-intérêts libératoires et des clauses pénales

D. Plafonnement de la somme convenue

E. Obtention de la somme convenue

F. Les clauses de dommages-intérêts libératoires et les clauses pénales en cas de retard

G. Les résiliations du contrat et les clauses de dommages-intérêts libératoires et clauses pénales

Chapitre XXI. *Clauses d'exonération*

Résumé

A. Remarques générales

B. Les clauses d'exonération et la législation applicable

C. Méthodes de rédaction

1. Définition générale des empêchements exonératoires

2. Définition suivie d'une liste d'empêchements exonératoires

3. Liste d'empêchements : non exhaustive ou exhaustive

4. Exclusion de certains empêchements

5. Défaut d'exécution dû à un tiers

D. Notification des empêchements

1. Obligation de notifier

2. Effets juridiques du défaut de notification

E. Effets juridiques des exonérations

Chapitre XXII. *Clauses d'imprévision*

Résumé

A. Remarques générales

B. Facteurs à considérer lorsque l'on envisage l'adoption d'une clause d'imprévision

C. Méthode de rédaction de la clause d'imprévision : définition générale suivie d'une liste exhaustive

1. Définition générale

a) Changement de circonstances

b) Inévitabilité, imprévisibilité et caractère extraordinaire du changement

c) Conséquences économiques graves

2. Liste exhaustive

D. Renégociations

1. Procédure de négociation

2. Impossibilité de parvenir à un accord

3. Statut du contrat pendant la négociation

4. Normalisation des circonstances

Chapitre XXIII. *Clauses de modification*

Résumé

A. Remarques générales

B. Modification ordonnée par l'acheteur

1. Champ des modifications

2. Droit d'objection de l'entrepreneur

3. Procédure

C. Modification proposée par l'entrepreneur

D. Rôle de l'ingénieur-conseil

E. Directives concernant les incidences des modifications sur le prix du contrat

Chapitre XXIV. *Suspension de la construction*

Résumé

A. Remarques générales
B. Suspension par l'acheteur
1. Suspension au gré de l'acheteur
2. Suspension pour des raisons déterminées
3. Suggestions sur le contenu de la clause de suspension
C. Suspension par l'entrepreneur

Chapitre XXV. *Résiliation du contrat*
Résumé
A. Remarques générales
B. Portée de la résiliation
C. Motifs de résiliation
1. Résiliation unilatérale de la part de l'acheteur
a) Contravention au contrat par l'entrepreneur
b) Faillite de l'entrepreneur
c) Résiliation du gré de l'acheteur
d) Autres motifs
2. Résiliation unilatérale de la part de l'entrepreneur
a) Contravention au contrat par l'acheteur
b) Faillite ou insolvabilité de l'acheteur
3. Non-exécution due à un empêchement exonératoire
4. Procédure de résiliation
a) Moment de la résiliation
b) Notification
c) Etablissement des motifs
D. Droits et obligations des parties en cas de résiliation
1. Cessation des travaux par l'entrepreneur
2. Achèvement des travaux par l'acheteur
3. Utilisation et disposition des équipements et matériels de l'entrepreneur
4. Transfert des contrats avec des tiers et prise en charge des obligations
5. Dessins et documents descriptifs
6. Paiements à verser par une partie à l'autre partie
a) Résiliation due à des circonstances imputables à l'entrepreneur
b) Résiliation due à des circonstances imputables à l'acheteur
c) Résiliation due à des circonstances non imputables à l'une ou l'autre partie
d) Résiliation au gré de l'acheteur
7. Droits des parties à des dommages-intérêts et à d'autres réparations

Chapitre XXVI. *Fourniture de pièces de rechange et de services après la construction*
Résumé
A. Remarques générales
B. Pièces de rechange
1. Obligations des parties
2. Détermination des pièces de rechange
3. Transfert des risques
4. Durée de l'obligation de fournir des pièces de rechange
C. Services de gestion
1. Champ des services de gestion
2. Obligations des parties
3. Personnel de l'entrepreneur et pouvoirs de ce dernier en matière de gestion
4. Durée de l'obligation de fournir des services de gestion
D. Services d'entretien
1. Champ des services d'entretien
2. Obligations des parties
3. Durée de l'obligation de fournir des services d'entretien
E. Services de réparation
1. Champ des services de réparation
2. Obligations des parties
3. Durée de l'obligation de fournir des services de réparation
F. Services consultatifs techniques
1. Champ des services consultatifs techniques
2. Obligations des parties
3. Durée de l'obligation de fournir des services consultatifs techniques
G. Défaut d'exécution
H. Modification
I. Résiliation

Chapitre XXVII. *Transfert des droits et obligations contractuels*
Résumé
A. Remarques générales
B. Cession du contrat
C. Transfert de certains droits et obligations contractuels
D. Dispositions destinées à protéger les intérêts des parties
E. Conséquences d'un transfert irrégulier des droits

Chapitre XXVIII. *Législation applicable*
Résumé
A. Remarques générales
B. Choix de la législation applicable au contrat
C. Règles juridiques impératives de caractère public
1. Règles concernant les aspects techniques de l'installation ou de sa construction
2. Règles concernant les restrictions à l'exportation et à l'importation et le contrôle des changes
3. Règles concernant les droits de douane et les taxes

Chapitre XXIX. *Règlement des litiges*
Résumé
A. Remarques générales
B. Règlement amiable des litiges
C. Règlement des litiges portant sur des questions techniques
D. Procédure de modification des dispositions contractuelles
E. Conciliation
F. Arbitrage
G. Clauses de compétence exclusive

Index alphabétique

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.8]

Choix de la formule contractuelle*

Résumé

Avant de conclure des arrangements contractuels en vue de la construction d'installations industrielles, l'acquéreur a intérêt à examiner les différentes possibilités qui s'offrent à lui. Il peut conclure plusieurs contrats distincts de caractère limité portant chacun sur différents aspects de la construction ou bien encore conclure un ou plusieurs contrats de ce type et un ou plusieurs contrats de travaux, c'est-à-dire des contrats de portée plus générale qui imposent au minimum à l'entrepreneur l'obligation de fournir des équipements et soit de procéder à la construction sur le chantier, soit de la superviser. Quelle que soit la formule retenue, l'acquéreur participera également dans une certaine mesure à la construction (par. 1 à 3).

Dans le cadre de la formule du contrat clefs en main, un entrepreneur unique est chargé de construire l'ensemble des installations et de fournir tout ce qui est nécessaire à cet effet, y compris les plans et le procédé technologique ainsi que les équipements et les matériaux devant être intégrés dans les installations. L'entrepreneur est responsable si les installations ne sont pas achevées en temps utile ou ne sont pas conformes au contrat, même si cette défaillance est imputable à un retard ou à un défaut d'exécution de la part de ses sous-traitants ou de ses fournisseurs (par. 5 à 11).

Dans le cadre de la formule du contrat global, un entrepreneur unique se charge de construire l'ensemble des installations conformément aux plans fournis par l'acheteur et d'y intégrer un procédé technologique également fourni par ce dernier. Il est responsable si l'ouvrage n'est pas achevé en temps utile et n'est pas conforme aux plans (par. 12 et 13).

Dans le cadre de la formule du contrat produit en main, l'entrepreneur assume les mêmes responsabilités qu'un entrepreneur "clefs en main" pour la construction de l'ensemble des installations. Toutefois, il a en outre l'obligation de veiller à ce que l'acquéreur puisse faire fonctionner les installations et atteindre les objectifs fixés en matière de production avec son propre personnel. Il est donc obligé de former ce personnel et de faire fonctionner et de gérer les installations pendant une période d'essai convenue (par. 14 et 15).

Dans le cadre de la formule des contrats séparés, l'acquéreur conclut un ou plusieurs contrats de travaux et, le cas échéant, un ou plusieurs contrats de portée limitée. Chaque entrepreneur n'est responsable que des équipements, des matériaux et des services qu'il fournit ainsi que des techniques qu'il transfère. L'acquéreur doit coordonner l'ensemble des contrats, tant pour ce qui est de leur champ d'application que de leur exécution et doit assumer les risques de vices ou de retards de construction résultant de son inaptitude à assurer cette coordination.

La manière dont la construction des installations doit être répartie entre les divers entrepreneurs dépend de leur nature et de leurs dimensions, ainsi que de considérations financières. Toutefois, le fait d'octroyer des contrats séparés pour la conception des équipements d'une part et pour la fourniture et l'installation de ces équipements d'autre part peut occasionner des problèmes à l'acquéreur.

Les risques liés à la coordination des contrats séparés que supporte l'acquéreur peuvent être réduits en confiant la responsabilité de cette coordination à une tierce personne, comme par exemple un directeur de travaux ou un ingénieur-conseil (par. 16 à 21).

Dans le cadre de la formule du contrat "semi-clefs en main", l'entrepreneur fournit les plans et les équipements de base nécessaires à l'ouvrage et s'engage à réaliser une partie importante des travaux. Il doit également définir l'ampleur et la qualité des travaux devant être réalisés par d'autres entrepreneurs. Il assume également certaines responsabilités limitées pour ce qui est de la coordination du processus de construction. Il doit remettre des installations achevées conformes au contrat et ne peut être dégagé de cette responsabilité qu'en cas de non-respect des plans et du calendrier par un autre entrepreneur (par. 22 à 25).

* * *

A. *Remarques générales*

1. Pour construire des installations industrielles, l'acquéreur a le choix entre plusieurs formules contractuelles. Il peut conclure plusieurs contrats séparés de portée limitée portant chacun sur différents aspects de la construction, comme par exemple la conception, les travaux de génie civil, la fourniture d'équipements et de matériaux, la construction de l'usine et le transfert de techniques[1]. Il peut également combiner un ou plusieurs

*Le présent projet de chapitre contient le texte révisé du projet de chapitre II intitulé "Choix des types de contrats" publié sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.2. Le contenu de la section intitulée "Types de contrats classés suivant la méthode de fixation des prix" qui figurait dans la version initiale a été incorporé dans le projet de chapitre "Prix" (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.1).

[1]Le Guide ne traite pas du contenu de ces différents types de contrats de portée limitée (voir l'introduction au Guide). Toutefois, les renseignements qu'il donne au sujet d'un certain nombre de questions (par exemple les clauses d'exonération et les dommages-intérêts libératoires et pénalités) dans le contexte des contrats de travaux pourront aider à comprendre ces questions dans le contexte des contrats de portée limitée. Pour la négociation et la rédaction de ces derniers, on pourra se reporter à d'autres guides et manuels établis par divers organismes ou institutions spécialisées de l'ONU, comme par exemple le *Manuel de l'ONUDI relatif à l'emploi de consultants dans les pays en voie de développement* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.72.II.B.10), le *Guide de la CEE sur la rédaction de contrats portant sur le transfert international de know-how (savoir-faire) dans l'industrie mécanique* (TRADE/222/Rev.1) (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.II.E.15), le *Guide de la CEE pour l'établissement de contrats internationaux relatifs à l'emploi d'ingénieurs-conseils, et à certains aspects connexes en matière d'assistance technique* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.83.II.E.3) et le *Guide de l'OMPI sur les licences pour les pays en développement* (publication de l'OMPI n° 620 [E]).

contrats de ce type avec un ou plusieurs contrats de travaux, c'est-à-dire des contrats de portée plus générale, qui imposent au minimum à l'entrepreneur l'obligation de fournir des équipements et soit de procéder à la construction sur le chantier, soit de la superviser. Par "construction", on entend les travaux de construction, de génie civil, ou une combinaison des deux (voir le chapitre "Construction sur le chantier"). L'acheteur peut également passer uniquement un ou plusieurs contrats de travaux.

2. Quelle que soit la formule retenue, l'acheteur participera dans une certaine mesure à la construction. Il devra fournir au minimum un chantier ainsi que l'électricité et l'eau nécessaires aux travaux et il est en général tenu d'obtenir tous les permis et autorisations exigés par la législation applicable dans le pays où les installations doivent être construites (voir les chapitres "Construction sur le chantier" et "Législation applicable").

3. Pour le choix de la formule contractuelle, il convient de prendre en considération un certain nombre de facteurs comme par exemple la façon dont les techniques destinées à être utilisées dans les installations ou les plans de l'ouvrage doivent être obtenus et la façon dont les travaux de construction doivent être coordonnés. Ces facteurs sont examinés dans le cadre de l'analyse des diverses formules de contrats qui figure plus loin. Avant d'opter pour une formule précise, l'acheteur a également intérêt à étudier la méthode de fixation des prix devant être adoptée dans le cadre du contrat. En effet, certaines de ces méthodes peuvent ne pas être adaptées à certaines formules contractuelles (voir le chapitre "Prix"). En outre, les institutions qui financent les travaux peuvent imposer l'emploi de certaines formules contractuelles afin de réduire leurs risques. En outre, les parties devraient prendre en considération les charges fiscales correspondant aux différentes formules. Dans certains pays, les bénéfices que l'entrepreneur réalise dans le cadre d'un contrat clefs en main peuvent être soumis à un taux d'imposition différent de celui qui est applicable dans le cas d'un contrat comportant des obligations moindres (par exemple, si un contrat clefs en main est considéré comme une vente d'installations, les bénéfices peuvent être imposés en conséquence). En général, l'entrepreneur répercute les impôts à sa charge sur le prix qu'il demande.

4. A l'heure actuelle, il n'existe pas apparemment de terminologie uniforme permettant de désigner les diverses formes de contrats de travaux internationaux. Dans l'exposé qui suit, on décrit les principales caractéristiques des formules contractuelles les plus importantes. Les parties pourront toutefois juger utile de s'en écarter dans certains cas ou de combiner plusieurs d'entre elles.

B. *Contrat clefs en main*

5. Dans le cadre de cette formule, un entrepreneur unique se charge de construire l'ensemble des installations; ses obligations couvrent normalement la conception desdites installations, la fourniture des équipements et des matériaux qui doivent y être incorporés, les travaux de génie civil, la construction des bâtiments et la mise en place des équipements. L'entrepreneur a l'obligation d'achever la construction des installations pour une date précise, et ces installations doivent être conformes au contrat (par exemple, elles doivent permettre de produire des marchandises dont la qualité et la quantité sont stipulées dans le contrat). L'entrepreneur est responsable si les installations ne sont pas achevées en temps utile ou ne sont pas conformes au contrat, même si la défaillance est imputable à des retards ou à des défauts d'exécution de ses sous-traitants ou de ses fournisseurs (voir les chapitres "Défaut d'exécution" et "Exonérations").

6. Si l'entrepreneur auquel le contrat clefs en main a été adjugé ne possède pas le procédé technique devant être utilisé dans les installations, il devrait être tenu de se le procurer auprès d'un fournisseur et assumer la responsabilité de son bon fonctionnement dans les mêmes conditions que si ce procédé était le sien. S'il s'agit d'un procédé extrêmement complexe, il peut être nécessaire de passer un contrat clefs en main avec le fournisseur de technologie, étant donné que seul ce dernier peut posséder les connaissances nécessaires pour concevoir et construire les installations voulues pour exploiter ce procédé.

7. Pour l'acquéreur, le principal avantage que présente la formule du contrat clefs en main tient au fait qu'une seule entité est responsable au cas où les installations ne sont pas achevées en temps utile ou ne fonctionnent pas d'une manière conforme au contrat. Cette formule peut être particulièrement utile dans les pays en développement qui ne font que commencer à s'industrialiser et dont les capacités techniques locales sont limitées et où il importe donc en conséquence de confier la responsabilité de tous les aspects de la construction à un seul entrepreneur disposant de l'expérience nécessaire dans le domaine pertinent.

8. S'il est procédé à un appel d'offres pour la construction des installations sur la base d'un contrat clefs en main, l'acheteur tirera parti du jeu de la concurrence au niveau de la conception, car cette dernière sera en général différente pour chaque offre. Dans le cadre de la formule du contrat global (voir par. 12 et 13 plus loin) ou des contrats séparés (voir par. 16 à 21 plus loin), un spécialiste est en général chargé de concevoir un projet unique qui sert de base pour lancer un appel d'offres en vue de la construction des installations. Si la conception des installations est confiée à un entrepreneur "clefs en main" qui sera lui-même chargé de les fabriquer et de les installer conformément à ses plans, on a toutes les chances d'obtenir des installations économiques et efficaces car l'entrepreneur tiendra compte dans ses plans des économies qu'il peut réaliser au stade de la fabrication ou de la construction ainsi que des techniques de construction à sa disposition. En outre, il n'aura pas intérêt à "voir trop grand" car cela aurait pour effet de rendre son offre peu compétitive.

9. La formule du contrat clefs en main peut présenter certains inconvénients. Par exemple, l'acquéreur peut

éprouver des difficultés à évaluer et à comparer différentes offres, étant donné que chacune d'entre elles est basée sur des conceptions différentes et sur différentes combinaisons d'éléments et de méthodes de construction. En outre, les décisions que prennent les entrepreneurs en ce qui concerne la conception, les méthodes de construction et le choix des sous-traitants peuvent être dictées davantage par leur désir d'offrir des prix intéressants que par des considérations telles que la durabilité, la fiabilité et la facilité d'entretien des installations.

10. En outre, si l'on adopte la formule du contrat clefs en main, le coût total des installations, pour un projet de même ampleur, peut être plus élevé que si l'on a recours à la formule des contrats séparés (voir plus loin, par. 16 à 21) ou à la formule du contrat semi-clefs en main (voir plus loin, par. 22 à 25). Dans le cas du contrat clefs en main, l'entrepreneur assume des risques plus importants étant donné qu'il est tenu de réaliser l'ensemble des travaux et de coordonner le processus de construction. L'entrepreneur voudra s'assurer contre ces risques ou se ménager des réserves financières pour y faire face, et le coût de ces mesures pourra être répercuté sur le prix. Toutefois, lorsque l'on fait appel à la formule des contrats séparés ou à celle des contrats semi-clefs en main, l'ampleur des travaux entrepris par chaque entrepreneur est plus restreinte et les risques liés à la coordination du processus de construction sont assumés intégralement (dans le cas de la formule des contrats séparés) ou partiellement (dans le cas de la formule des contrats semi-clefs en main) par l'acquéreur. En outre, les entrepreneurs "clefs en main" répercutent en général sur les prix qu'ils indiquent le coût des offres de construction d'installations clefs en main qu'ils préparent et qu'ils présentent pour d'autres projets mais qui ne sont pas acceptées.

11. Pour construire des installations dans certains pays, on peut être obligé de faire appel à des entrepreneurs locaux pour réaliser les travaux de génie civil ou fournir certains types d'équipements ou de services nécessaires. En outre, les acquéreurs des pays en développement peuvent insister pour que l'on fasse appel à des entreprises locales en tant que sous-traitants ou fournisseurs, afin de développer les capacités technologiques de ces entreprises et de réaliser des économies de devises. Toutefois, étant donné l'ampleur des obligations qu'il assume, l'entrepreneur "clefs en main" a le droit d'insister pour faire appel à des sous-traitants de son choix auxquels il peut faire confiance. En pareil cas, il peut s'avérer impossible de conclure un contrat "clefs en main".

C. *Formule du contrat global*

12. Cette expression est souvent utilisée pour désigner un contrat en vertu duquel un entrepreneur unique s'engage à construire l'ensemble des installations conformément aux plans fournis par l'acheteur. Le procédé technologique devant être utilisé dans les installations est également fourni par l'acheteur. A la différence de la formule du contrat clefs en main, l'entrepreneur n'est pas responsable si les installations ne sont pas conformes au contrat du fait soit d'un procédé technologique défectueux, soit d'un défaut de conception. Il n'est responsable que si la construction n'est pas achevée en temps utile ou n'est pas conforme aux plans.

13. Pour l'acquéreur, le principal avantage de cette formule tient au fait que, comme dans le cas du contrat clefs en main, un entrepreneur unique assume l'obligation de construire l'ensemble des installations et de coordonner le processus de construction. Toutefois, elle présente l'avantage supplémentaire de permettre de comparer plus facilement les offres faites par les entrepreneurs, étant donné que celles-ci sont basées sur la même conception (voir plus haut, par. 9). En outre, à la différence de la formule du contrat clefs en main, le spécialiste chargé de la conception ne sera pas tenté, afin d'obtenir un prix intéressant, de sacrifier les considérations de durabilité, de fiabilité et de facilité d'entretien des installations. Celui-ci étant en mesure de vérifier effectivement si les installations sont construites en conformité avec les plans, il pourra être recruté par l'acquéreur pour superviser les travaux de construction.

D. *Formule du contrat produit en main*

14. Dans le cadre de cette formule, l'entrepreneur est responsable de la construction de l'ensemble des installations et de la coordination des travaux, tout comme dans le cadre d'un contrat clefs en main. En outre, il est tenu de démontrer pendant une période d'essais spécifiée dans le contrat qu'il est possible de faire fonctionner les installations et d'atteindre les objectifs de production convenus avec le personnel de l'acquéreur, en utilisant les mêmes matières premières et autres apports que ce dernier utiliserait. Le contrat produit en main confère donc des obligations très vastes à l'entrepreneur et notamment celle de former le personnel de l'acquéreur ainsi que de faire fonctionner et de gérer les installations au cours de la période d'essai convenue. La réception des installations par l'acquéreur (voir le chapitre "Achèvement, réception et prise en charge") n'intervient que si l'entrepreneur s'acquitte de façon satisfaisante de ces obligations. Toutefois, cette formule est assez peu utilisée dans la pratique.

15. En général, la formule du contrat produit en main présente tous les avantages et les inconvénients du contrat clefs en main. Etant donné que l'entrepreneur doit donner la preuve que le personnel de l'acheteur peut faire fonctionner et gérer les installations, cette formule présente l'avantage supplémentaire de favoriser un transfert réel de compétences techniques et administratives. Toutefois, comme les obligations et les risques assumés par l'entrepreneur sont plus importants que dans le cas d'un contrat clefs en main, le recours à cette formule peut entraîner des coûts beaucoup plus importants. Elle peut avoir également pour inconvénient de limiter la marge de manœuvre de l'acheteur pour ce qui est du choix du personnel chargé de faire fonctionner les installations car l'entrepreneur peut insister pour choisir lui-même le personnel dont la formation relève de sa responsabilité.

E. *Formule des contrats séparés*

16. Dans le cadre de cette formule, l'acheteur conclut un ou plusieurs contrats de travaux et peut en outre passer un ou plusieurs contrats de portée limitée (voir plus haut, par. 1). Chaque entrepreneur avec lequel un contrat de travaux est passé n'est responsable que des équipements, des matériaux et des services qu'il fournit ainsi que des techniques qu'il transfère. La construction de l'ensemble des installations étant répartie entre plusieurs contrats, l'acquéreur doit assurer la coordination de ces contrats, tant pour ce qui est de leur champ d'application que de leur exécution et doit assumer les risques de vices ou de retards de construction résultant de son inaptitude à assurer cette coordination.

17. La manière dont la construction de l'ouvrage doit être répartie entre les divers entrepreneurs dépendra de sa nature et de ses dimensions ainsi que de considérations financières. Le nombre d'entrepreneurs auxquels il faudra faire appel sera d'autant plus faible et il sera d'autant plus facile à l'acquéreur de coordonner le contenu et l'exécution des contrats de construction qui leur seront confiés que l'ouvrage sera petit. Les risques liés à la coordination augmentent lorsqu'un nombre important d'entrepreneurs ou d'autres personnes participent à la construction.

18. Outre que cela peut se traduire par des coûts plus faibles (voir plus haut, par. 10), le recours à la formule des contrats séparés présente, du point de vue de l'acquéreur, l'avantage non négligeable de permettre à ce dernier de garder le contrôle des opérations de construction et des personnes qui y participent. En particulier, il lui est plus facile de modifier l'ampleur de l'ouvrage et la méthode de construction que lorsque toutes les obligations en matière de construction sont réunies dans un contrat unique. En outre, les acheteurs des pays en développement peuvent charger des entrepreneurs locaux de construire certaines parties des installations sous la supervision d'entrepreneurs étrangers expérimentés employés pour une autre partie de la construction. Cette méthode peut permettre d'économiser des devises et de faciliter le transfert de compétences techniques et administratives à des entreprises du pays de l'acquéreur. En pareil cas, les responsabilités respectives des entrepreneurs locaux et de l'entrepreneur étranger devraient être clairement énoncées dans les contrats conclus par l'acquéreur afin d'éviter l'apparition de différends et de difficultés au cours du processus de construction.

19. Si les installations ne fonctionnent pas, l'acquéreur doit découvrir, afin d'obtenir réparation, quel entrepreneur est responsable du défaut de fonctionnement. Etant donné que les travaux qui sont confiés à plusieurs entrepreneurs sont parfois complexes et interdépendants, cela peut s'avérer difficile dans certains cas. En outre, si le défaut d'exécution imputable à un entrepreneur a des répercussions sur les travaux des autres, l'acquéreur peut être obligé d'indemniser ces derniers des pertes qu'ils ont subies, à condition que ceux-ci se soient acquittés de leurs obligations contractuelles ou aient été prêts à le faire. En pareil cas, l'acheteur peut avoir droit au versement de dommages-intérêts libératoires, de pénalités ou d'une indemnité de la part de l'entrepreneur responsable du défaut d'exécution. Toutefois, la possibilité pour l'acheteur de se retourner contre l'entrepreneur pour récupérer les indemnités qu'il a versées à d'autres entrepreneurs peut être limitée par le contrat ou la législation applicable. En conséquence, l'acheteur risque d'avoir à prendre en charge une partie du préjudice qui lui a été occasionné par l'entrepreneur responsable du défaut d'exécution.

20. L'acquéreur aura également intérêt à tenir compte du fait que si les plans des équipements doivent être fournis par une personne autre que l'entrepreneur qui sera chargé de fournir et d'installer ces équipements, il pourra lui être difficile, s'il s'avère que les installations ne peuvent pas fonctionner comme le prévoit le contrat, de prouver que cela est dû à un défaut de conception ou à un défaut inhérent aux équipements ou à leur installation. On peut atténuer ce problème en stipulant dans le contrat que l'entrepreneur est tenu de signaler à l'acquéreur les défauts de conception qu'il peut raisonnablement déceler.

21. L'acquéreur peut réduire les risques liés à la coordination du contenu et de l'exécution des contrats séparés en faisant appel, pour assurer cette coordination, à une tierce personne spécialisée en la matière comme par exemple un directeur de travaux ou un ingénieur-conseil. Les responsabilités de cette tierce personne peuvent notamment englober la planification, les appels d'offres, la coordination des activités sur le chantier et le contrôle du processus de construction. Elle peut également se voir confier la responsabilité de négocier et de conclure, au nom de l'acquéreur, des contrats séparés avec des entrepreneurs pour effectuer diverses parties des travaux de construction. Dans ce dernier cas, elle devrait être responsable en cas de négligence dans le choix des entrepreneurs, mais non en cas de défaut d'exécution de ces derniers.

F. *Formule du contrat semi-clefs en main*

22. Dans le cadre d'un tel contrat, l'entrepreneur fournit les plans des installations, s'engage à réaliser une partie importante des travaux de construction et fournit les équipements de base nécessaires à l'exploitation du procédé technique. L'entrepreneur peut également déterminer l'ampleur et la qualité des travaux de construction qui doivent être effectués par d'autres entrepreneurs au titre de contrats individuels conclus entre ces derniers et l'acquéreur. L'acquéreur peut également effectuer lui-même une partie des travaux.

23. L'entrepreneur "semi-clefs en main" assume également certaines responsabilités limitées pour ce qui est de la coordination du processus de construction. En général, il détermine, en accord avec l'acquéreur, l'ampleur des travaux devant être effectués par chaque entrepreneur auquel l'acheteur fait appel, il établit le cahier des charges pour ces travaux et il fixe un calendrier pour leur réalisation. Il peut également contrôler les travaux effectués par les autres entrepreneurs et

signaler à l'acquéreur les défauts ou les retards de construction qu'il peut raisonnablement déceler.

24. L'avantage de cette formule est que l'entrepreneur "semi-clefs en main" a la responsabilité de remettre à l'acquéreur à une date convenue des installations achevées conformes au contrat, sauf si les travaux confiés à d'autres entrepreneurs n'ont pas été effectués en conformité avec les plans qu'il a fournis ou avec le cahier des charges et le calendrier qu'il a établis en accord avec l'acheteur.

25. Comme la formule du contrat clefs en main, la formule du contrat semi-clefs en main présente l'avantage qu'une seule personne est chargée de la conception des installations et de la fourniture des équipements de base nécessaires à l'exploitation du procédé technique, ce qui permet de réaliser des économies au stade de la fabrication et de la construction. Toutefois, comme dans le cas du contrat clefs en main, le fait que les offres qui sont présentées en vue de l'adjudication d'un contrat semi-clefs en main sont basées sur des plans propres à chaque entrepreneur peut rendre les comparaisons plus difficiles (voir par. 9 plus haut). Le fait que l'acquéreur a toute latitude pour le choix des entrepreneurs qui seront chargés de construire les parties des installations qui ne seront pas réalisées par l'entrepreneur "semi-clefs en main" est un autre avantage qu'offre cette formule. Toutefois, pour un ouvrage de même importance, les coûts peuvent être plus élevés que dans le cas de la formule des contrats séparés, étant donné que, dans le cas de cette dernière, les risques liés à la coordination sont entièrement supportés par l'acquéreur.

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.9]

Achèvement, prise en charge et réception

Résumé

Le contrat devrait indiquer clairement le moment auquel l'achèvement, la prise en charge et la réception se produisent et préciser quels en sont les effets juridiques. D'une manière générale, le contrat peut 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, et que cette fourniture a été prouvée grâce à des essais satisfaisants d'achèvement des travaux mécaniques. Le contrat peut prévoir que la prise en charge se produit quand l'acheteur prend matériellement possession soit de l'installation à l'achèvement de la construction, soit de l'ouvrage avant l'achèvement de la construction. La réception peut se produire si l'acheteur indique qu'il approuve la construction. Toutefois, cette approbation peut être censée avoir été donnée dans des circonstances particulières (par. 1).

Un certain nombre de facteurs et, notamment, le type de contrat choisi par l'acheteur, déterminent si l'achèvement, la prise en charge et la réception doivent tous avoir lieu, et dans quel ordre (par. 2 et 3).

Quand l'entrepreneur estime la construction achevée, il devrait être tenu de le notifier à l'acheteur et de le prouver grâce à des essais satisfaisants d'achèvement des travaux mécaniques. Il est souhaitable que le contrat énonce les procédures à suivre pour la réalisation de ces essais. La construction peut être considérée comme achevée même si les essais d'achèvement des travaux mécaniques révèlent que certains articles d'importance mineure n'ont pas été fournis (par. 4 à 11).

Les résultats des essais d'achèvement des travaux mécaniques devraient être notés dans un procès-verbal signé par les deux parties. Toutefois, si l'acheteur n'assiste pas à ces essais, un procès-verbal peut être signé par l'entrepreneur et communiqué rapidement à l'acheteur (par. 12). Le contrat devrait indiquer le moment auquel la construction peut être considérée comme ayant été achevée (par. 13).

L'acheteur prend généralement l'installation en charge à l'achèvement de la construction. La prise en charge est généralement suivie d'une période de rodage de l'installation. Toutefois, dans certains cas, l'installation peut être prise en charge par l'acheteur après la réception. Si le contrat prévoit une période de rodage, il devrait aussi prévoir la répartition des dépenses entraînées par le fonctionnement de l'installation au cours de cette période (par. 14 à 16).

Dans certains cas, l'ouvrage peut être pris en charge avant l'achèvement de la construction, par exemple lorsque le contrat est résilié par l'acheteur en raison d'un manquement de l'entrepreneur aux obligations prévues par le contrat ou lorsque l'acheteur choisit comme recours en cas de défaut d'exécution de faire achever la construction par un nouvel entrepreneur aux frais et aux risques de l'entrepreneur (par. 17 et 18).

Dans tous les cas de prise en charge, il peut être souhaitable que le contrat exige un protocole (par. 19). Le contrat devrait stipuler les conséquences juridiques de la prise en charge (par. 20).

La réception de la construction par l'acheteur indique normalement la fin de la construction. Le contrat doit prévoir les conditions dans lesquelles la réception doit avoir lieu (par. 21 et 22).

Le contrat devrait indiquer le calendrier des essais de bon fonctionnement et les procédures à suivre pour la conduite de ces essais (par. 24 à 31).

Le contrat devrait stipuler clairement à quel moment la réception a lieu ainsi que les effets juridiques de celle-ci (par. 32 à 34; voir aussi par. 23). Il peut être souhaitable que le contrat exige un protocole de réception signé par les deux parties, par lequel la réception de la construction par l'acheteur serait confirmée (par. 35 et 36).

* * *

A. *Remarques générales*

1. Le contrat devrait indiquer clairement le moment auquel l'achèvement, la prise en charge et la réception

se produisent et préciser quels en sont les effets juridiques. D'une manière générale, le contrat peut 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 et que cette fourniture a été prouvée grâce à des essais satisfaisants d'achèvement des travaux mécaniques. Le contrat peut prévoir que la prise en charge se produit quand l'acheteur prend matériellement possession, soit de l'installation à l'achèvement de la construction, soit de l'ouvrage avant l'achèvement de celle-ci (par exemple, à résiliation du contrat). Le contrat peut prévoir que la réception se produit si l'acheteur indique qu'il approuve la construction. Toutefois, cette approbation peut être censée avoir été donnée dans des circonstances particulières.

2. Un certain nombre de facteurs et notamment le type de contrat choisi déterminent si l'achèvement, la prise en charge et la réception doivent tous avoir lieu et dans quel ordre (voir le chapitre "Choix du type de contrat"). En général, c'est l'achèvement de la construction qui doit avoir lieu d'abord, cet achèvement étant prouvé grâce aux essais d'achèvement des travaux mécaniques. L'acheteur peut avoir choisi un type de contrat dans lequel un seul entrepreneur doit effectuer la totalité de la construction (par exemple un contrat clefs en main ou un contrat global), ou la plus grande portion de la construction (contrat semi-clefs en main). Lorsque c'est le cas, l'acheteur prend généralement en charge l'installation après l'achèvement de la construction et les installations fonctionnent pendant une période de rodage. A la fin de cette période, les essais de bon fonctionnement sont réalisés et, s'ils sont probants, la réception a lieu. Toutefois, dans certains cas, cet ordre ne peut être suivi. La période de rodage peut se dérouler avant la prise en charge, dans les cas où l'entrepreneur est matériellement en possession de l'installation au cours de la période de rodage (ainsi du contrat produit en main où l'entrepreneur se charge de la formation du personnel de l'acheteur à l'exploitation de l'installation). A l'issue de la période de rodage, des essais de bon fonctionnement sont conduits et, s'ils sont satisfaisants, la réception et la prise en charge ont lieu. Dans certains cas, le contrat peut ne pas prévoir de période de rodage; la réception peut alors se produire après des essais satisfaisants de bon fonctionnement qui suivent l'achèvement; dans des cas de ce genre, la prise en charge a lieu après la réception. En outre, dans les cas où le contrat est résilié avant l'achèvement de la construction, seule la prise en charge par l'acheteur peut avoir lieu.

3. Si l'entrepreneur choisit la méthode des contrats séparés, différentes situations peuvent se produire qu'il convient de distinguer. Dans ce type de contrat, l'entrepreneur peut être matériellement en possession de l'ouvrage pendant qu'il effectue la portion de la construction qui lui revient. Lorsque c'est le cas, l'acheteur peut prendre l'ouvrage en charge après l'achèvement de cette portion. Cette prise en charge peut être suivie de la réception si les essais de bon fonctionnement peuvent être effectués pour l'ouvrage et s'ils sont satisfaisants. Toutefois, dans de nombreux cas, il peut n'être possible d'effectuer des essais de bon fonctionnement qu'après l'achèvement de l'ensemble de la construction. Lorsque c'est le cas, la prise en charge peut se produire après l'achèvement de cette portion de la construction, mais les essais de bon fonctionnement et la réception ne se produiront qu'après achèvement de l'ensemble. Dans certains cas de contrats séparés, plusieurs entrepreneurs procèdent simultanément à des travaux de construction sur le chantier et l'acheteur est matériellement en possession de l'usine. Lorsque c'est le cas, aucune prise en charge par l'acheteur ne sera nécessaire et l'achèvement peut être suivi par la réception, au stade qui convient.

B. *Achèvement de la construction*

1. *Preuve de l'achèvement : essais d'achèvement des travaux mécaniques*

4. Quand l'entrepreneur estime la construction achevée, il devrait être tenu de le notifier à l'acheteur et de prouver l'achèvement de la construction grâce à des essais probants d'achèvement des travaux mécaniques. La construction peut être considérée comme achevée même si les essais d'achèvement des travaux mécaniques révèlent que certains articles d'importance mineure (par exemple des articles dont l'absence n'empêche pas l'organisation des essais de bon fonctionnement ni l'exploitation de l'installation) n'ont pas été fournis. L'absence de ces articles peut être considérée non pas comme un retard dans l'achèvement, mais comme les défauts de l'installation (voir le chapitre "Défaut d'exécution").

5. Il est souhaitable que le contrat prévoie les procédures à suivre pour l'organisation des essais d'achèvement des travaux mécaniques. Pour ces essais on retiendra, parmi les procédures ci-après, celles qui conviennent à la construction effectuée : contrôle visuel de l'ouvrage et de ses éléments; vérification et calibrage des instruments; essais de sécurité; essais à vide, fonctionnement mécanique de l'ouvrage et de ses divers éléments; contrôle de la documentation technique que l'entrepreneur est tenu de fournir pour l'exploitation et l'entretien de l'installation (par exemple plans de l'ouvrage achevé, manuels d'instruction et liste des pièces de rechange); et contrôle du stock de pièces de rechange et de matériaux que l'entrepreneur peut avoir à livrer avec l'installation.

6. Le contrat peut obliger l'entrepreneur à effectuer, à la demande de l'acheteur, des essais d'achèvement mécanique supplémentaires ou modifiés par rapport aux essais stipulés dans le contrat. Cependant, si ces essais supplémentaires ou modifiés ne sont pas pratiqués couramment dans l'industrie pour le type d'installation qui a été construit, l'entrepreneur devrait avoir le droit de dégager sa responsabilité en cas de dommages causés à l'installation par ces essais.

7. D'une façon générale, le coût des essais d'achèvement mécanique devrait incomber à l'entrepreneur.

Cependant, l'acheteur peut se charger de fournir certains matériaux et l'énergie nécessaires au fonctionnement de l'ouvrage pendant les essais. Le contrat devrait stipuler quelle partie doit supporter le coût des essais supplémentaires ou modifiés. L'entrepreneur peut être tenu de supporter ce coût si ces essais sont de pratique courante dans l'industrie.

8. Les essais d'achèvement des travaux mécaniques devraient être effectués dans un délai prévu après notification par l'entrepreneur de l'achèvement des travaux. Si les parties ne s'accordent pas sur une date comprise dans ce délai, les essais devraient débuter le dernier jour dudit délai. Dans certains cas, les parties peuvent stipuler dans le contrat que les essais d'achèvement des travaux mécaniques peuvent être effectués pour certaines portions de construction avant même l'achèvement de l'ensemble à édifier au titre du contrat.

9. L'entrepreneur devrait être responsable de la conduite des essais d'achèvement des travaux mécaniques. Ces essais devraient être conduits en présence des deux parties. Si l'acheteur n'y assiste pas, l'entrepreneur devrait avoir le droit de le conduire en son absence. Dans ce cas, il devrait être tenu d'informer rapidement l'acheteur de leurs résultats. Cependant, si l'acheteur ne peut assister aux essais en raison d'un empêchement exonérant (voir le chapitre "Exonérations"), il devrait avoir le droit de demander, dans un délai prévu ou raisonnable suivant l'empêchement exonérant, que les essais soient reportés ou répétés à ses frais.

10. Si les essais satisfaisants d'achèvement des travaux mécaniques ne peuvent pas être effectués à la date prévue dans le contrat pour des raisons imputables à l'entrepreneur et si lesdits essais doivent être prolongés, reportés ou répétés, toutes les dépenses de l'acheteur qu'il n'aurait pas faites si les essais n'avaient pas été prolongés, reportés ou répétés devraient être supportées par l'entrepreneur. Si les essais doivent être prolongés, reportés ou répétés pour des raisons dont aucune des parties n'est responsable, le coût des essais devrait s'imputer comme stipulé au contrat et chaque partie devra supporter les dépenses supplémentaires qu'elle a faites. Si les essais doivent être prolongés, reportés ou répétés pour des raisons imputables à l'acheteur, celui-ci devrait supporter toutes les dépenses de l'entrepreneur que celui-ci n'aurait pas faites si les essais n'avaient pas été prolongés, reportés ou répétés. En outre, le contrat peut prévoir que la construction est censée être achevée si les essais ne peuvent pas être conduits pour des raisons imputables à l'acheteur, à l'expiration d'un délai spécifié qui commence à courir à partir de la date à laquelle il était initialement prévu de commencer les essais.

11. 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 s'il est impossible de les respecter pour des raisons non imputables à l'entrepreneur, les essais devraient être effectués sans respecter ces formalités, à moins que des règlements impératifs en vigueur dans le pays où se trouve le chantier n'en exigent le respect.

2. *Procès-verbal des essais d'achèvement des travaux mécaniques*

12. Les résultats des essais d'achèvement des travaux mécaniques devraient faire l'objet d'un procès-verbal signé par les deux parties, à moins que l'acheteur n'ait pas assisté aux essais. Ce procès-verbal devrait indiquer les résultats des essais d'achèvement des travaux mécaniques et préciser les articles dont l'absence a été décelée et le délai fixé pour leur fourniture. Le procès-verbal devrait indiquer la date à laquelle les essais ont été terminés. Si les essais ne sont pas satisfaisants, le procès-verbal peut indiquer une date à laquelle ils doivent être répétés. Toute divergence concernant les constatations ou l'évaluation des essais devrait être mentionnée dans le procès-verbal. Au cas où il y aurait de telles divergences, le contrat devrait stipuler que l'une ou l'autre partie peut immédiatement charger un expert indépendant de procéder à une évaluation des faits (voir le chapitre "Règlement des litiges"). Si l'acheteur n'assiste pas aux essais, un procès-verbal peut être signé par l'entrepreneur et communiqué rapidement à l'acheteur.

3. *Date de l'achèvement de la construction*

13. Si les résultats des essais d'achèvement des travaux mécaniques sont satisfaisants, la construction peut être considérée comme ayant été achevée à la date proposée par l'entrepreneur pour le commencement des essais, ou encore à la date où ils ont été achevés. Toutefois, 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.

C. *Prise en charge de l'ouvrage*

1. *Prise en charge après l'achèvement de la construction*

14. Habituellement, l'acheteur prend l'installation en charge à l'achèvement de la construction. Les parties peuvent souhaiter prévoir dans le contrat que l'installation doit être prise en charge dans un délai précis après l'exécution d'essais satisfaisants d'achèvement des travaux mécaniques. La prise en charge est généralement suivie d'une période de rodage qui permet d'essayer l'installation et d'arriver à des conditions d'exploitation normales. On peut ensuite procéder aux essais de bon fonctionnement et donc évaluer le fonctionnement de l'installation dans de telles conditions. La période de rodage permet également au personnel de l'acheteur de se familiariser avec les installations. L'entrepreneur devrait être tenu d'assurer la supervision technique pendant la période de rodage.

15. Dans certains cas (par exemple lorsque l'entrepreneur se charge de former le personnel de l'acheteur au fonctionnement de l'installation), l'installation peut rester matériellement en possession de l'entrepreneur pendant la période de rodage et n'être pris en charge par l'acheteur qu'après la réalisation d'essais satisfaisants

de bon fonctionnement et la réception de la construction par l'acheteur. Lorsque c'est le cas, l'entrepreneur peut être tenu d'assurer outre la formation du personnel de l'acheteur, le fonctionnement, la protection et l'entretien de l'installation. Cette dernière peut aussi être prise en charge par l'acheteur après la réception de la construction dans les cas où le contrat ne prévoit pas de période de rodage. Le contrat devrait obliger l'acheteur à prendre en charge les installations à bref délai (à spécifier au contrat) après la réception.

16. Le contrat devrait prévoir l'imputation des coûts liés à l'exploitation des installations au cours de la période de rodage. Elle peut dépendre de la méthode de fixation du prix (voir le chapitre "Prix") utilisée dans le contrat (par exemple, dans un contrat produit en main les coûts de la formation du personnel de l'acheteur au cours de cette période sont supportés par l'entrepreneur). La production des installations devrait revenir à l'acheteur. Le contrat devrait stipuler la durée de la période de rodage et les conditions dans lesquelles elle peut être prolongée.

2. *Prise en charge avant l'achèvement de la construction*

a) *Prise en charge en cas de résiliation du contrat*

17. Lorsque l'acheteur met fin au contrat parce que l'entrepreneur ne s'acquitte pas de ses obligations comme prévu au contrat, ou lorsque le contrat est résilié pour d'autres raisons, par exemple en raison de l'existence d'empêchements exonérants pendant un laps de temps précis (voir le chapitre "Résiliation"), l'acheteur devrait prendre en charge l'ouvrage déjà construit dans la mesure où il peut être utilisé pour achever la construction. La prise en charge devrait être effectuée à bref délai, à préciser au contrat, une fois la résiliation devenue effective. Cependant, dans le cas d'une résiliation du contrat par l'entrepreneur en raison d'un défaut d'exécution de la part de l'acheteur, ce dernier ne devrait pas avoir le droit de prendre en charge l'installation si cette prise en charge est incompatible avec les droits que confère à l'entrepreneur ce défaut d'exécution (par exemple avec ses droits au titre d'une réserve de propriété; voir le chapitre "Transfert de la propriété des biens").

b) *Prise en charge en cas d'achèvement de la construction par un autre aux frais et aux risques de l'entrepreneur*

18. Si le contrat permet à l'acheteur, en cas de défaut d'exécution de la part de l'entrepreneur, de choisir un des recours qui lui sont ouverts, à savoir faire achever la construction par un autre aux frais et aux risques de l'entrepreneur, le contrat devrait prévoir que, dans ce cas, l'acheteur prend en charge l'ouvrage au moment où l'entrepreneur quitte le chantier (voir le chapitre "Défaut d'exécution").

3. *Protocole de prise en charge*

19. Dans tous les cas de prise en charge, il peut être souhaitable que le contrat exige un protocole, signé par les deux parties, qui indiquerait la date de la prise en charge et une description de l'état des installations à ce moment. Toutefois, un protocole séparé peut ne pas être nécessaire si la prise en charge doit avoir lieu immédiatement après la réception de la construction. Lorsque c'est le cas, la prise en charge peut être notée dans un protocole de réception (voir par. 35 et 36 ci-dessous).

4. *Effets juridiques de la prise en charge*

20. Le principal effet juridique de la prise en charge de l'installation par l'acheteur devrait être que le risque de perte ou d'endommagement de l'installation passe de l'entrepreneur à l'acheteur (voir le chapitre "Répartition des risques de perte et de dommages"). En outre, la prise en charge peut donner lieu à l'obligation pour l'acheteur de payer une fraction du prix (voir le chapitre "Prix"). La prise en charge avec le transfert du risque qui s'ensuit peuvent également avoir une incidence sur l'assurance couvrant les installations (voir le chapitre "Assurance"). La date de la prise en charge peut également servir à la fixation du début de la période de rodage (voir par. 14 ci-dessus).

D. *Réception de la construction*

21. La réception de la construction par l'acheteur indique normalement la fin de la construction. La réception peut avoir lieu quand l'acheteur approuve la construction ou si le contrat prévoit que la réception a eu lieu.

22. Avec des contrats séparés, si différentes portions de la construction sont achevées à des moments différents et si ces portions peuvent être essayées (si des essais de bon fonctionnement sont prévus pour ces portions) et utilisés indépendamment, le contrat peut stipuler que chaque portion peut faire l'objet d'une réception séparée. Lorsque c'est le cas, les mêmes règles que celles relatives à la réception de l'ensemble de la construction devraient s'appliquer. Toutefois, dans certains cas, il peut se révéler impossible d'essayer ou de faire fonctionner les équipements fournis et installés par l'un des entrepreneurs avant l'achèvement de l'ensemble. Lorsque c'est le cas, la conduite des essais de bon fonctionnement et la réception ne devraient pas avoir lieu avant l'achèvement de l'ensemble.

23. D'une façon générale, il n'est pas souhaitable que le contrat prévoie une réception provisoire (c'est-à-dire une réception à certaines conditions, telles que l'élimination par l'entrepreneur des défauts découverts au cours des essais de bon fonctionnement). La prise en charge pourrait aboutir aux mêmes résultats que ceux recherchés par la réception provisoire. Cette dernière pourrait avoir des conséquences indésirables, telles que la cessation d'une garantie de bonne exécution ou la résolution d'une police d'assurance devant expirer à la réception. Si les parties préfèrent prévoir une réception provisoire, le contrat doit stipuler les situations dans lesquelles elle peut avoir lieu et quels seront ses effets.

Le contrat devrait en particulier préciser si les effets juridiques de la réception (voir par. 34 ci-dessous) doivent être différés jusqu'au moment où est remplie la condition ayant donné son caractère provisoire à la réception.

1. *Essais de bon fonctionnement*

24. L'objet des essais de bon fonctionnement est de démontrer que l'installation satisfait aux normes de fonctionnement spécifiées dans le contrat. Ces normes peuvent porter non seulement sur la production et sa qualité, mais également sur un certain nombre d'autres paramètres, tels que la consommation d'énergie et de matières premières ou d'autres matériaux. Ces essais peuvent également avoir pour objet de démontrer le fonctionnement de l'installation dans diverses conditions.

25. L'entrepreneur devrait être tenu d'effectuer à ses frais les essais de bon fonctionnement. Cependant, l'acheteur peut se charger de fournir certains matériaux et l'énergie nécessaires au fonctionnement de l'installation au cours des essais. Le contrat devrait spécifier que les essais de bon fonctionnement doivent commencer à l'issue de la période de rodage, si elle a lieu. Si aucune période de rodage n'est prévue, le contrat devrait spécifier un délai suivant la réalisation satisfaisante des essais d'achèvement des travaux mécaniques dans lequel les essais de bon fonctionnement devraient commencer. Le contrat devrait prévoir que si les parties ne peuvent s'entendre sur une date comprise dans ce délai, les essais devraient commencer le dernier jour dudit délai.

26. Le contrat devrait spécifier les procédures à suivre pour les essais de bon fonctionnement. Il devrait indiquer la durée des essais, les critères de fonctionnement, les méthodes de mesure et d'analyse, les tolérances et le nombre de fois qu'un essai non satisfaisant doit être répété. Les essais de bon fonctionnement devraient être considérés comme satisfaisants si les normes de fonctionnement spécifiées dans le contrat sont satisfaisantes avec les tolérances permises.

27. Il n'est pas rare que, du fait de modifications durant la construction de l'installation et de différences concernant les matières premières, les matériaux et l'énergie et les paramètres relatifs au fonctionnement de l'ouvrage tel que finalement construit diffèrent de ceux spécifiés à l'origine. Par exemple, durant la construction de l'usine, l'acheteur peut décider de choisir une source différente de matières premières ou produits de base, ou encore ses propres matières premières ou produits de base peuvent avoir des caractéristiques différentes de celles envisagées à l'origine. Ces variations ont des incidences sur le fonctionnement et la production de l'installation et les procédures relatives aux essais devraient, dans la mesure du possible, prévoir des ajustements appropriés à ce titre.

28. Les essais de bon fonctionnement devraient être réalisés en présence des deux parties. Si l'acheteur n'y assiste pas, l'entrepreneur peut avoir le droit de les effectuer en son absence. En ce cas, l'entrepreneur devrait être tenu d'informer rapidement l'acheteur de leurs résultats. Toutefois, si l'acheteur ne peut assister aux tests en raison d'un empêchement exonérant (voir le chapitre "Exonérations"), il devrait avoir le droit de demander, dans un délai spécifié ou raisonnable, suivant l'empêchement exonératoire, que les essais soient reportés ou répétés à ses frais.

29. Si des essais de bon fonctionnement probants ne peuvent pas être effectués au moment prévu dans le contrat pour des raisons imputables à l'entrepreneur et doivent être prolongés, reportés ou répétés, toutes les dépenses de l'acheteur qu'il n'aurait pas faites si les essais n'avaient pas été prolongés, reportés ou répétés devraient être supportées par l'entrepreneur. Si les essais de bon fonctionnement doivent être prolongés, reportés ou répétés pour des raisons dont aucune des parties n'est responsable, le coût des essais devrait s'imputer comme il est prévu dans le contrat et chaque partie devrait prendre en charge les dépenses supplémentaires qu'elle a faites. Si les essais de bon fonctionnement doivent être prolongés, reportés ou répétés pour des raisons imputables à l'acheteur, ce dernier devrait supporter toutes les dépenses de l'entrepreneur que ce dernier n'aurait pas faites si les essais n'avaient pas été prolongés, reportés ou répétés.

30. Si certaines formalités (par exemple, la participation d'un organe d'inspection) sont nécessaires à la conduite des essais de bon fonctionnement et ne peuvent pas être respectées pour des raisons dont l'entrepreneur n'est pas responsable, les essais devraient être effectués sans les respecter, à moins que des règlements impératifs en vigueur dans le pays où se trouve le chantier n'en exigent le respect.

2. *Procès-verbal des essais de bon fonctionnement*

31. Les procédures, constatations et résultats des essais devraient normalement être notés et évalués et faire l'objet d'un procès-verbal. Le procès-verbal devrait être signé par les deux parties, à moins que l'acheteur n'ait pas assisté aux essais. Il devrait indiquer la date à laquelle les essais ont été effectués. S'ils ne sont pas satisfaisants, le procès-verbal peut indiquer une date à laquelle ils doivent être répétés. Toute divergence concernant les constatations ou l'évaluation des essais devrait y être mentionnée. Au cas où il y aurait de telles divergences, le contrat devrait stipuler que l'une ou l'autre partie peut immédiatement charger un expert indépendant de procéder à une évaluation des faits (voir le chapitre "Règlement des litiges"). Si l'acheteur n'assiste pas aux essais, un procès-verbal peut être signé par l'entrepreneur et communiqué rapidement à l'acheteur. Au lieu d'établir un procès-verbal des essais de bon fonctionnement, les parties peuvent toutefois, dans certains cas, faire figurer les résultats de ces essais dans un protocole de réception (voir par. 35 et 36 ci-dessous).

3. *Date de la réception*

32. Comme la réception de l'installation a des effets juridiques importants, le contrat devrait énoncer clai-

rement le moment où elle a lieu. Si un protocole de réception est signé par les deux parties, la date de la réception devrait être celle indiquée dans le protocole. Si aucune date n'y est indiquée, la date a laquelle ce dernier a été signé par les deux parties peut être considérée comme la date de la réception. Si aucun protocole n'a été signé par les parties (parce que l'acheteur n'a pas assisté aux essais de bon fonctionnement ou en raison d'un litige entre les parties sur leur caractère satisfaisant), la date à laquelle ces essais ont été terminés de façon satisfaisante devrait être considérée comme la date de réception.

33. Si les essais de bon fonctionnement ne peuvent pas être effectués à la date prévue pour des raisons imputables à l'acheteur et si cette impossibilité dure pendant une période de temps à spécifier dans le contrat, la réception peut être considérée comme ayant lieu à la date à laquelle une notification à cet effet a été faite par l'entrepreneur à l'acheteur, à condition que cette notification ait été effectuée à l'expiration de cette période. Si les essais de bon fonctionnement ne peuvent pas être effectués à la date prévue pour des raisons dont aucune des parties n'est responsable et si cette impossibilité dure pendant une période de temps à spécifier dans le contrat, ce dernier peut prévoir que l'installation devra être mise en route et si elle a fonctionné de façon satisfaisante pendant la période prévue pour les essais de bon fonctionnement, la réception a lieu à l'expiration de cette période à condition que les normes de fonctionnement satisfaites au cours de cette période correspondent à celles qui étaient exigées par le contrat. Dans les cas où des essais de bon fonctionnement ne sont pas exigés par le contrat et où l'acheteur n'approuve pas la construction dans un délai spécifié, la réception peut être considérée comme ayant lieu à la date à laquelle l'achèvement de la construction est prouvé, à moins que des défauts graves découverts dans l'installation donnent à l'acheteur le droit de refuser de la recevoir (voir le chapitre "Défaut d'exécution").

4. *Effets juridiques de la réception*

34. Le contrat devrait énoncer clairement les effets juridiques de la réception. La période de garantie de qualité de l'installation devrait généralement commencer à courir au moment de la réception. Cela peut également s'appliquer à la garantie de qualité pour une portion de la construction (par exemple, une centrale électrique) si cette portion doit être mise en fonctionnement par l'acheteur avant même l'achèvement de l'ensemble. Cependant, si une portion des installations dont la réception a déjà été faite ne doit pas être mise en service avant l'achèvement de l'ensemble, la période de garantie devrait commencer à courir au moment de la réception de l'ensemble. Dans certains cas, l'entrepreneur peut être tenu d'assurer l'ouvrage contre le risque de perte ou d'endommagement au cours de la construction, et les installations à partir de la date d'achèvement de la construction jusqu'au moment où la réception a été faite par l'acheteur. L'acheteur peut être tenu de payer une portion du prix dans un délai spécifié après la réception (voir le chapitre "Prix"). L'acheteur peut être tenu de prendre l'ouvrage en charge après la réception, s'il ne l'a déjà fait.

5. *Protocole de réception*

35. Il peut être souhaitable que le contrat exige un protocole de réception, signé par les deux parties, par lequel la réception de la construction 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 sa date. En outre, grâce au protocole, l'acheteur pourrait indiquer qu'il a accepté de recevoir la construction, dans le cas où la réception ne se produirait pas autrement.

36. Le protocole de réception devrait désigner la construction qui a fait l'objet d'une réception par l'acheteur et indiquer la date de réception. Normalement, celle-ci devrait être la date à laquelle les essais de bon fonctionnement ont été couronnés de succès. Le protocole peut évaluer les résultats des essais de bon fonctionnement s'ils ne l'ont pas déjà été dans le procès-verbal de ces essais (voir par. 31 ci-dessus). Lorsque l'acheteur a accepté de recevoir les installations malgré certains défauts, le protocole peut contenir une liste de ces défauts, par exemple une liste des articles dont l'absence a été découverte au cours des essais d'achèvement des travaux mécaniques (à moins qu'ils n'aient été fournis avant la réception) (voir par. 4 ci-dessus), ainsi que les défauts découverts au cours des essais de bon fonctionnement. En outre, il peut être souhaitable que ce protocole comprenne un calendrier pour la fourniture des articles manquants et pour l'élimination des défauts, à moins que les parties n'aient convenu d'une autre solution, par exemple d'une réduction du prix. Si un litige oppose les parties sur certains points, tels que les délais dans lesquels il doit être remédié aux défauts décelés, le protocole devrait refléter les vues des deux parties et ces litiges devraient être réglés selon une procédure appropriée (voir le chapitre "Règlement des litiges"). Le protocole peut aussi indiquer les mesures que les parties devraient prendre en liaison avec la réception, par exemple une cession de droits tenus en vertu d'une police d'assurance.

[A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.10]

Procédure de conclusion du contrat

Résumé

Il existe en pratique deux méthodes de base pour conclure un contrat pour la construction d'installations industrielles. Dans le cadre de la première méthode, l'acheteur lance un appel d'offres aux entreprises pour la construction des installations industrielles et le contrat est conclu sur la base de la soumission retenue par l'acheteur dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres formelle. Les participants à de telles procédures (à savoir l'acheteur et les soumissionnaires) ont certai-

nes obligations et responsabilités juridiques. Dans le cadre de la deuxième méthode, l'acheteur négocie le contrat dans sa totalité avec des entreprises qu'il a choisies sans appel d'offres préalable. Les participants aux procédures de négociation échappent à un grand nombre des obligations et responsabilités auxquelles les participants aux procédures d'appel d'offres sont soumis. En ce qui concerne les appels d'offres, l'acheteur peut choisir soit le système de l'appel d'offres ouvert, dans le cadre duquel toutes les entreprises intéressées sont invitées à soumissionner pour la construction des installations industrielles, soit le système de l'appel d'offres restreint, dans le cadre duquel seules certaines entreprises sont invitées à soumissionner (par. 1 à 8).

Dans le cadre d'une variante du système de l'appel d'offres ouvert, seules sont admises à soumissionner les entreprises qui ont été préqualifiées par l'acheteur à l'issue d'une procédure de préqualification, aux fins de laquelle l'acheteur doit publier dans la presse internationale un appel de candidatures en vue de la préqualification. Les entreprises se portant candidates pour la préqualification peuvent être requises de remplir un questionnaire destiné à fournir à l'acheteur tous renseignements pertinents. Les réponses à ce questionnaire doivent être évaluées par l'acheteur en fonction des critères de préqualification qu'il a établis. L'acheteur doit, par une notification, informer toutes les entreprises concernées qu'elles ont été préqualifiées et les inviter à remettre des offres, cette notification étant accompagnée d'un jeu complet des documents devant être fournis aux soumissionnaires éventuels (par. 5 et 9 à 13).

Dans le cadre d'un appel d'offres, l'avis d'appel d'offres doit être communiqué aux entreprises dont on sollicite les soumissions. Un appel d'offres ouvert doit être porté à la connaissance des entreprises par la publication d'un avis dans la presse internationale. Dans le cadre d'un appel d'offres restreint, les entreprises choisies par l'acheteur sont invitées à soumissionner par un avis qui leur est adressé individuellement et est accompagné d'un jeu complet des documents devant être fournis aux soumissionnaires éventuels (par. 14 à 16).

Les documents devant être fournis aux soumissionnaires éventuels comprennent normalement, entre autres, les instructions aux soumissionnaires visant à fournir à ceux-ci des renseignements sur la forme, le contenu, la soumission et l'évaluation des offres des projets de formule pour les documents qui doivent être communiqués par le soumissionnaire avec son offre (par exemple la garantie d'offre) et un document contenant les clauses contractuelles. Les instructions doivent spécifier qu'en remettant une offre, un soumissionnaire accepte de se conformer aux stipulations, clauses et conditions énoncées dans lesdites instructions et d'être lié par elles. Le projet de formule d'offre doit également contenir un engagement exprès dans le même sens (par. 17 à 24).

Le plus souvent, l'ouverture des plis contenant les offres est publique, bien qu'elle puisse être privée en raison de circonstances exceptionnelles. Une fois les plis ouverts, les offres sont comparées et évaluées en vue d'identifier l'offre conforme aux stipulations de l'acheteur qui est la plus intéressante pour lui. La procédure d'évaluation comprend normalement plusieurs phases : sélection préliminaire, évaluation détaillée, discussion avec le soumissionnaire dont émane l'offre la plus intéressante, postqualification et choix du soumissionnaire retenu (par. 25 à 34).

S'il utilise la méthode de la négociation, l'acheteur prend contact avec un certain nombre d'entreprises qu'il juge capables de construire les installations industrielles, les informe de ses besoins et les invite à lui remettre des offres. Une documentation décrivant la nature des travaux de construction à effectuer et les normes de qualité à respecter et contenant les clauses qui devront figurer dans le contrat peut être communiquée aux entreprises. La remise et l'évaluation des offres ainsi que la négociation du contrat ne sont soumises à aucune formalité (par. 35 et 36).

Même si la loi applicable n'exige pas, pour la formation du contrat, l'établissement d'un écrit, les parties ont intérêt à consigner leur accord par écrit. Il importe que le contrat désigne les documents écrits constituant le contrat et précise qu'aucun autre document ni aucune déclaration verbale n'en fait partie. Il devrait en outre être spécifié dans le contrat que celui-ci ne peut être modifié ou résilié que par un accord écrit. Dans certains cas, les parties peuvent souhaiter convenir que les obligations contractuelles ne prendront effet qu'à compter de la date à laquelle une condition spécifiée est remplie dans un délai prévu au contrat (par. 37 et 38).

* * *

A. *Remarques générales*

1. Il existe en pratique deux principales méthodes pour la conclusion des contrats de construction d'installations industrielles. Dans le cadre de la première méthode, l'acheteur invite les entreprises à soumettre des offres pour la construction des installations industrielles, et le contrat est conclu sur la base de l'offre retenue par l'acheteur à l'issue d'une procédure d'appel d'offres formelle. Les offres remises par les entreprises sont généralement établies sur la base des clauses contractuelles et spécifications techniques fournies par l'acheteur, bien que certains points de détail puissent être réglés dans le cadre de discussions entre l'acheteur et l'entreprise (voir par. 24 et 32 ci-après). Il découle notamment du caractère formel des procédures d'appel d'offres que les participants à de telles procédures (c'est-à-dire l'acheteur et les soumissionnaires) ont certaines obligations et responsabilités juridiques, par exemple en ce qui concerne la soumission, le retrait et la sélection des offres (voir par. 19 à 22 ci-après). Dans le cadre de la deuxième méthode, l'acheteur négocie le contrat dans son intégralité avec des entreprises qu'il a choisies sans recourir à une procédure d'appel d'offres formelle. Les participants à de telles négociations ont beaucoup moins d'obligations et de responsabilités que les participants aux procédures d'appel d'offres.

2. S'il entend procéder par appel d'offres, l'acheteur peut choisir soit le système de l'appel d'offres ouvert,

dans le cadre duquel toutes les entreprises concernées sont invitées, par la publication d'un avis dans la presse internationale, à soumissionner pour la construction des installations industrielles, soit le système de l'appel d'offres restreint, dans le cadre duquel seules certaines entreprises sont invitées à soumissionner. Il convient de noter que les procédures d'appel d'offres peuvent dans certains pays être réglementées par des dispositions législatives contraignantes, en particulier lorsque l'acheteur est une entité publique.

3. L'un des avantages du système de l'appel d'offres ouvert est qu'il permet de mettre en concurrence un plus grand nombre d'entreprises pour la construction des installations industrielles. Une plus grande concurrence entre les entreprises en ce qui concerne le prix, la conception et autres aspects de la construction des installations est en général profitable à l'acheteur. Néanmoins, même dans le cadre de ce système, il peut exister certaines restrictions quant aux entreprises pouvant participer à l'appel d'offres. Par exemple, certaines institutions financières internationales peuvent exiger que la préférence soit donnée à des entreprises locales ou régionales.

4. L'un des inconvénients du système de l'appel d'offres ouvert est qu'il constitue la plus complexe, la plus formaliste et la plus coûteuse des procédures de conclusion des contrats de construction d'installations industrielles. Cette procédure nécessite l'établissement de documents d'appel d'offres formels, la publication de l'avis d'appel d'offres dans la presse internationale, l'ouverture publique des plis contenant les offres et l'évaluation de toutes les offres soumises, qui peuvent être nombreuses dans le cas de certains projets. Elle nécessite également que l'on respecte strictement les délais fixés et les autres dispositions de procédure. De plus, le système de l'appel d'offres ouvert suscite parfois des offres émanant d'entreprises qui n'ont pas les qualifications requises et soumettent des offres basses dans un but de spéculation. Il incombe alors à l'acheteur de mener une enquête pour éliminer de telles offres. D'autre part, les entreprises qualifiées et réputées sont parfois réticentes à soumettre des offres lorsque toutes les entreprises ont la possibilité de soumissionner.

5. Il existe une variante du système de l'appel d'offres ouvert dans le cadre de laquelle seules les entreprises qui ont été préqualifiées par l'acheteur à l'issue d'une procédure de préqualification peuvent soumissionner (voir par. 9 à 13 ci-après). Dans un tel cas, toutes les entreprises intéressées, dans le monde entier, ont la possibilité d'être préqualifiées, et les entreprises préqualifiées peuvent présenter des offres pour la construction de l'ensemble industriel. Cette technique permet à l'acheteur de limiter la participation à l'appel d'offres aux entreprises ayant les qualifications requises. Elle peut également permettre à l'acheteur d'évaluer l'intérêt que suscite son projet auprès des entreprises, avant d'entamer la procédure d'appel d'offres.

6. Le système de l'appel d'offres restreint permet également, dans une certaine mesure, de mettre les entreprises en concurrence, bien que cette concurrence soit généralement moins forte que lors d'un appel d'offres ouvert étant donné que le nombre des entreprises autorisées à soumissionner est limité. De plus, dans la mesure où l'acheteur a discuté de la nature et de la qualité des installations industrielles dont la construction est envisagée avec les entreprises soumissionnaires éventuelles, les documents devant être fournis aux soumissionnaires éventuels (voir par. 17 ci-après) peuvent être simplifiés par rapport aux documents que l'acheteur doit fournir dans le cadre d'un appel d'offres ouvert. Le système de l'appel d'offres restreint a également l'avantage de limiter l'appel d'offres aux entreprises que l'acheteur juge qualifiées et réputées. Néanmoins, ce système est également soumis à certaines formalités, même si celles-ci sont moins nombreuses qu'en cas d'appel d'offres ouvert. Par exemple, dans le cadre d'un appel d'offres restreint, l'avis d'appel d'offres n'est communiqué qu'aux entreprises que l'acheteur a sélectionnées et il ne fait l'objet d'aucune publicité. Il convient de noter que les institutions financières internationales peuvent dans certains cas interdire le recours au système de l'appel d'offres restreint. Ce système peut être approprié lorsque la technologie devant être incorporée dans les installations industrielles ne peut être fournie, ou lorsque les travaux de construction ne peuvent être effectués que par un nombre limité d'entreprises.

7. La conclusion d'un contrat de construction d'installations industrielles dans le cadre d'une négociation avec les entrepreneurs potentiels échappe aux formalités auxquelles l'appel d'offres est soumis. Aux fins des contrats négociés, l'acheteur n'a pas besoin d'élaborer les documents devant être fournis aux soumissionnaires éventuels (voir par. 17 ci-après), bien qu'il soit généralement à son avantage d'élaborer certains documents pour disposer d'une base de négociation (voir par. 35 ci-après). Néanmoins, dans le cadre de ce système, l'acheteur ne bénéficie pas de la même concurrence entre les entreprises quant au prix, à la conception et aux autres aspects des travaux de construction des installations industrielles que dans le cadre d'un appel d'offres.

8. La conclusion du contrat par des négociations peut être opportune lorsqu'un entrepreneur potentiel a déjà fait ses preuves en construisant des installations industrielles comparables à celles que l'acheteur veut faire construire et lorsqu'il n'y aurait aucun avantage à inviter d'autres entreprises à soumissionner. La méthode de la négociation peut également être appropriée lorsque les équipements ou la technologie devant être incorporés dans les installations industrielles ne peuvent être obtenus qu'auprès d'une seule entreprise ou d'un nombre limité d'entreprises. La négociation peut également être appropriée lorsque les travaux envisagés visent à augmenter la capacité d'installations industrielles existantes ou à les moderniser et doivent donc être exécutés en utilisant les mêmes techniques et compte tenu du matériel déjà en place; dans certains cas, il se peut que l'entrepreneur qui a construit les installations industrielles existantes soit seul capable d'exécuter ces travaux. Dans les cas exceptionnels, la nécessité d'achever rapidement les travaux peut également justifier que l'on

engage un entrepreneur sans recourir à un appel d'offres, car il est généralement plus long de conclure un contrat au moyen d'un appel d'offres que de le conclure de gré à gré.

B. *Appel d'offres*

1. *Préqualification*

9. Dans le système d'appel d'offres ouvert, on recourt quelquefois à la préqualification des entreprises susceptibles de soumissionner (voir par. 5 ci-dessus). La préqualification devrait dépendre de l'aptitude de l'entreprise à construire les installations conformément aux exigences de l'acheteur. Il est à noter à ce sujet que les institutions internationales de financement peuvent interdire à un acheteur de refuser la préqualification à une entreprise pour des raisons étrangères à l'aptitude de l'entreprise à construire les installations. Pour déterminer si une entreprise est à même d'effectuer les travaux, l'acheteur devrait prendre en considération l'expérience de l'entreprise et la qualité de ses prestations antérieures, son aptitude à fournir la technologie, l'équipement, les matériaux et les services nécessaires ainsi que sa condition financière.

10. Le processus de préqualification devrait comporter en premier lieu un appel international de demande de préqualification. Les facteurs à prendre en considération à ce sujet devraient être analogues à ceux dont on doit tenir compte pour l'avis d'appel d'offres (voir par. 15 et 16 ci-dessous). L'appel de demandes de préqualification devrait contenir les renseignements suivants :

Renseignements concernant l'acheteur;

Description sommaire de l'emplacement, de la nature et de la dimension des installations à construire;

Date prévue pour l'achèvement des travaux;

Adresse à laquelle le questionnaire de préqualification (voir par. suivant) peut être obtenu;

Date à laquelle les réponses au questionnaire de préqualification doivent être remises.

11. Pour que l'acheteur puisse décider en connaissance de cause de préqualifier telle ou telle entreprise, il est souhaitable qu'il exige des entreprises demandant à être préqualifiées qu'elles remplissent un questionnaire destiné à obtenir des renseignements pertinents au sujet de l'entreprise. Ce questionnaire, que l'acheteur devrait envoyer aux entreprises demandant la préqualification, devrait notamment demander les renseignements suivants :

Description de l'entreprise, de sa structure et de son organisation, et indication de son expérience en tant qu'entrepreneur;

Etat financier certifié indiquant l'actif et le passif de l'entreprise; son volume d'affaires au cours des cinq années précédentes; sa trésorerie et ses références bancaires;

Effectifs et catégories du personnel de direction et de supervision qui sera employé à la construction des installations ainsi que son expérience dans la construction d'installations industrielles;

Provenance et type des machines et outils principaux qui seront utilisés pour la construction;

Liste des projets de dimension et complexité comparables que l'entreprise a exécutés au cours des cinq années précédentes; identité des acheteurs et ingénieurs-conseils pour ces projets; prix forfaitaire final et coût final de chacun de ces projets; si le prix forfaitaire final d'un projet a été plus élevé que le prix forfaitaire initial, indiquer les motifs; indiquer si chaque projet a été exécuté de façon satisfaisante; renseignements analogues sur la qualité des prestations antérieures des principaux sous-traitants qui seront employés à la construction des installations;

Indiquer si l'entreprise a jamais manqué à exécuter des travaux stipulés dans un contrat auquel elle était partie;

Engagements pris ou prévus quant à d'autres projets;

Nature et montant de l'assurance souscrite.

12. Le questionnaire envoyé aux entreprises devrait être accompagné d'instructions sur la manière de le remplir indiquant notamment la langue à employer pour remplir le questionnaire et la monnaie à utiliser pour la présentation des renseignements financiers.

13. L'acheteur devrait évaluer les réponses des entreprises au questionnaire en fonction de critères de préqualification établis par lui. Lorsqu'une institution internationale de financement finance la construction des installations, ces critères devraient être conformes aux directives ou conditions fixées par l'institution. Après avoir évalué les réponses au questionnaire, l'acheteur devrait aviser les entreprises non retenues qu'elles n'ont pas été préqualifiées; à toutes les entreprises qui ont été préqualifiées, l'acheteur devrait notifier leur préqualification en les invitant à soumettre des offres. L'acheteur devrait, en même temps, envoyer aux entreprises qui ont été préqualifiées un jeu complet des documents destinés aux soumissionnaires éventuels (voir par. 17 ci-dessous).

2. *Avis d'appel d'offres*

14. Un avis d'appel d'offres devrait être communiqué aux entreprises dont les soumissions sont demandées. Dans le système d'appel d'offres ouvert, l'avis d'appel d'offres doit être communiqué sous forme d'une annonce internationale. Dans le système d'appel d'offres restreint, l'avis d'appel d'offres devrait être envoyé à chacune des entreprises choisies par l'acheteur, accompagné d'un jeu complet des documents destinés aux soumissionnaires éventuels. L'avis d'appel d'offres est souvent préparé par l'ingénieur-conseil de l'acheteur. Il devrait comporter les renseignements suivants :

Renseignements concernant l'acheteur;

Description sommaire de l'emplacement, de la nature et de la dimension des installations à construire;

Date prévue pour l'achèvement des travaux;

Adresse à laquelle les documents destinés aux soumissionnaires éventuels peuvent être obtenus;

Prix éventuel des documents et méthode de paiement (le prix devrait normalement couvrir les coûts de production et d'envoi des documents mais devrait être suffisamment élevé pour décourager les entreprises qui ne sont pas vraiment intéressées à entreprendre la construction);

Date à laquelle les offres doivent être présentées;

Montant, le cas échéant, de la garantie d'offre;

Source de financement pour la construction des installations et toutes conditions imposées par une institution de financement.

15. Lorsque l'appel d'offres doit faire l'objet d'une annonce, l'annonce devrait être conçue de manière à donner à toutes les entreprises du monde entier susceptibles d'être intéressées la possibilité de prendre part aux procédures de soumission. En ce qui concerne les publications dans lesquelles l'annonce doit paraître, la loi du pays de l'acheteur exige parfois que l'annonce paraisse dans certaines publications (par exemple, le journal officiel). L'acheteur devrait aussi envisager la possibilité de faire paraître l'annonce dans des journaux locaux, des journaux étrangers vendus dans les principaux centres commerciaux du monde, des revues techniques ou des publications spécialisées. Si la construction est financée par une institution internationale de financement, l'acheteur doit également se conformer à toutes conditions de publication imposées par cette institution.

16. L'avis d'appel d'offres devrait spécifier dans quel délai les entreprises doivent préparer et soumettre leurs offres à l'acheteur. Ce délai peut dépendre de l'emplacement, de l'étendue et de la complexité des travaux à effectuer. En pratique, les acheteurs fixent souvent un délai variant entre 45 et 90 jours. Ce délai peut commencer à courir à la date de l'avis d'appel d'offres. Parfois aussi, notamment si l'appel d'offres fait l'objet d'une annonce, l'avis d'appel d'offres fixe une date limite pour la soumission des offres à l'acheteur. La date d'envoi de l'annonce aux différentes publications doit être fixée compte tenu du fait que ces publications paraissent parfois à des intervalles différents (par exemple chaque jour, chaque mois ou chaque trimestre) : l'annonce devrait paraître vers la même date dans toutes les publications. Toutes les entreprises disposeront alors d'approximativement autant de temps pour obtenir les documents destinés aux soumissionnaires éventuels et pour préparer leurs offres et les remettre à l'acheteur.

3. *Documents à fournir aux soumissionnaires éventuels*

17. Les documents destinés aux soumissionnaires éventuels sont souvent préparés par l'ingénieur-conseil de l'acheteur. Ils contiennent habituellement les instructions aux soumissionnaires (voir par. 18 à 22 ci-dessous), les clauses contractuelles imposées par l'acheteur (voir par. 23 ci-dessous), les spécifications techniques, les dessins, un projet de formule de garantie d'offre (voir par. 20 ci-dessous) et de garantie de bonne exécution, un projet de formule d'offre (voir par. 24 ci-dessous), un projet de formule de certificat (attestant que les personnes signant l'offre sont habilitées à le faire), les renseignements supplémentaires à fournir et tous autres documents appropriés. Etant établis sur des projets de formule fournis par l'acheteur, les documents que le soumissionnaire doit présenter avec son offre aideront l'acheteur à comparer et à évaluer les offres. Lorsqu'il n'y a pas eu de procédure de préqualification, l'acheteur devrait également fournir aux soumissionnaires éventuels un questionnaire, analogue au questionnaire de préqualification (voir par. 11 ci-dessus), que chaque soumissionnaire devra remettre avec son offre. Les documents devraient être établis dans au moins une langue employée habituellement dans les transactions commerciales internationales.

18. Les instructions aux soumissionnaires devraient contenir des renseignements sur la préparation, le contenu, la soumission et l'évaluation des offres. En ce qui concerne la préparation des offres, les instructions devraient énumérer les documents à présenter avec l'offre [y compris tous les documents, dûment signés, pour lesquels des projets de formule auront été fournis au soumissionnaire (voir par. 17 ci-dessus)] et spécifier la ou les langues à utiliser pour établir ces documents. Les instructions devraient aussi énoncer toutes conditions imposées par l'acheteur quant à la manière d'exprimer les coûts et le prix soumissionné. Elles peuvent, par exemple, spécifier la monnaie dans laquelle les coûts et le prix doivent être exprimés, et stipuler que des éléments du prix afférents à certains aspects de la construction doivent être indiqués séparément. Les instructions devraient indiquer si l'entreprise peut soumettre des offres comportant des alternatives et, dans l'affirmative, sur quoi les alternatives peuvent porter (par exemple, moyens de transport, plans d'assurance ou caractéristiques de l'équipement d'importance secondaire), et spécifier en combien d'exemplaires les documents doivent être soumis et dans quel délai ou à quelle date les offres doivent être présentées.

19. Les instructions devraient aussi préciser les conditions dans lesquelles les entreprises peuvent inspecter l'emplacement, la méthode par laquelle un soumissionnaire éventuel peut demander des éclaircissements sur les documents qui lui ont été fournis, et la durée pendant laquelle l'offre doit rester en vigueur. Sur ce dernier point, l'acheteur devrait prévoir suffisamment de temps pour que les offres puissent être évaluées et que le soumissionnaire à retenir puisse être choisi et notifié, pour que les discussions nécessaires puissent s'engager entre l'acheteur et le soumissionnaire avant la passation du contrat, et pour que le soumissionnaire retenu puisse présenter la garantie de bonne exécution. L'acheteur pourra juger approprié un délai de 90 à 120 jours après l'expiration du délai de soumission des offres. L'acheteur pourrait aussi se réserver le droit de prolonger ce délai en cas de besoin en notifiant à tous les soumissionnaires la durée de la prolongation. Les instructions devraient stipuler que les soumissionnaires qui consentent à une telle prolongation sont tenus de maintenir leur garantie d'offre de manière à couvrir la prolonga-

tion et que ceux qui n'y consentent pas seront réputés avoir retiré leur offre mais ne perdront pas leur garantie d'offre. Les soumissionnaires ne devraient pas être autorisés à modifier les termes de leur offre pendant la durée de la prolongation.

20. Les instructions devraient exiger que l'offre soit accompagnée d'une garantie dont la forme et le montant soient acceptables pour l'acheteur. L'acheteur voudra peut-être fournir aux soumissionnaires éventuels un projet de formule de garantie conforme à ses exigences; cela assurera que la garantie fournie par le soumissionnaire remplira les conditions imposées par l'acheteur. Le montant versé à titre de garantie d'offre devrait revenir à l'acheteur si le soumissionnaire fournissant la garantie retire son offre après l'expiration du délai fixé pour la présentation des offres ou si, son offre ayant été acceptée par l'acheteur, le soumissionnaire refuse de passer contrat avec l'acheteur conformément à son offre ou refuse de fournir la garantie de bonne exécution requise. La garantie d'offre devrait indiquer si l'acheteur doit prouver l'existence d'un de ces faits avant de pouvoir percevoir le montant dû ou si une simple affirmation de l'acheteur à cet effet est suffisante. La garantie devrait aussi spécifier si, pour percevoir le montant en question, l'acheteur doit ou non faire la preuve d'un préjudice subi par lui (voir le chapitre "Garantie de bonne exécution"). Le montant de la garantie d'offre devrait être suffisamment élevé pour que le soumissionnaire ne soit pas tenté de retirer son offre après l'expiration du délai fixé pour la présentation des offres et pour que l'acheteur soit dédommagé de tout préjudice qu'il pourrait subir à raison du refus par le soumissionnaire de passer contrat conformément à son offre ou de fournir une garantie de bonne exécution (par exemple, frais à encourir pour engager une nouvelle procédure de soumission et différence entre le prix du soumissionnaire défaillant ou retirant son offre et le prix supérieur d'un soumissionnaire choisi par l'acheteur au cours d'une nouvelle procédure de soumission). Ce montant peut être une somme donnée ou un pourcentage du prix soumissionné. Le projet de formule de garantie d'offre devrait stipuler que la garantie demeurera valable aussi longtemps que l'offre restera en vigueur. Si un projet de formule de garantie d'offre n'est pas fourni aux soumissionnaires éventuels, les instructions devraient énoncer les conditions de l'acheteur touchant la garantie d'offre. En plus du montant de la garantie, des conditions dans lesquelles ce montant est perçu par l'acheteur et de la durée pendant laquelle la garantie doit rester en vigueur, les instructions devraient spécifier dans quelle monnaie la garantie doit être fournie. Elles devraient aussi spécifier le type ou les types de garantie jugés acceptables, par exemple l'ouverture d'une ligne de crédit, une garantie bancaire ou une garantie émanant d'une société d'assurance ou de cautionnement. Lorsque la garantie peut émaner d'une institution financière, l'acheteur voudra peut-être spécifier les institutions qu'il juge acceptables (voir également le chapitre "Garantie de bonne exécution").

21. Les instructions devraient stipuler les procédures à appliquer pour régler les divergences qu'il peut y avoir dans les divers documents fournis par l'acheteur aux soumissionnaires éventuels, et spécifier si et quand les offres peuvent être modifiées. Les instructions devraient indiquer que les offres ne peuvent être modifiées ni retirées après l'expiration du délai prescrit pour la présentation des offres. Cependant, les erreurs accidentelles ou insignifiantes dans les offres pourraient être rectifiées dans certains cas (voir également par. 30 ci-dessous). De plus, les instructions devraient fixer les critères généraux que l'acheteur appliquera pour évaluer les offres [par exemple, l'importance relative du prix soumissionné (voir par. 31 ci-dessous)]. Elles peuvent aussi spécifier que l'acheteur se réserve le droit de ne choisir aucune des offres. Elles devraient indiquer les procédures suivant lesquelles les plis contenant les offres seront ouverts et le résultat de l'évaluation des offres notifié aux soumissionnaires, ainsi que la procédure de passation du contrat.

22. Enfin, les instructions devraient comporter toutes autres conditions éventuellement fixées par l'acheteur. Entre autres conditions, celui-ci jugera peut-être souhaitable de stipuler que le soumissionnaire préqualifié devra mettre à jour les renseignements fournis dans son questionnaire de préqualification, que le soumissionnaire assumera les coûts afférents à l'établissement et à la soumission des offres, que tous les documents joints à l'offre seront dactylographiés ou décrits à l'encre indélébile, que toutes les signatures devront émaner de personnes autorisées en vertu de certificats qui devront être joints à l'offre, à signer celle-ci, ou de personnes autorisées à signer au nom du soumissionnaire, et que toutes les ratures effectuées sur les documents seront signées ou paraphées par les signataires desdits documents. Les instructions devraient préciser que la soumission de l'offre implique de la part du soumissionnaire acceptation de se conformer à toutes les stipulations, clauses et conditions y énoncées et d'être liées par elles.

23. Il est souhaitable que les clauses contractuelles soient rédigées par l'acheteur et remises aux soumissionnaires éventuels avec les autres documents susmentionnés (voir par. 17), et qu'il soit précisé dans les instructions que l'offre doit être fondée sur ces clauses. Sinon, il sera difficile à l'acheteur de comparer et d'évaluer les offres, chaque soumissionnaire pouvant présenter une offre fondée sur des clauses contractuelles différentes. Dans le système de l'appel d'offres, ces clauses ne sont généralement pas négociables entre les parties (même si l'acheteur accepte de discuter certains points de détail); en revanche, le soumissionnaire établira son prix en tenant compte de ces clauses et de la répartition des coûts, risques et obligations y afférents. Les diverses questions à couvrir dans les clauses contractuelles et les diverses manières de les traiter sont examinées en deuxième partie du présent Guide.

24. Il faudrait, dans le projet de formule de soumission, énoncer l'offre de construction en se conformant aux clauses contractuelles, aux spécifications techniques et aux dessins fournis par le soumissionnaire. Dans la formule, on devrait également inviter le soumissionnaire à traiter dans son offre les diverses rubriques qui

font l'objet de l'appel d'offres (prix, conditions de paiement, etc.). Il conviendrait aussi d'indiquer expressément dans le projet de formule que le soumissionnaire s'engage à se conformer à toutes les clauses et conditions énoncées dans les instructions aux soumissionnaires et à être lié par elles.

4. *Ouverture des plis d'offre et évaluation des offres*

a) *Ouverture des plis d'offre*

25. La méthode la plus courante pour l'ouverture des plis est celle de l'ouverture en public, c'est-à-dire en présence des soumissionnaires ou de leurs représentants. Si l'acheteur le désire, les non-soumissionnaires pourront aussi assister à l'ouverture. Il se peut que les institutions financières insistent sur l'ouverture en public, cette procédure tendant à réduire d'éventuels abus en relation avec le choix du soumissionnaire.

26. Les instructions aux soumissionnaires stipuleront parfois que la soumission s'effectuera selon le système de la double enveloppe. En vertu de ce système, les soumissionnaires remettent deux enveloppes, l'une qui contient les données techniques de l'offre — mais sans indication de prix —, l'autre qui contient le prix. Dans le cas où ce système a été retenu, les enveloppes qui contiennent les données techniques sont ouvertes d'abord, en privé, et les données techniques sont évaluées quant à leur conformité aux conditions fixées par l'acheteur. Celles des enveloppes contenant les prix soumissionnés qui émanent de soumissionnaires dont les propositions techniques correspondent aux conditions fixées par l'acheteur sont ensuite ouvertes en séance publique, et les offres correspondantes font plus tard l'objet d'une évaluation approfondie. Ladite procédure peut permettre d'évaluer plus objectivement les données techniques compte tenu qu'on fait alors abstraction du prix soumissionné.

27. L'ouverture des plis contenant les offres est parfois effectuée en privé, en dehors de la présence des soumissionnaires. Cette procédure trouve à l'occasion sa justification dans des circonstances exceptionnelles (par exemple lorsqu'il s'agit de construire une installation qui touche à la sécurité nationale). Procéder en privé permet parfois d'évaluer les offres avec plus de réalisme. Toutefois, cette procédure se prête aux abus : aussi bon nombre d'institutions financières ne l'autorisent-elles pas. Dans le cas où l'on a décidé de l'adopter, on peut rassurer les soumissionnaires en dressant un procès-verbal confidentiel et en associant à l'ouverture des personnes d'une intégrité reconnue (vérificateurs des comptes ou hauts fonctionnaires).

b) *Evaluation des offres*

28. L'évaluation des offres consiste en une comparaison visant à identifier l'offre qui correspond aux conditions fixées par l'acheteur et qui est la plus acceptable pour ce dernier eu égard à tous les facteurs pertinents. La procédure d'évaluation, contrairement à la procédure d'ouverture des plis, doit avoir lieu en dehors de la présence des soumissionnaires. L'acheteur a la possibilité de demander tous éclaircissements nécessaires pour évaluer une offre donnée pendant la période d'évaluation. La procédure d'évaluation comprend habituellement les étapes suivantes : sélection préliminaire, évaluation approfondie et choix du soumissionnaire.

i) *Sélection préliminaire*

29. Il y aura lieu de procéder à une sélection préliminaire pour vérifier la conformité de l'offre aux conditions fixées par l'acheteur tant pour ce qui est de l'offre elle-même que pour les documents qui doivent l'accompagner (voir par. 18 ci-dessus). La sélection pourra notamment comporter vérification des points suivants :

L'offre a-t-elle été signée par un représentant autorisé du soumissionnaire ?

Le soumissionnaire a-t-il satisfait aux conditions d'admission (par exemple, figure-t-il sur la liste de préqualification — si l'on recourt à des procédures de préqualification —, ou encore, satisfait-il aux conditions éventuellement posées par l'institution financière) ?

L'offre est-elle en substance conforme aux clauses contractuelles et aux conditions techniques énoncées dans l'avis d'appel d'offres et dans les instructions aux soumissionnaires ?

Tous les documents demandés ont-ils été remis ?

30. On pourra également, au stade de la sélection, vérifier que les documents ne comportent pas d'erreurs arithmétiques ou matérielles. La procédure de la sélection permettra, le cas échéant, à l'acheteur de classer les offres en catégories. Certaines différeront en substance des conditions posées par l'acheteur et n'auront pas à être examinées plus avant. Dans d'autres cas, les différences pourront sembler imputables à des inadvertances (par exemple, on aura omis de joindre certains des documents demandés); dans ce cas, l'acheteur pourra juger bon de se mettre en rapport avec le soumissionnaire pour lui demander s'il désire rectifier sa soumission. Dans d'autres cas encore, il se peut que les offres diffèrent sur des points mineurs des conditions fixées, et l'on sera amené à évaluer ces différences sur le plan financier au stade de l'évaluation approfondie.

ii) *Evaluation approfondie*

31. On suppose que les critères d'ordre général dont on fera application pour l'évaluation approfondie des offres ont été énoncés dans les instructions aux soumissionnaires (voir par. 21 ci-dessus). L'offre la moins chère ne sera pas nécessairement la plus acceptable, même si le prix soumissionné constitue l'un des critères les plus importants en la matière. Lors de l'évaluation approfondie, il faut, pour arriver à déterminer quelle est l'offre la plus acceptable, évaluer toutes les déviations, exceptions ou variations émanant du soumissionnaire en fonction des coûts et avantages directs et indirects qu'elles entraîneraient pour l'acheteur. Un critère impor-

tant est celui des aspects techniques de l'offre (par exemple, conformité aux spécifications et aux dessins fournis par l'acheteur et méthodes de construction envisagées). Il faut également examiner de près les antécédents du soumissionnaire et la nature des projets dont il assure l'exécution au moment considéré. Là où l'on a prévu des marges de préférences pour le choix des soumissionnaires, ces marges doivent être calculées au regard des soumissionnaires habilités à en bénéficier. Selon la nature du contrat, on tiendra compte de divers autres critères (par exemple, de l'importance du transfert de technologie dont bénéficiera l'acheteur, de la question de savoir quel personnel spécialisé sera affecté à l'exécution du contrat, de la mesure dans laquelle on fera appel à des sous-traitants).

5. *Discussions avec le soumissionnaire jugé le plus acceptable*

32. L'offre du soumissionnaire jugé le plus acceptable comprendra probablement des points — déviations mineures par rapport au plan de l'acheteur ou à certaines clauses contractuelles, etc. — qui devront être discutés et résolus à la satisfaction de l'acheteur avant conclusion du contrat (voir par. 30 ci-dessus).

6. *Examen de postqualification et choix du soumissionnaire*

33. Après que les discussions avec le soumissionnaire jugé le plus acceptable ont abouti, l'acheteur doit décider si l'intéressé est en mesure d'exécuter le contrat. Lorsqu'on a recours à une procédure de préqualification ou lorsque le soumissionnaire a rempli un questionnaire concernant ses qualifications, il suffit à l'acheteur de s'assurer qu'entre la procédure de qualification — ou bien la date à laquelle le questionnaire a été rempli par le soumissionnaire — et la date du choix il ne s'est pas produit de changement dans l'aptitude du soumissionnaire au regard de l'exécution du contrat. A défaut d'avoir recours à l'une des procédures susmentionnées, l'acheteur estimera peut-être souhaitable de faire remplir au soumissionnaire un questionnaire tel que celui décrit dans le contexte de la procédure de préqualification (voir par. 11 ci-dessus).

34. Il convient de notifier le choix au soumissionnaire retenu et de l'inviter à fournir les garanties de bonne exécution. Dès conclusion d'un contrat avec le soumissionnaire choisi et fourniture par ce dernier de la garantie d'exécution, on retournera aux soumissionnaires non retenus leurs garanties d'offres.

C. *Négociation*

35. Dans le système de la négociation, l'acheteur prend contact avec un certain nombre d'entreprises qui lui paraissent à même de construire les installations, il les informe de ses besoins et il leur demande de soumettre des offres. Le cas échéant, les entreprises intéressées recevront une documentation comportant une description d'ensemble de la construction et l'indication de normes de qualité, ainsi que, éventuellement, les clauses contractuelles imposées par l'acheteur. La soumission et l'évaluation des offres ne sont pas soumises à des formalités, non plus que la négociation du contrat. Il arrivera qu'au début des négociations les parties conviennent qu'elles seront tenues à la confidence pour ce qui est de certaines catégories de renseignements (par exemple ceux relatifs aux procédés techniques) communiqués par l'une d'entre elles au cours des négociations.

36. Il convient que l'acheteur définisse clairement les pouvoirs dévolus à ses représentants aux négociations et qu'il en informe les entrepreneurs au début des négociations. On aura parfois intérêt à tenir un procès-verbal des négociations, lequel devra être authentifié au nom de chaque partie au fur et à mesure des négociations.

D. *Conclusion du contrat*

1. *Forme du contrat*

37. Qu'on ait retenu le système de l'appel d'offres ou celui de la négociation, il se peut qu'en vertu du droit applicable à la formation du contrat, un contrat relatif à la construction d'installations doive être en forme écrite. Même dans le cas contraire, il faudrait que les parties consignent les points d'accord dans un écrit de manière à éviter des différends quant à la nature des clauses dont il a été convenu. On spécifiera dans le contrat quels sont les écrits qui le constituent et l'on y stipulera qu'aucun autre document et qu'aucune déclaration orale ne fait partie du contrat. On stipulera en outre dans le contrat que celui-ci ne peut être modifié ou résilié qu'en vertu d'un accord écrit.

2. *Validité et entrée en vigueur du contrat*

38. Pour négocier et conclure le contrat, les parties doivent tenir compte des règles juridiques applicables à sa formation et sa validité. Certaines de ces règles peuvent avoir un caractère obligatoire. Habituellement, les obligations contractuelles entre les parties naissent à compter de la date de la conclusion du contrat. Toutefois, il arrivera (ainsi lorsqu'une partie est dans l'obligation d'obtenir une licence sans laquelle l'exécution du contrat serait impossible) que les parties jugent souhaitable de convenir que les obligations contractuelles ne naîtront qu'à compter de la date à laquelle une condition donnée est remplie, sous réserve qu'il soit satisfait à cette condition dans un délai spécifié dans le contrat. Dans le contexte de la procédure de négociation, l'acheteur jugera parfois souhaitable, afin d'identifier clairement le moment auquel le contrat est conclu, de stipuler en début de négociations qu'aucune obligation contractuelle ne naîtra entre les parties à moins que celles-ci ne soient convenues par écrit qu'un contrat a été conclu entre elles.

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)[a]

1. A sa dix-huitième session, la Commission sera 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). Le Groupe de travail a considérablement avancé dans l'élaboration du projet de Guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles et on prévoit qu'il examinera à sa huitième session, dans le courant du premier trimestre de 1986, les derniers chapitres du projet de Guide. Pour que la tâche soit achevée, il suffira ensuite que les projets de chapitres soient revus par le secrétariat et que le groupe de travail examine ces chapitres révisés dans leur ensemble. En conséquence, le secrétariat s'est employé à rechercher s'il serait 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; de plus, quelques suggestions ont déjà été faites lors de sessions antérieures de la Commission et du Groupe de travail en vue de la poursuite des travaux.

2. A cet égard, la Commission souhaitera peut-être noter qu'à sa récente session (tenue à Katmandou (Népal) du 6 au 13 février 1985), le Comité consultatif juridique afro-asiatique (AALCC) a examiné les travaux que la Commission consacrait au nouvel ordre économique international. Après avoir apprécié les progrès accomplis jusque-là dans la rédaction du Guide juridique et s'en être félicité, l'AALCC a formulé les recommandations suivantes :

> "la CNUDCI devrait envisager d'élaborer une annexe au Guide qui traiterait des questions juridiques relatives aux coentreprises qui se posent dans le cadre des contrats industriels, en raison des difficultés d'ordre pratique et juridique que ces arrangements peuvent susciter, en particulier pour les parties venant de pays en développement;
>
> "la CNUDCI devrait envisager d'examiner prochainement les accords de concession et autres accords en matière de ressources naturelles, la question revêtant un certain caractère d'urgence pour les pays en développement du fait que la structure de l'exploration des ressources minières se déplace des pays en développement vers les pays développés."

3. Le secrétariat examine actuellement ces recommandations. En ce qui concerne les accords de concession et autres accords, en particulier dans le domaine des ressources minières, la Commission souhaitera peut-être noter que plusieurs organismes internationaux prêtent déjà une assistance aux pays en développement. On peut notamment mentionner parmi eux le Département de la coopération technique pour le développement de l'ONU, le Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales, l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) et la Banque mondiale. Les travaux de ces organismes englobent des questions juridiques (comme, par exemple, l'évaluation et l'élaboration de dispositions législatives concernant les investissements et l'imposition, l'élaboration de contrats et l'octroi d'une assistance aux fins de négociations contractuelles, ainsi que la renégociation des contrats). Si la Commission abordait ce domaine, il pourrait en résulter des doubles emplois. Pour ce qui est des coentreprises, lorsque la construction d'installations industrielles se trouve en jeu, il conviendrait de rechercher avec soin, compte tenu des travaux que d'autres organismes internationaux, y compris l'ONUDI, ont consacré aux coentreprises, si les questions juridiques qui se posent dans le domaine de la construction sont d'une ampleur suffisante pour justifier l'élaboration d'une annexe au Guide juridique. La Commission pourrait, toutefois, rechercher s'il y aurait lieu d'entreprendre d'utiles travaux juridiques bien définis qui combineraient les deux recommandations de l'AALCC.

4. 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 également fait l'objet d'un examen préliminaire. Les travaux que le secrétariat a effectués pour élaborer le projet du chapitre du Guide juridique qui portera sur la procédure de conclusion d'un contrat donnent à penser qu'il serait justifié d'enquêter plus avant sur ce secteur et que le Guide juridique pourrait être utilement complété par un examen des questions en jeu plus détaillé que celui que permet le projet de chapitre. Il faudrait toutefois rechercher plus avant si de tels travaux sont possibles et souhaitables et formuler des propositions concrètes.

5. En conséquence, la Commission souhaitera peut-être noter que son secrétariat a l'intention de lui soumettre, lors d'une session future, un rapport renfermant des propositions sur les moyens de rehausser encore l'utilité du Guide juridique.

---

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

IV. EXPLOITANTS DE TERMINAUX DE TRANSPORT

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

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)[a]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-10
DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS		11-98
I.	MÉTHODE DE TRAVAIL	11-13
II.	EXAMEN DES QUESTIONS QUI POURRAIENT ÊTRE TRAITÉES DANS LES RÈGLES UNIFORMES	14-78
	A. Champ d'application des règles uniformes	14-28
	1. Lien entre les règles uniformes et les opérations internationales de transport	14-21
	2. Types d'exploitants et d'opérations devant être régis par les règles uniformes	22-28
	B. Emission d'un document	29-40
	C. Norme de responsabilité applicable	41-43
	D. Responsabilité du chef de retards	44-47
	E. Limites de la responsabilité	48-56
	F. Délai de prescription	57-62
	G. Sûretés portant sur les marchandises	63-67
	H. Questions non traitées dans l'avant-projet de convention	68-78
III.	EXAMEN DES QUESTIONS SUPPLÉMENTAIRES	79-94
	A. Responsabilité non contractuelle	79
	B. Exonérations et limitations de responsabilité applicables au préposé ou au mandataire de l'ETT	80
	C. Notification de perte ou de dommage	81-89
	D. Stipulations contractuelles	90-92
	E. Conventions relatives au transport international	93
	F. Interprétation des règles uniformes	94
IV.	AUTRES QUESTIONS ET TRAVAUX FUTURS	95-98

---

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

Introduction

1. A sa seizième session, la Commission a décidé d'inclure la question de la responsabilité des opérateurs internationaux de terminaux dans son programme de travail, de prier l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) de lui transmettre pour exemple son avant-projet de convention et de confier à un groupe de travail la préparation de règles uniformes. La Commission a renvoyé à sa dix-septième session sa décision sur la composition du Groupe de travail[1].

2. Comme suite à la demande ainsi formulée à la seizième session, UNIDROIT a communiqué son avant-projet de convention à la Commission. A sa dix-septième session, la Commission a décidé de confier à son Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux la tâche d'élaborer des règles uniformes dans ce domaine. Elle a en outre décidé que le Groupe de travail aurait pour mandat de baser ses travaux sur l'avant-projet de convention d'UNIDROIT et sur le rapport y relatif établi par le secrétariat d'UNIDROIT, ainsi que sur l'étude des grandes questions soulevées par ledit avant-projet dont le secrétariat de la CNUDCI l'avait saisie à sa dix-septième session (A/CN.9/252). Le Groupe de travail devait également examiner des questions qui ne sont pas traitées dans l'avant-projet de convention d'UNIDROIT ainsi que toute autre question qui pouvait être considérée comme pertinente[2].

3. Le Groupe de travail se compose des 36 Etats membres de la Commission, à savoir : 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, Yougoslavie.

4. Le Groupe de travail a tenu sa huitième session à Vienne du 3 au 13 décembre 1984. Tous les membres s'étaient faits représenter à l'exception de ceux dont les noms suivent : Chypre, Ouganda, République centrafricaine, République-Unie de Tanzanie, Sénégal, Sierra Leone, Singapour, Tchécoslovaquie, Trinité-et-Tobago.

5. Assistaient à la session des observateurs des Etats suivants : Argentine, Canada, Côte d'Ivoire, Chili, Equateur, Indonésie, Iran (République islamique d'), Pays-Bas, Nicaragua, Norvège, Oman, République de Corée, Roumanie, Saint-Siège, Suisse et Turquie.

6. Assistaient également à la session des observateurs des organisations internationales suivantes :

a) *Organes des Nations Unies*

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Organisation des Nations Unies pour le développement industriel

b) *Organisations intergouvernementales*

Commission centrale pour la navigation du Rhin

Association du transport aérien international (IATA)

Office central des transports internationaux par chemin de fer

Institut international pour l'unification du droit privé

c) *Organisations internationales non gouvernementales*

Association internationale des ports

Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés (FIATA)

Association de droit international

7. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

Président : M. Michael Joachim Bonell (Italie)

Rapporteur : M. K. Venkatramiah (Inde)

8. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants :

"Ordre du jour provisoire" (A/CN.9/WG.II/WP.51).

"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 et Add.1).

"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)[3].

9. Les documents suivants avaient également été mis à la disposition du Groupe :

"Coordination des activités : quelques faits nouveaux dans le domaine du transport international de marchandises" (A/CN.9/236).

"Responsabilité des exploitants de terminaux de transport" (A/CN.9/252).

Avant-projet de convention sur les exploitants de terminaux de transport établi par l'UNIDROIT[4] et rapport explicatif y relatif[5] (document UNIDROIT 1983, Etude XLIV, document 24).

10. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant :

1. Election du bureau.

[1] 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. 115.

[2] Rapport de la Commission des Nations Unies sur le droit 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. 113.

[3] Paru pendant la session.

[4] Egalement paru en annexe II au document A/CN.9/252.

[5] Egalement paru sous la cote A/CN.9/WG.II/WP.52/Add.1.

2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Elaboration des règles uniformes sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport.
4. Autres questions.
5. Adoption du rapport.

Délibérations et décisions

I. Méthode de travail

11. Le Groupe de travail a ouvert ses délibérations par un examen de la méthode de travail à appliquer pour élaborer des règles uniformes sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport (ci-après dénommés "ETT"). Les participants sont dans l'ensemble convenus que, conformément au mandat que lui a conféré la Commission (voir par. 2), le Groupe de travail fonderait ses travaux sur l'avant-projet de convention et le rapport explicatif d'UNIDROIT, ainsi que sur le document A/CN.9/252. Il a en outre été convenu que le Groupe de travail serait libre d'examiner des questions non traitées dans l'avant-projet de convention. On a estimé que le Groupe de travail devrait se donner pour objectif de combler les lacunes des régimes de responsabilité applicables au transport international de marchandises, en unifiant les règles juridiques régissant les opérations des exploitants de terminaux et se fonder pour cela sur les travaux déjà effectués dans ce domaine par UNIDROIT. Dans le même temps, on a noté que ces règles pourraient jouer un rôle spécifique très important en régissant des relations qui, quoique liées au domaine des transports, étaient juridiquement tout à fait distinctes des relations issues du contrat de transport.

12. Il a été convenu que le Groupe de travail examinerait en détail les questions liées à la responsabilité des ETT, avant de s'efforcer d'élaborer des règles uniformes détaillées. A ce propos, il a été convenu que les documents de travail établis par le secrétariat de la CNUDCI sur les questions soumises à l'examen du Groupe de travail (A/CN.9/WG.II/WP.52 et A/CN.9/WG.II/WP.53) constituaient un bon point de départ pour les discussions. Aussi le Groupe de travail a-t-il décidé de fonder ses délibérations sur les questions présentées dans ces documents.

13. Le Groupe de travail s'est demandé s'il serait bon à ce stade de décider de la forme définitive que prendraient les règles. Selon un avis, il pourrait être utile de décider de cette question dès le départ, car elle pouvait avoir une certaine influence sur l'examen de divers problèmes de fond. Selon l'avis qui a prévalu cependant, il serait mieux de ne déterminer cette forme qu'après que le Groupe de travail aurait décidé du fond et du contenu des règles. Conformément à cet avis, le Groupe de travail a convenu que les discussions seraient fondées sur l'hypothèse que les règles uniformes revêtiraient un caractère normatif (par exemple, convention ou loi type), plutôt que contractuel (par exemple, conditions générales).

II. Examen des questions qui pourraient être traitées dans les règles uniformes

A. *Champ d'application des règles uniformes*

1. *Lien entre les règles uniformes et les opérations internationales de transport*

14. Le Groupe de travail s'est demandé si les règles uniformes ne devraient traiter que des opérations des ETT liées au transport international (question 1, A/CN.9/WG.II/WP.52). Selon l'avis qui a prévalu, puisque les règles uniformes avaient pour objet de combler les lacunes qu'avaient laissées, en matière de responsabilité, les conventions internationales de transport, elles ne devaient traiter que des opérations des ETT liées au transport international. Selon cet avis, les opérations des ETT non liées à un transport international avaient un caractère plus national qu'international; il n'y avait donc pas lieu d'unifier les règles juridiques régissant de telles opérations. On a cependant noté que les Etats qui le souhaiteraient pourraient également appliquer les règles aux opérations nationales des ETT et que les ETT effectuant des opérations de caractère national pouvaient s'engager par contrat à respecter ces règles. Selon un autre avis, toutes les opérations des ETT, qu'elles soient nationales ou internationales, devraient être régies par les règles uniformes, puisqu'un ETT pouvait ne pas être à même de déterminer si les marchandises faisaient ou non l'objet d'un transport international.

15. Selon un avis, même si les règles étaient limitées aux opérations des ETT liées au transport international, il pouvait ne pas être nécessaire, au vu des circonstances pratiques entourant les opérations de l'ETT, d'appliquer impérativement les règles à tous les cas de garde de marchandises en transport international. Selon cet avis, il pourrait être utile de soumettre les règles uniformes à une clause d'option positive, c'est-à-dire que celles-ci ne s'imposeraient qu'aux ETT s'étant engagés à être liés par elles. Cependant, selon l'avis qui a prévalu, la question de l'application obligatoire ou conditionnelle des règles uniformes était étroitement liée à la forme définitive que prendraient ces règles et, vu la décision prise au paragraphe 13 ci-dessus, cette question devrait être examinée à un stade ultérieur.

16. Il a été avancé que, dans les cas où le transport de marchandises était effectué par un entrepreneur de transport multimodal en vertu de la Convention des Nations Unies sur le transport multimodal international de marchandises de 1980 (ci-après dénommée "Convention sur le transport multimodal"), il n'était pas nécessaire d'élaborer des règles régissant les opérations de l'ETT, puisque le chargeur pouvait intenter une action à l'encontre de l'entrepreneur de transport multimodal en cas de perte ou d'endommagement des marchandises pendant que celles-ci étaient entre les mains de l'ETT. Cependant, on a fait remarquer que, même dans de tels cas, les règles uniformes seraient utiles car elles offriraient aux entrepreneurs de transport multimodal un recours uniforme à l'encontre des ETT.

17. Le Groupe de travail a étudié la manière dont les règles uniformes devraient définir les liens requis avec le transport international (questions 2 à 4, A/CN.9/WG.II/WP.52). Il a examiné à ce propos deux approches fondamentales. Selon la première (l'"approche objective"), les règles uniformes seraient applicables si, effectivement, les marchandises avaient fait, faisaient ou devaient faire l'objet d'un transport international. Selon l'autre approche (l'"approche subjective"), les règles s'appliqueraient si l'ETT avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance d'un tel lien avec le transport international.

18. A l'appui de l'approche objective, on a avancé qu'il serait difficile de prouver que l'ETT avait connaissance d'un tel lien. En outre, une telle approche serait conforme à celles adoptées dans la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg) (ci-après dénommée les règles de Hambourg)[6] et dans la Convention sur le transport multimodal. Il a cependant été proposé que les règles uniformes comportent une "clause de sauvegarde" aux termes de laquelle, si l'ETT pouvait prouver qu'il n'avait pas connaissance d'un tel lien, les règles uniformes ne s'appliqueraient pas. On a avancé que, dans la plupart des cas, un ETT serait à même de déterminer l'existence d'un lien avec le transport international en se fondant sur les documents accompagnant les marchandises, car ceux-ci indiqueraient les lieux d'origine et de destination des marchandises.

19. A l'appui de l'approche subjective, on a estimé que, pour que les règles uniformes soient applicables, il devrait suffire que les documents accompagnant les marchandises indiquent que celles-ci faisaient l'objet d'un transport international. On a également noté que, si les règles uniformes devaient stipuler qu'un document serait émis par l'ETT, celui-ci devrait avoir connaissance d'un lien éventuel avec le transport international afin de savoir s'il était tenu d'émettre un tel document en vertu des règles uniformes. Selon un autre avis, un ETT pourrait être avisé d'un tel lien avec le transport international en en étant notifié par son client. On a également avancé que l'application des règles uniformes pourrait être fondée sur une combinaison des approches objective et subjective.

20. Selon l'avis qui a prévalu, l'approche objective était préférable, étant entendu que cette approche devrait être conçue de manière à ce que les règles uniformes s'appliquent aux opérations des ETT liées au transport international, plutôt qu'aux opérations "nationales" des ETT. On s'est demandé si les règles uniformes devraient être applicables lorsque les marchandises étaient déposées auprès d'un ETT avant le commencement du transport, ou après que le transport était achevé, par exemple lorsque les marchandises devaient poursuivre leur voyage dans le pays de destination. Une formulation telle que celle figurant dans la variante *a* des remarques relatives à la question 3 du document A/CN.9/WG.II/WP.52 (selon laquelle les règles uniformes sont applicables aux opérations d'un ETT concernant un transport dont le point de départ et le point de destination sont situés dans des Etats différents) a reçu un certain appui. On a estimé qu'une telle formulation offrait la solution la plus simple et la plus acceptable, bien que selon un avis, le mot "concernant" pouvait créer une incertitude et devrait être réexaminé. D'aucuns se sont prononcés pour la formulation figurant dans la variante *b* des remarques relatives à la question 3, bien qu'il ait été avancé que cette formulation excluait le cas où les marchandises devant faire l'objet d'un transport international étaient livrées par le chargeur à un ETT, plutôt qu'au transporteur. Pour ce qui est de la variante *c*, on a avancé qu'elle n'était pas acceptable parce que, dans de nombreux cas, le moment où les marchandises commençaient ou cessaient d'être soumises aux règles juridiques régissant le transport international n'était pas certain et parce qu'une telle formulation exigerait que l'ETT s'attache à déterminer ce moment.

21. Il a été avancé que l'on pourrait simplement stipuler que les règles uniformes sont applicables aux opérations exécutées avant, pendant ou après le transport des marchandises, lorsque de telles opérations sont liées à un transport dont le point de départ et le point de destination sont situés dans deux Etats différents.

2. *Types d'exploitants et d'opérations devant être régis par les règles uniformes*

22. Le Groupe de travail s'est demandé quels types d'exploitants et d'opérations devaient être régis par les règles uniformes (questions 5 et 6, A/CN.9/WG.II/WP.52). On a noté que les opérations exécutées par les ETT pouvaient être très différentes. Outre la garde des marchandises, les ETT effectuaient souvent d'autres opérations liées aux marchandises. On est dans l'ensemble convenu que les règles uniformes devraient clairement énoncer quelles opérations entraient dans leur champ d'application.

23. Selon un avis, les règles uniformes devraient être applicables à toutes les opérations exécutées par les ETT, qu'elles soient ou non liées à la garde des marchandises. Selon l'avis qui a prévalu cependant, les règles ne devraient s'appliquer que s'il y avait au moins garde des marchandises. Il a été demandé si une garde assurée à titre gracieux devrait être régie par les règles uniformes.

24. Il a été proposé que les règles s'appliquent aux opérations autres que la garde effectuée par les ETT. Selon un avis, les règles ne devaient s'appliquer que lorsque la garde constituait une opération principale et elles devraient s'appliquer également aux opérations accessoires. Selon un autre avis, l'application des règles ne devrait pas être fondée sur un tel lien, qu'il était difficile de déterminer dans la réalité; les règles devraient plutôt s'appliquer lorsque la garde constituait une partie distincte et intrinsèque de l'obligation de l'ETT.

[6] *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), annexes I et II.

25. Différents avis ont été exprimés sur la question de savoir quelles opérations, outre la garde, devaient être régies par les règles uniformes. Selon un avis, toutes les opérations additionnelles effectuées par un ETT devaient l'être. A l'appui de cet avis, il a été déclaré qu'une telle approche permettrait de combler entièrement les lacunes du régime juridique applicable au transport de marchandises. Selon un autre avis cependant, il ne serait pas bon de soumettre la vaste gamme de ces activités additionnelles au seul régime juridique unifié que constitueraient les règles uniformes. A ce propos, on a fait remarquer que, bien qu'il ne soit pas possible de combler toutes ces lacunes au moyen d'un seul régime juridique, on pourrait progresser sensiblement sur cette voie si les règles uniformes étaient applicables à la garde, ainsi qu'à certains types d'autres opérations.

26. Pour ce qui est de la manière dont les règles uniformes devraient spécifier les types d'opérations additionnelles entrant dans leur champ d'application, selon un avis, les règles pourraient comporter une liste exhaustive de ces opérations, telles que chargement, déchargement et arrimage. Selon un autre avis cependant, les règles ne devraient que donner des exemples d'opérations additionnelles entrant dans leur champ d'application. Des questions ont été posées sur l'applicabilité des règles uniformes à des opérations telles que la prise en charge et la livraison, l'emballage et le traitement des marchandises.

27. Le Groupe de travail est convenu qu'il n'était pas encore prêt à énoncer des conclusions définitives quant aux types d'opérations devant être régis par les règles uniformes et qu'il aurait l'occasion de revenir sur cette question. A ce propos, il a été demandé au secrétariat d'établir à l'intention du Groupe de travail une nouvelle étude sur divers aspects de la question, tenant compte des différentes opérations effectuées, ainsi que des circonstances entourant les divers modes de transport. Il a également été demandé que l'étude traite des aspects juridiques de la question, sur la base des différentes conventions de transport internationales, notamment du moment auquel la responsabilité d'un transporteur sur les marchandises commence et s'achève : en effet, il peut y avoir chevauchement entre la responsabilité du transporteur et celle de l'ETT, ce qui risque d'avoir des incidences sur les recours du transporteur à l'encontre de l'ETT. On a proposé que cette étude tienne compte des éléments d'information figurant dans la documentation établie par UNIDROIT.

28. Le secrétaire de la Commission a noté qu'il ressortait des discussions que, du fait des progrès techniques, des opérations étaient effectuées, dans le cadre du transport de marchandises, qui n'avaient pas été envisagées lorsque l'on avait élaboré les règles régissant les divers aspects du transport. Aussi, celles-ci étaient-elles parfois inadaptées. En outre, il pouvait y avoir des incohérences en ce qui concerne l'application des conventions internationales existantes en matière de transport. Aussi, l'étude demandée au secrétariat traiterait-elle non seulement des incidences de cette question sur les règles régissant les opérations des ETT, mais également de ses incidences plus vastes sur les règles existantes régissant le transport international. L'étude s'efforcerait de déterminer si la Commission, conformément à son rôle de coordination dans le domaine du droit commercial international, pourrait contribuer à traiter de ces incidences plus vastes. Un tel projet serait exécuté par la Commission parallèlement à ses activités liées à la responsabilité des exploitants de terminaux de transport et ne modifierait en rien ni l'ampleur ni l'importance de ces activités. Le Groupe de travail a reconnu l'importance de ce projet et est convenu de recommander à la Commission d'examiner cette question.

B. *Emission d'un document*

29. Le Groupe de travail s'est penché sur la question de savoir si les règles uniformes devaient stipuler qu'un document devait être émis par l'ETT et si un tel document devait être obligatoire dans tous les cas, ou n'être émis qu'à la demande du client, et s'est interrogé sur ce que devait être le contenu d'un tel document (questions 8 et 9, A/CN.9/WG.II/WP.52).

30. Selon une opinion, un document devrait être exigé dans tous les cas. A l'appui de cette opinion, on a avancé qu'un document était nécessaire afin d'établir que les marchandises avaient bien été prises en charge par l'ETT. En outre, on a estimé qu'un document était nécessaire lorsqu'il s'agissait de prouver que les marchandises faisaient ou non l'objet d'un transport international. Enfin, si un document n'était obligatoire que si le client en faisait la demande, il pourrait être difficile de prouver qu'une telle demande avait été faite. On a fait observer, cependant, que les cas où l'ETT refusait d'émettre un document alors qu'il en avait été prié n'étaient pas fréquents. On a proposé que l'ETT soit obligé dans tous les cas d'émettre un simple reçu pour les marchandises et que des renseignements plus détaillés ne figurent dans ce document qu'à la demande du client.

31. Selon l'avis qui a prévalu, l'ETT ne devrait être tenu d'émettre un document que si le client en faisait la demande. A l'appui de cette conception, on a indiqué qu'il existait une tendance à lutter contre la pléthore de documents émis pour des marchandises faisant l'objet d'un transport international. En outre, une telle conception était conforme à l'esprit de plusieurs conventions sur le transport international stipulant que le transporteur ne devait émettre de document de transport que sur la demande du chargeur. On a fait observer que le client n'avait pas systématiquement besoin d'un document. On a également fait observer que l'ETT pouvait émettre un document de son propre chef, sans que son client lui en fasse la demande, s'il souhaitait protéger ses intérêts en établissant la date à laquelle il avait reçu les marchandises ou en décrivant l'état de ces marchandises. En outre, on a fait remarquer que même sans un document, le client pouvait exiger que les marchandises lui soient remises par l'ETT conformément au contrat passé avec ce dernier.

32. En ce qui concerne le contenu du document, selon une opinion, le document devrait simplement faire

office de reçu pour les marchandises, identifiant celles-ci et montrant à quelle date elles ont été reçues par l'ETT. A ce propos, on a fait observer qu'un reçu délivré par l'ETT pouvait être imprimé au moyen d'un tampon sur le document de transport correspondant aux marchandises. Selon un avis, ceci devrait être considéré comme constituant une émission de document. Selon une autre opinion, des renseignements plus détaillés devraient être requis, par exemple sur l'état et la description des marchandises, sur le fait que l'ETT avait ou non des sûretés sur les marchandises et, le cas échéant, sur les motifs en vertu desquels ces sûretés étaient invoquées et sur le fait que le document était ou non négociable. Selon une autre vue, si le document était émis par l'ETT de son propre chef, un simple reçu pour les marchandises suffirait, mais l'ETT devrait être tenu d'y faire figurer des renseignements plus détaillés, si le client l'exigeait.

33. On a estimé que les règles uniformes devraient prévoir l'émission d'un document par des moyens électroniques ou mécaniques. A ce propos, on a suggéré que les règles uniformes adoptent l'approche de l'article 5 2) du Protocole nº 4 de Montréal portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international signée à Varsovie le 12 octobre 1929, telle que modifiée par le Protocole fait à La Haye le 28 septembre 1955. Dans cette approche, l'ETT serait tenu de fournir au client un reçu pour les marchandises et de lui donner accès aux renseignements plus détaillés stockés électroniquement. On a estimé que le Protocole de Montréal pourrait être le modèle le plus avancé et le plus acceptable dans ce domaine. Selon une autre vue, cependant, le Protocole de Montréal risquait de ne pas constituer un modèle adéquat pour les règles uniformes applicables aux ETT étant donné que le but des données prévues dans le Protocole de Montréal était de laisser une trace du transport par voie aérienne et qu'il n'était pas nécessaire de stipuler que l'ETT devait émettre un reçu ne contenant pas également tous les autres renseignements stockés électroniquement.

34. Le Groupe de travail a examiné les effets juridiques d'un document émis par l'ETT (question 10, A/CN.9/WG.II/WP.52). Selon une opinion, ces effets juridiques devaient être régis par les règles du droit national autres que les règles uniformes. Selon cette opinion toujours, une disposition des règles uniformes relatives aux effets juridiques d'un document pourrait constituer une ingérence dans le domaine de la preuve, qui relevait du droit national. L'opinion qui a prévalu, cependant, était que ce document devait constituer un commencement de preuve de la prise en charge des marchandises par l'ETT de la manière indiquée dans le document.

35. En ce qui concerne la question de savoir si les règles uniformes devaient fixer un délai dans lequel l'ETT serait requis d'émettre un document (question 11, A/CN.9/WG.II/WP.52), selon une opinion, les règles uniformes ne devraient pas spécifier un délai. A l'appui de cette opinion, on a avancé que, conformément à l'objectif de simplification de la documentation, un simple reçu devrait être émis pour les marchandises; ce reçu étant normalement émis au moment de la prise en charge des marchandises par l'ETT, il n'était pas nécessaire que les règles uniformes spécifient un délai. On a également noté que, en ce qui concerne le moment où les documents devaient être émis, la pratique variait selon le type d'opérations en cause et qu'il n'était pas possible de fixer un délai unique. En outre, on a indiqué que le problème des retards dans l'émission d'un document ne se posait pas dans la pratique.

36. Selon une autre opinion, il fallait spécifier dans les règles uniformes le délai dans lequel un document devait être émis. On a avancé qu'en l'absence d'un délai, l'obligation de l'ETT d'émettre un document serait moins contraignante. On a également suggéré que l'absence d'un délai risquait de rendre difficile l'application de sanctions pour émission tardive d'un document. Selon une opinion, les règles uniformes devaient contenir une formule souple permettant de déterminer le délai dans lequel un tel document devait être émis (par exemple, la formule : "un délai raisonnable"). Selon une autre opinion, un délai bref devait être spécifié (par exemple, 24 heures). Selon une autre vue encore, aucun délai ne devait être spécifié si un simple reçu devait être émis par l'ETT, mais un délai bref devait être spécifié si le document devait contenir des renseignements plus détaillés. On a avancé que, si un délai était stipulé, les règles uniformes devraient spécifier à quel moment ce délai commencerait à courir.

37. Le Groupe de travail s'est penché sur la question de savoir si les règles uniformes devaient prévoir des sanctions au cas où l'ETT n'émettrait pas un document qu'il était tenu d'émettre (question 12, A/CN.9/WG.II/WP.52). Selon une opinion, des sanctions n'étaient pas nécessaires car ce problème ne se posait pas. En effet, il était dans l'intérêt de l'ETT d'émettre un tel document. On a par ailleurs avancé que la question des sanctions devrait être réglée par les règles du droit national autres que les règles uniformes. Cependant, l'opinion selon laquelle si l'ETT n'émettait pas un document qu'il était tenu d'émettre, il devait être réputé avoir reçu les marchandises en bon état, a recueilli un appui très large. On a suggéré, cependant, que si l'ETT n'avait pas reçu les marchandises et qu'aucun document n'avait été émis, il n'était pas raisonnable d'exiger de lui qu'il établisse la preuve qu'il n'avait pas reçu les marchandises. On a fait remarquer que le fait de ne pas se conformer à l'obligation d'émettre un document pouvait rendre difficile l'identification des marchandises et, par conséquent, entraîner un retard dans leur remise. Dans un tel cas, la sanction pourrait consister à considérer l'ETT comme responsable de ce retard.

38. Le Groupe de travail s'est penché sur la question de savoir si les règles uniformes devaient prévoir un document négociable (question 13, A/CN.9/WG.II/WP.52). Selon l'avis qui a prévalu, les règles uniformes ne devaient pas contenir des dispositions concernant un document négociable. Dans ce cas, les parties pouvaient néanmoins convenir qu'un document négociable serait émis à condition que les règles de droit national autres que les règles uniformes l'autorisent. A l'appui de cette

opinion, on a avancé que l'émission de documents négociables ne devrait pas être encouragée par les règles uniformes, en particulier en raison des problèmes de fraude liés à l'utilisation de ces documents. En outre, il n'était pas nécessaire qu'un document négociable soit émis par l'ETT, en particulier si les marchandises étaient couvertes par un document de transport négociable. Enfin, des problèmes pouvaient se poser si deux documents formant titre sur les mêmes marchandises existaient au même moment. On a également fait remarquer que certains ordres juridiques interdisaient la création d'un nouveau document négociable par convention entre les parties, et que l'inclusion dans les règles uniformes d'une disposition concernant l'émission d'un document négociable pouvait aller à l'encontre d'une telle interdiction. Cependant, on a noté que la Convention sur le transport multimodal prévoyait à l'article 6 l'émission d'un document de transport multimodal négociable, sans pour autant restreindre l'émission d'autres documents négociables ou non négociables, pour chacun des divers modes de transport ou autres services intervenant dans le transport multimodal.

39. Une autre opinion, cependant, a été émise en faveur de l'inclusion dans les règles uniformes de dispositions relatives à l'émission d'un document négociable. Un tel document pouvait, par exemple, être utile dans le cas de stockage des marchandises pour une certaine durée. Selon cette opinion, on a avancé que les règles uniformes devraient prévoir l'émission d'un document négociable si les parties en convenaient et si cette émission était autorisée par la législation applicable dans le lieu où les opérations de l'ETT étaient effectuées. On a par ailleurs suggéré que si les règles uniformes prévoyaient un document négociable, elles pourraient également prévoir d'autres formes de documents transférables utilisés dans le lieu où s'effectuaient les opérations de l'ETT. Selon d'autres avis, en cas d'émission d'un document négociable, celui-ci devrait être nominatif et non pas à ordre ou au porteur.

40. On a fait observer qu'en ce qui concerne le document devant être émis par l'ETT, ainsi que dans d'autres domaines, il serait bon de s'interroger sur ce qui constituait un document écrit (voir par exemple l'article 1 8) des Règles de Hambourg), et si l'exigence de l'écrit pouvait être satisfaite par les nouvelles techniques de stockage et de transmission de l'information.

C. *Norme de responsabilité applicable*

41. Le Groupe de travail s'est penché sur la norme de responsabilité applicable à l'ETT dans le cadre des règles uniformes (question 15, A/CN.9/WG.II/WP.52). On a estimé d'un commun accord que le régime de responsabilité régissant les ETT devrait être aligné sur le régime de responsabilité prévu par diverses conventions sur le transport international, en particulier les Règles de Hambourg et la Convention sur le transport multimodal, car l'un des objectifs des règles uniformes était de combler les lacunes dans ces régimes de responsabilité en matière de transport. Aussi a-t-on estimé d'un commun accord que la norme de responsabilité régissant les ETT devrait être la norme de la présomption de faute figurant dans ces conventions sur le transport international. On a estimé qu'il convenait de tenir compte des problèmes d'assurance lorsque l'on s'intéressait aux questions relatives à la responsabilité des ETT. Selon un avis, un examen plus poussé de ces considérations était nécessaire en ce qui concerne certains aspects du régime de responsabilité proposé.

42. On a généralement convenu que l'ETT devrait être responsable des actes de ses préposés. Cependant, selon une opinion, l'ETT ne devrait pas être responsable des actes de ses préposés sortant du cadre professionnel (par exemple, le vol par un préposé non employé à la surveillance des marchandises). Selon une autre vue, l'ETT devrait en être tenu responsable. On a fait observer, cependant, que cette question était traitée de diverses manières par les législations nationales et qu'il était par conséquent préférable de ne pas l'aborder dans les règles uniformes.

43. Le Groupe de travail s'est penché sur la question de savoir si la responsabilité pour perte ou dommage imputable à l'ETT et à une autre cause pouvait être répartie entre l'ETT et l'autre cause. Selon un point de vue, l'ETT et l'autre cause devraient être conjointement et solidairement responsables de la perte ou de l'endommagement des marchandises afin de protéger les intérêts du client de l'ETT. L'opinion qui a prévalu, cependant, était que l'ETT ne devrait être considéré responsable dans ces cas-là que dans la mesure où la perte ou le dommage était imputable à la faute ou à la négligence de l'ETT, sous réserve qu'il prouve l'étendue de la perte ou du dommage qui ne pouvait être attribué à cette faute ou négligence. On a avancé, à l'appui de cette opinion, que les règles uniformes ne devraient pas prétendre régir la responsabilité des personnes extérieures au champ d'application des règles. Cependant, on a avancé à ce propos qu'il conviendrait de ne faire état que d'un fait imputable à l'ETT en vertu des règles régissant la responsabilité de l'ETT et non pas sa faute ou négligence.

D. *Responsabilité du chef de retards*

44. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si les règles uniformes doivent traiter de la responsabilité de l'ETT pour les retards apportés à la remise des marchandises (question 16, A/CN.9/WG.II/WP.52). Selon un avis, qui a été largement appuyé, les règles uniformes devraient prévoir la responsabilité de l'ETT en cas de retard. Dans ce sens, on a fait observer qu'un retard apporté par l'ETT à la remise des marchandises était un problème susceptible de se poser dans la pratique. Une disposition retenant la responsabilité de l'ETT en cas de retard dans la livraison était importante pour la protection des consignataires et chargeurs comme celle des transporteurs et transitaires qui auraient à répondre vis-à-vis de leur client d'un retard causé par les ETT et présenteraient un recours contre ces derniers. On a fait observer qu'en l'absence d'une disposition reconnaissant la responsabilité de l'ETT en cas de retard dans la remise des marchandises, celui-ci pourrait se dégager de toute responsabilité dans

son contrat. En outre, une disposition prévoyant la responsabilité des ETT en cas de retard pourrait également les protéger, dans la mesure où leur responsabilité pourrait être limitée par les règles uniformes. Si la responsabilité en cas de retard n'était pas prévue par les règles uniformes, elle serait régie par d'autres règles de droit national, en vertu desquelles l'ETT pourrait se voir imputer une responsabilité illimitée. Celle-ci pourrait être très large et l'ETT pourrait avoir à répondre, par exemple, des pertes financières entraînées par le retard. Il a aussi été suggéré que, les conventions internationales sur les transports imposant une responsabilité en cas de retard dans la remise des marchandises, l'inclusion d'une telle disposition dans les règles uniformes contribuerait à combler les lacunes des régimes de responsabilité en matière de transport international. Les partisans de l'inclusion d'une disposition relative à la responsabilité en cas de retard apporté à la livraison des marchandises ont estimé qu'elle devrait être similaire quant au fond aux dispositions comparables des Règles de Hambourg ou de la Convention sur le transport multimodal.

45. Selon un autre point de vue, un retard du fait de l'ETT ne constituait pas un problème dans la pratique, étant donné que l'ETT à qui des marchandises avaient été confiées n'avait aucune raison de ne pas les remettre sur demande ou dans les délais convenus. L'avis a été exprimé qu'une disposition relative au retard serait mal acceptée par les ETT et constituerait un obstacle à l'acceptation des règles, tout en ne présentant aucun avantage pratique. Il a également été dit qu'il était difficile pour l'ETT de s'assurer contre la responsabilité en cas de retard dans la livraison des marchandises. Selon un autre avis, le retard ne présentait peut-être pas un problème important en ce qui concerne la garde des marchandises, mais plus souvent par rapport à d'autres types d'opération.

46. Il a été convenu que le projet de règles uniformes qui serait établi à l'intention du Groupe de travail devrait contenir des dispositions relatives au retard apporté par l'ETT à la livraison des marchandises, afin que cette disposition puisse être examinée par le Groupe de travail lorsqu'il serait saisi du projet. En outre, selon qu'il convenait, mention devrait être faite du retard dans d'autres dispositions.

47. Il a été observé que l'article 6 2) de l'avant-projet de convention d'UNIDROIT selon lequel, si l'ETT ne remet pas les marchandises à la demande de la personne habilitée à en prendre livraison dans les 60 jours consécutifs qui suivent cette demande, l'ayant droit peut les considérer comme perdues, ne traite pas de la question du retard à la livraison. De l'avis général, il serait utile que les règles uniformes contiennent une telle disposition en plus de toute disposition relative à la responsabilité en cas de retard.

E. *Limites de la responsabilité*

48. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si la responsabilité de l'ETT pour la perte ou l'endommagement des marchandises devrait être limitée à un certain montant et, dans l'affirmative, s'il devrait s'agir d'une limitation par kilogramme ou d'une limitation combinée par kilogramme et par colis (questions 17 et 18, A/CN.9/WG.II/WP.52). Il a été convenu que la limitation devrait être en tous cas constituée par un certain montant par kilogramme. Il a également été convenu qu'il était prématuré de préciser ledit montant. L'opinion a été exprimée que la limite de 2,75 unités de compte prévue à l'article 7 1) de l'avant-projet de convention d'UNIDROIT était trop faible. On a fait remarquer que les limites de responsabilité fixées par certaines conventions en matière de transport étaient plus élevées, et que l'on risquait, en énonçant une limite trop basse dans les règles uniformes, de porter préjudice au droit de recours des transporteurs contre l'ETT.

49. Selon une opinion, les règles uniformes devraient prévoir que le montant de la limitation par kilogramme pour la responsabilité de l'ETT serait le même que celui retenu dans la convention internationale régissant le mode de transport auquel correspondaient les opérations effectuées par l'ETT. Selon une autre opinion, toutefois, ce principe serait difficile à appliquer dans les cas où l'ETT ne connaît pas le mode de transport retenu, dans les cas où il y aurait plusieurs modes de transport, et dans des cas comme celui de la navigation intérieure, où la responsabilité du transporteur ne fait pas l'objet d'une limitation prévue par une convention internationale.

50. Selon une opinion qui a bénéficié d'un assez large appui, la responsabilité de l'ETT pour la perte ou l'endommagement des marchandises ne devrait pas faire l'objet d'une limitation par colis. On a fait observer qu'il ne serait pas approprié de prévoir une limite unique applicable à des colis de tailles différentes et contenant des marchandises de différentes valeurs. De plus, a-t-on indiqué, il était difficile pour les tribunaux de définir la notion de "colis". On a aussi avancé que des problèmes risquaient de se poser avec la limitation par colis dans le cas de marchandises arrivant dans un terminal, par exemple dans un conteneur et qui étaient endommagées, alors qu'elles étaient encore sous la responsabilité de l'ETT, après avoir été réemballées dans des unités plus petites.

51. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, il était souhaitable que les règles uniformes prévoient une limite par colis, en plus d'une limite par kilogramme, car cela assurerait la concordance avec la formule retenue dans les Règles de Hambourg et la Convention multimodale, et faciliterait les actions en recours intentées par les transporteurs en application de ces conventions. Il a été généralement reconnu que les règles uniformes devraient prévoir la procédure de révision accélérée qui figurait parmi les dispositions concernant la révision des limites de responsabilité adoptées par la Commission à sa quinzième session[7] et dont l'Assemblée générale avait recommandé l'utilisation[8].

[7]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. 63, annexe III.

[8]Résolution 37/107 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 1982.

52. On a fait observer que, dans certaines régions, les ETT avaient coutume de limiter leur responsabilité à un certain montant par mètre cube. Selon diverses opinions, les règles uniformes ne devraient pas prévoir une limitation totale de responsabilité pour chaque incident (question 19, A/CN.9/WG.II/WP.52).

53. Il a généralement été reconnu que les règles uniformes devraient autoriser les parties à convenir d'une limite de responsabilité supérieure à celle prévue dans les règles (question 21, A/CN.9/WG.II/WP.52). On a suggéré que les transporteurs devraient pouvoir négocier avec les ETT des limites égales à celles appliquées aux transporteurs, ce qui leur permettrait d'obtenir pleine et entière réparation des ETT lors d'une action récursoire. On a également suggéré qu'il était dans l'intérêt des deux parties de pouvoir convenir de limites plus élevées lorsque des marchandises de valeur étaient remises à l'ETT.

54. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si les règles uniformes devraient autoriser le non-respect de la limite de responsabilité dans certaines circonstances (question 22, A/CN.9/WG.II/WP.52). Il a été généralement reconnu que la limite de responsabilité devrait cesser d'être applicable si la perte ou l'endommagement des marchandises résultait de certains actes ou omissions de l'ETT, tels que les actes ou omissions visés à l'article 9 1) de l'avant-projet de convention d'UNIDROIT (actes ou omissions de l'ETT commis soit avec l'intention de provoquer cette perte ou ce dommage, soit témérairement et en sachant que la perte ou le dommage en résulterait probablement).

55. Les opinions ont cependant divergé sur le point de savoir si la limite de responsabilité devrait s'appliquer à l'ETT dans le cas où de tels actes ou omissions seraient le fait de ses préposés. Selon une opinion, les actes ou omissions des préposés d'un ETT ne devraient pas entraîner la non-application pour celui-ci de ladite limite. Selon une autre opinion, la limite de responsabilité ne devrait plus s'appliquer si les actes ou omissions en question étaient dus aux préposés. On a également estimé que la solution adoptée dans l'article 8 des Règles de Hambourg devrait être reprise dans les règles uniformes. Il a été généralement admis qu'eu égard aux opinions exprimées sur ce point, le projet définitif de règles uniformes devrait présenter les divers points de vue comme variantes possibles.

56. Il a été généralement reconnu que, lors d'une action intentée contre un préposé de l'ETT, la limite de responsabilité ne devrait pas s'appliquer audit préposé si les actes en question avaient été commis par lui dans des conditions identiques à celles dans lesquelles, si un acte avait été commis par l'ETT, ce dernier n'aurait pas été autorisé à limiter sa responsabilité.

F. *Délai de prescription*

57. Le Groupe de travail s'est penché sur la question de savoir si les règles uniformes devraient fixer un délai de prescription et, dans l'affirmative, quelle devrait en être la durée et comment il devrait être calculé (question 23, A/CN.9/WG.II/WP.52). Il a été convenu qu'un délai de prescription devrait être stipulé pour les actions intentées contre un ETT en application des règles uniformes et que deux ans représentaient un délai approprié. Il a été noté que cette période serait compatible avec les délais de prescription prévus par d'autres conventions de transport. Cependant, selon un avis, dans les cas où la perte ou l'endommagement étaient imputables à une faute intentionnelle ou à des actes ou omissions de l'ETT de mauvaise foi, un délai de prescription de deux ans serait insuffisant et la fixation d'un délai de prescription distinct de plus longue durée serait souhaitable.

58. Il a été suggéré que le délai de prescription pour les actions intentées contre un ETT commence à courir le jour où celui-ci livrait les marchandises. Dans le cas de marchandises perdues, il a été proposé que ce délai commence au moment où l'ETT informait son client que les marchandises étaient perdues, ou lorsqu'elles pouvaient être considérées comme perdues (voir par. 47). Selon un avis, si l'ETT était encore responsable des marchandises lors d'opérations effectuées après leur livraison (par exemple, l'arrimage), le délai de prescription pour les dommages causés par l'ETT pendant ces opérations devrait commencer à courir au moment où le dommage était causé.

59. Le Groupe de travail a examiné les problèmes qui risquaient de se poser en ce qui concerne les délais de prescription applicables aux actions en recours engagées par ou contre l'ETT. En ce qui concerne les actions engagées contre l'ETT, on a fait observer qu'elles risquaient d'être impossibles dans les cas, par exemple, où l'ETT remettait les marchandises au transporteur et où le délai de prescription applicable à l'action en recours contre l'ETT expirait avant la fin du délai applicable à l'action engagée par le destinataire contre le transporteur. De nombreux participants ont été d'avis qu'il faudrait préserver la possibilité pour le transporteur d'engager une procédure contre l'ETT en stipulant dans les règles uniformes qu'une telle action en recours pouvait être engagée même après l'expiration du délai de prescription. On a avancé qu'une telle action devrait pouvoir être intentée dans un délai donné (par exemple, 90 jours) après que la responsabilité du transporteur avait été établie dans la procédure engagée contre lui. On a avancé que le délai prescrit devrait commencer à courir à compter du moment où le transporteur avait été jugé responsable plutôt qu'à compter du moment où il avait été assigné ou avait satisfait la créance; ou bien les règles uniformes devraient autoriser l'introduction de l'action en recours, en dépit de l'expiration du délai stipulé dans les règles, dans le délai fixé par les lois autres que les règles uniformes en vigueur dans l'Etat où la procédure avait été engagée, délai qui ne devrait pas être inférieur à une période donnée (par exemple, 90 jours) à compter du moment où le transporteur avait été jugé responsable. On a avancé, cependant, qu'en vertu d'une telle disposition, l'ETT n'aurait pas connaissance à l'avance du moment où les actions en recours intentées contre lui pourraient être engagées. On a, dans l'ensemble, convenu qu'il faudrait préserver la possibi-

lité pour l'ETT d'engager une action en recours contre les personnes dont la responsabilité était régie par les règles uniformes en stipulant qu'une telle procédure pouvait être engagée même après expiration du délai de prescription applicable aux procédures engagées contre de telles personnes.

60. Le Groupe de travail s'est demandé si les règles uniformes devraient comporter un mécanisme similaire pour préserver le droit de recours d'un ETT à l'encontre d'une personne dont la responsabilité n'était pas régie par les règles uniformes. Selon un avis, les règles uniformes, qui ne traitaient pas de la responsabilité de telles personnes, n'avaient pas à stipuler le délai dans lequel une action pouvait être intentée contre elles. En outre, lorsque la responsabilité de ces personnes était régie par des conventions internationales, qui stipulaient des délais de prescription pour les actions intentées contre elles, les règles uniformes ne devraient pas modifier ces délais. Selon un autre avis cependant, les règles uniformes devraient préserver une voie de recours contre une personne dont la responsabilité n'était pas régie par les règles uniformes, si le délai de prescription applicable aux actions intentées contre ces personnes était régi par la législation nationale et non par une convention internationale.

61. Vu les approches différentes envisageables pour ce qui est des questions mentionnées aux paragraphes 57 à 60, il a été convenu que le futur projet de règles uniformes comporterait autant de variantes qui seraient soumises au Groupe de travail.

62. Le Groupe de travail s'est demandé si les règles uniformes devraient contenir des dispositions traitant de l'interruption et de la suspension du délai de prescription, ainsi que d'autres questions connexes (question 24, A/CN.9/WG.II/WP.52). Selon un avis, elles devraient contenir des dispositions régissant ces questions de manière uniforme, car celles-ci étaient traitées différemment selon les systèmes juridiques nationaux. Selon un autre avis cependant, les règles uniformes ne devraient contenir aucune disposition sur ces questions, auquel cas celles-ci seraient régies par d'autres règles du droit national. On a noté cependant que l'absence de dispositions pertinentes pourrait être interprétée comme excluant la possibilité d'une interruption ou d'une suspension du délai de prescription. Selon l'avis qui a prévalu, ces questions devraient être régies par les lois nationales autres que les règles uniformes et ces dernières devraient spécifier quelle législation nationale serait applicable (par exemple, la loi du for).

G. *Sûretés portant sur les marchandises*

63. Le Groupe de travail s'est penché sur la question de savoir si les règles uniformes devraient accorder à l'ETT des sûretés sur les marchandises pour ses frais et réclamations (question 25, A/CN.9/WG.II/WP.52). On est dans l'ensemble convenu que les règles uniformes devraient octroyer à l'ETT un droit de rétention sur les marchandises en garantie de ses frais et réclamations découlant des opérations qu'il a effectuées en ce qui concerne ces marchandises. Il a aussi été généralement convenu que les parties devraient pouvoir, par convention, accorder à l'ETT des sûretés plus importantes (par exemple, en lui donnant un droit de rétention sur les marchandises en garantie de ses frais et réclamations afférents non seulement auxdites marchandises mais aussi à d'autres marchandises qui lui auraient été laissées en dépôt), si les dispositions du droit national autres que les règles uniformes le permettaient. Il a été suggéré que l'ETT bénéficie de ces sûretés plus importantes, même sans convention des parties, si elles étaient prévues par les dispositions du droit national autres que les règles uniformes. Toutefois, selon un autre avis, cette approche irait à l'encontre de l'objectif d'unification du droit. L'opinion a été émise que l'ETT devrait bénéficier de sûretés pour les seuls frais et réclamations se rapportant à la garde des marchandises.

64. Il a généralement été convenu que l'ETT ne devrait pas bénéficier d'un droit de rétention sur les marchandises si une garantie suffisante pour les sommes dues était fournie ou si une somme équivalente était déposée auprès d'un tiers accepté par les parties ou d'une institution officielle dans l'Etat où l'ETT effectuait ses opérations.

65. En ce qui concerne la question de savoir si l'ETT devrait être autorisé à vendre les marchandises pour satisfaire ses frais et réclamations, on a fait observer que dans certains systèmes juridiques il existait des règles impératives régissant ce type de vente; par exemple, dans certains systèmes juridiques, les marchandises ne pouvaient être vendues qu'en vertu d'une décision judiciaire. A ce propos, on a noté que l'article 5 de l'avant-projet de convention d'UNIDROIT était inspiré des travaux d'UNIDROIT dans le domaine du contrat hôtelier. On est généralement convenu que les règles uniformes ne devraient autoriser l'ETT à vendre les marchandises que si les dispositions du droit national autres que les règles uniformes le permettent et conformément aux procédures et conditions fixées par ces dispositions. On a avancé que le droit de vente ne devrait être accordé que dans les circonstances les plus extrêmes et qu'une telle restriction du droit de vente devrait s'appliquer, que les règles prennent la forme d'une convention ou d'une loi type. On a également suggéré qu'au lieu de mentionner le "droit national" pour les questions examinées aux paragraphes 63 et 65, les règles uniformes devraient stipuler que le droit national applicable serait le droit du lieu où étaient effectuées les opérations de l'ETT.

66. Le Groupe de travail s'est penché sur la question de savoir si les règles uniformes devraient traiter du conflit pouvant survenir entre les sûretés accordées à l'ETT et les droits d'un tiers habilité à recevoir les marchandises (question 26, A/CN.9/WG.II/WP.52). Selon une opinion, les règles uniformes devraient stipuler qu'un tel conflit serait réglé par les dispositions du droit national, autres que les règles uniformes, du lieu où étaient effectuées les opérations de l'ETT. Selon une autre opinion, un tel conflit devrait être réglé par une disposition des règles uniformes comparable à l'article 14 de l'avant-projet de convention d'UNIDROIT. Selon

une troisième opinion enfin, les règles uniformes ne devraient pas contenir de dispositions traitant de cette question. On a avancé que normalement les parties régleraient ces conflits entre elles et qu'il était par conséquent préférable que les règles uniformes n'abordassent pas cette question. On a également avancé que la question des effets que pourrait avoir sur les droits de tiers l'exercice par l'ETT de son droit de rétention touchait à de nombreux aspects des relations commerciales et que les règles uniformes ne devraient pas traiter de ces questions.

67. On a avancé que les règles uniformes devraient obliger l'ETT à notifier toutes les personnes ayant un intérêt sur les marchandises de l'exercice par l'ETT de son droit de rétention sur les marchandises. On a fait observer qu'une telle disposition permettrait à ces personnes de prendre des mesures pour protéger leurs intérêts.

H. *Questions non traitées dans l'avant-projet de convention*

68. Le Groupe de travail s'est demandé si les règles uniformes devraient traiter des questions liées au lieu où peut être engagée une procédure judiciaire ou arbitrale en cas de réclamation contre l'ETT (question 27, A/CN.9/WG.II/WP.52). Selon un avis, les règles uniformes ne devraient contenir aucune disposition à ce propos. A l'appui de cet avis, il a été avancé qu'il n'était pas nécessaire d'élaborer de telles dispositions du fait du caractère stationnaire des opérations effectuées par l'ETT; en outre, les circonstances qui rendaient de telles dispositions souhaitables dans certaines conventions relatives au transport international (par exemple, les Règles de Hambourg) ne s'appliquaient pas aux opérations des ETT. Il a également été avancé que, si les règles uniformes contenaient des dispositions traitant de ces questions, elles devraient également en contenir d'autres concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires et sentences arbitrales, ce qui n'entrait pas dans leur cadre.

69. Selon l'avis qui a prévalu, il était souhaitable que les règles uniformes contiennent certaines dispositions traitant du lieu où une procédure judiciaire pourrait être engagée. A l'appui de cet avis, il a été avancé que, si les règles uniformes ne se prononçaient pas sur cette question, les règles du droit national s'appliqueraient, auquel cas une telle procédure pourrait être engagée dans différents endroits et il pourrait y avoir conflit de compétences. Pour ce qui est du contenu de telles dispositions des règles uniformes, selon un avis, si les règles devaient traiter de la question du lieu dans lequel la procédure judiciaire pouvait être engagée, elles devraient se contenter d'autoriser les parties à convenir de ce lieu et ne pas en spécifier un en l'absence d'un tel accord. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, les règles uniformes devraient autoriser les parties à convenir du lieu où une procédure judiciaire pouvait être engagée et stipuler en outre qu'en l'absence d'un tel accord, la procédure judiciaire pouvait être engagée dans le lieu où les opérations de l'ETT à l'origine de la réclamation avaient été effectuées ou dans celui où l'ETT avait son établissement principal. Il a été avancé que les règles uniformes devraient également permettre qu'une procédure judiciaire soit engagée dans le lieu où le contrat de l'ETT avait été conclu. Selon un avis, la formulation des dispositions relatives aux lieux où une procédure judiciaire pouvait être engagée ne devrait pas être exclusive.

70. Selon un avis, les règles uniformes devraient également permettre aux parties de soumettre des réclamations contre un ETT à l'arbitrage, arbitrage qui serait régi par la loi applicable à la procédure arbitrale.

71. Le Groupe de travail s'est demandé si les règles uniformes devraient traiter de certaines obligations du client vis-à-vis de l'ETT (question 29, A/CN.9/WG.II/WP.52). Il a été convenu que les règles uniformes ne devraient pas traiter de l'obligation du client de payer pour les services rendus par l'ETT. A l'appui de cette opinion, on a fait valoir que le fait de traiter de cette question aurait des conséquences sur d'autres droits et obligations qui n'entraient pas dans le cadre des règles uniformes. On a également fait observer que l'obligation de payer pour les services rendus par l'ETT serait mentionnée dans d'autres dispositions des règles uniformes, et que cette obligation serait en tout état de cause régie par la loi du contrat.

72. Il a par ailleurs été convenu que les règles uniformes ne devraient pas traiter de l'obligation du client de protéger l'ETT des conséquences de certains actes ou omissions du client. A l'appui de cette opinion, il a été suggéré que ces questions soient régies par les conditions générales du contrat ou par les dispositions du droit national autres que les règles uniformes.

73. Il a été toutefois convenu que les règles uniformes devraient traiter de certains droits et obligations des parties concernant les marchandises dangereuses et périssables. Selon un avis, on pourrait s'inspirer de l'article 13 des Règles de Hambourg pour déterminer les approches à retenir en la matière. Il a été suggéré que les règles uniformes fassent obligation au client d'apposer sur les marchandises dangereuses un signe distinctif et une étiquette indiquant clairement leur nature, et d'informer l'ETT de la nature dangereuse de ces marchandises ainsi que des conditions particulières de manipulation ou des précautions à prendre.

74. Selon un avis, l'ETT devrait avoir le droit de refuser les marchandises dangereuses ou périssables de son client. Selon un autre avis, toutefois, l'ETT ne devrait pas dans tous les cas avoir le droit de refuser ces marchandises. Il a été suggéré que ce droit dépende de la pratique suivie pour le type de marchandises en question. On a fait observer, toutefois, qu'en vertu de règles à déterminer, nul n'était tenu de conclure un contrat et que, par conséquent, il n'était pas utile de prévoir une exception à une obligation de ce type.

75. On a également exprimé l'opinion que l'ETT devrait pouvoir prendre des mesures appropriées à l'égard des marchandises dangereuses (par exemple, en

faisant procéder à leur enlèvement ou en les rendant inoffensives, si possible) et que l'obligation de l'ETT de remettre les marchandises dans l'état dans lequel il les avait reçues ne devrait pas s'appliquer dans le cas des marchandises dangereuses ou périssables.

76. On a exprimé l'opinion que les règles uniformes devraient également traiter de la responsabilité du client vis-à-vis de l'ETT pour les marchandises dangereuses. Il a été suggéré que le client soit tenu de dédommager l'ETT du préjudice causé par des marchandises dangereuses si le client n'avait pas informé l'ETT du caractère dangereux des marchandises. Selon un autre avis, les règles uniformes ne devraient pas traiter de la question de la responsabilité. On a émis l'opinion que si cette question était traitée par les règles uniformes, celles-ci devraient également préciser les types de marchandises devant être considérées comme dangereuses. Selon un autre avis, toutefois, il ne serait pas nécessaire de donner une définition des marchandises dangereuses aux fins des règles uniformes, en particulier si l'on prévoyait une disposition comparable à l'article 13 des Règles de Hambourg.

77. En ce qui concerne la responsabilité des parties vis-à-vis des tiers en cas de préjudice causé par des marchandises dangereuses, on a fait observer d'une part que cette question faisait l'objet d'autres conventions internationales et était traitée par d'autres organisations et d'autre part qu'elle n'entrait pas dans le cadre des règles uniformes.

78. Selon un avis, les règles uniformes devraient dégager l'ETT de l'obligation de dédommager le client en cas de détérioration de marchandises périssables si ce dernier ne l'avait pas informé du caractère périssable de ces marchandises.

III. Examen des questions supplémentaires

A. *Responsabilité non contractuelle*

79. Le Groupe de travail s'est penché sur la question de savoir si les règles uniformes devraient stipuler que les exonérations et limitations de responsabilité prévues s'appliquent à une action intentée en vertu desdites règles, que celle-ci soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou délictuelle ou sur tout autre élément (question supplémentaire 1, A/CN.9/WG.II/WP.53). Il a été convenu que les règles uniformes devraient comporter une disposition à cet effet. Selon un avis émis à ce propos, en vertu de l'article 1 1) de l'avant-projet de convention d'UNIDROIT, l'application de l'avant-projet de convention n'était pas limitée aux cas où l'ETT recevait les marchandises dans le cadre d'un contrat. Il a été observé qu'une disposition comparable à l'article 8 1) de l'avant-projet de convention (sous réserve de certaines modifications rédactionnelles) permettrait d'éviter que le demandeur n'échappe à l'application des exonérations et limitations de responsabilité prévues par les règles uniformes en intentant une action fondée sur un autre élément que le contrat conclu avec l'ETT. Il a également été noté à cet égard qu'il était possible, dans certains systèmes juridiques, qu'un recours soit présenté par une personne qui n'était pas liée par contrat à l'ETT. Toutefois, il a été convenu que les règles uniformes ne devraient pas préciser les catégories d'entités autorisées à intenter une action contre l'ETT (question supplémentaire 2, A/CN.9/WG.II/WP.53).

B. *Exonérations et limitations de responsabilité applicables au préposé ou au mandataire de l'ETT*

80. Il a été convenu que les règles uniformes devraient autoriser le préposé ou le mandataire de l'ETT agissant dans l'exercice de ses fonctions à se prévaloir des exonérations et limitations de responsabilité que l'ETT lui-même pouvait invoquer en vertu desdites règles (question supplémentaire 3, A/CN.9/WG.II/WP.53). Selon un avis, les règles uniformes pourraient également admettre au bénéfice de ces exonérations et limitations toute autre personne dont l'ETT utilisait les services. En revanche, il a été convenu que les règles uniformes ne devraient pas traiter des cas où un ETT agissant à titre de mandataire d'un transporteur pourrait se prévaloir, par exemple en vertu d'une convention relative au transport international, des exonérations et limitations de responsabilité applicables au transporteur.

C. *Notification de perte ou de dommage*

81. Le Groupe de travail s'est demandé si les règles uniformes devraient exiger que l'ETT soit avisé de la perte ou de l'endommagement des marchandises et, dans l'affirmative, dans quel délai une telle notification devrait être faite et quels seraient les effets d'un manquement à cette obligation (question supplémentaire 4, A/CN.9/WG.II/WP.53). On est convenu que les règles uniformes devraient exiger que l'ETT soit avisé par écrit. On a fait observer qu'une telle obligation permettrait à l'ETT de conserver les preuves relatives à la perte ou au dommage notifié. Selon une opinion, la notification de perte ne devrait être exigée que si la perte était partielle ou si les marchandises étaient en quantité insuffisante, la notification n'étant pas nécessaire en cas de perte totale.

82. Quant au délai dans lequel cette notification devrait être faite, on est convenu que la perte ou le dommage apparent et non apparent devraient être traités différemment. En ce qui concerne la perte ou le dommage apparent, on est convenu que le délai devrait être très bref (par exemple, au plus tard le jour ouvrable suivant le jour où les marchandises avaient été remises).

83. Diverses opinions ont été exprimées en ce qui concerne le délai qui devrait être exigé pour la notification d'une perte ou d'un dommage non apparent. On est convenu qu'en général ce délai devrait être plus long que le délai de notification d'une perte ou d'un dommage apparent. Selon une opinion, la notification pour une perte ou un dommage non apparent devrait être faite dans un délai d'un certain nombre de jours (par

exemple, 15 jours) après que l'ETT avait remis les marchandises. On a fait observer, cependant, qu'une telle approche pourrait créer des problèmes en ce qui concerne les marchandises en conteneur perdues ou endommagées alors qu'elles avaient été confiées à la garde de l'ETT au début du transport, ces pertes ou dommages n'ayant pu être décelés qu'après ouverture du conteneur et examen des marchandises à l'issue du transport et après expiration du délai de notification. On s'est demandé si ce problème revêtait une importance pratique. On a indiqué qu'une telle situation pouvait se produire, par exemple, lorsque le conteneur était retenu lors des formalités de douane.

84. Pour traiter un problème tel que celui qui était mentionné au paragraphe précédent, on a proposé, par exemple, que s'il devait commencer à courir au moment où les marchandises étaient remises par l'ETT, le délai soit suffisamment long pour que le destinataire des marchandises puisse faire la notification (par exemple, de 30 à 60 jours). On a proposé une autre approche selon laquelle le délai de notification commencerait à courir au moment où les marchandises atteignaient leur destination finale. On a avancé cependant que, dans ce cas, la position de l'ETT pouvait être mal assurée, en particulier si plusieurs semaines s'écoulaient avant que les marchandises n'atteignissent leur destination finale. On a avancé que cette insécurité pouvait rendre les règles uniformes peu attrayantes pour les ETT et engendrer des difficultés lors de l'éventuelle acceptation des règles. Selon une troisième approche, on pourrait stipuler que si, dans certaines conditions données, le demandeur pouvait prouver qu'il était impossible de découvrir la perte ou le dommage dans le délai de notification ayant commencé à courir lorsque les marchandises avaient été remises par l'ETT, la notification pourrait être faite à partir du moment où on pouvait déceler la perte ou le dommage; on a estimé que la notification devrait être exigée dans tous les cas dans un délai maximum donné (par exemple, 60 jours) à compter du moment où les marchandises avaient été remises par l'ETT.

85. On a exprimé l'opinion qu'il était impossible de concilier parfaitement les intérêts du demandeur et ceux de l'ETT. L'équilibre entre ces intérêts dépendrait, dans une certaine mesure, des effets juridiques d'un manquement à l'obligation de notifier l'ETT (par exemple, ce manquement interdirait-il une action pour perte ou dommage ou transférerait-il simplement la charge de la preuve pour ce qui est de l'état des marchandises ayant été remises ?). A ce propos, on a avancé que la décision relative aux approches à adopter en ce qui concerne la durée du délai de notification et le moment où il commencerait à courir devrait être prise compte tenu des effets qu'un manquement à cette obligation pourrait avoir.

86. S'agissant de la perte ou de l'endommagement apparent ou non apparent des marchandises, on s'est accordé pour reconnaître que si cette perte ou cet endommagement n'avaient pas été notifiés comme les règles uniformes le prévoyaient, la remise des marchandises par l'ETT constituerait une présomption qu'elles avaient été remises telles qu'elles étaient décrites dans le document émis par l'ETT ou, si aucun document de ce genre n'avait été émis, qu'elles avaient été remises en bon état. Toutefois, selon un avis, cela ne devrait s'appliquer qu'en cas de non-notification de perte ou d'endommagement apparent et les règles uniformes ne devraient pas traiter expressément des conséquences de la non-notification de la perte ou de l'endommagement non apparent.

87. En ce qui concerne la notification en cas de retard, on a fait observer que, conformément à ce qui avait été dit antérieurement au sein du Groupe de travail sur la question de la responsabilité du chef de retards, une disposition traitant de cette question serait incluse dans le texte final des règles uniformes et qu'il serait fait référence au retard dans d'autres dispositions des règles chaque fois que cela serait nécessaire (voir par. 46). En ce qui concerne la question de savoir si les règles uniformes devraient stipuler l'obligation d'aviser l'ETT en cas de retard dans la remise des marchandises, on a estimé que cela n'était pas nécessaire étant donné que celui-ci aurait connaissance du retard même en l'absence d'une telle notification. Toutefois, selon un autre point de vue, les règles uniformes devraient stipuler l'obligation d'aviser l'ETT en cas de perte résultant du retard étant donné qu'une telle notification pourrait lui être utile pour protéger ses intérêts en cas de demande d'indemnisation pour cette perte. En ce qui concerne le contenu à donner à une telle disposition, on a exprimé l'opinion qu'il ne fallait pas s'inspirer de l'article 19 5) des Règles de Hambourg et que le droit à indemnisation pour une telle perte devrait être annulé si celle-ci n'avait pas été notifiée dans un délai de 60 jours à compter de la date de remise des marchandises.

88. A propos de la notification en général, le Groupe de travail a également abordé la question de savoir si, en cas de perte ou d'endommagement des marchandises, le transporteur devrait être tenu d'aviser l'ETT et si l'ETT devrait être tenu d'aviser le transporteur selon les modalités pouvant être prescrites par les dispositions en vigueur afin de protéger le droit à dommages-intérêts du destinataire pour cette perte ou cet endommagement (question 28, A/CN.9/WG.II/WP.52). On est dans l'ensemble convenu qu'il n'était pas nécessaire de traiter ces questions à ce stade.

89. Il a été convenu que les règles uniformes ne devraient pas traiter de la question de savoir à qui la notification pouvait être faite (question supplémentaire 5, A/CN.9/WG.II/WP.53). On a émis l'opinion que cette question soulevait un certain nombre de problèmes connexes qu'il était préférable de ne pas traiter dans le cadre des règles uniformes.

D. *Stipulations contractuelles*

90. Le Groupe de travail s'est demandé si les règles uniformes devraient permettre, à un ETT par convention, de déroger aux dispositions des règles, ou d'assumer une responsabilité et des obligations plus lourdes

que celles prévues par lesdites règles (question supplémentaire 6, A/CN.9/WG.II/WP.53). Selon un avis, ce problème était partiellement lié à la question de savoir si les règles uniformes devaient obligatoirement s'appliquer à tous les ETT dans les Etats qui les avaient adoptées, ou si, en vertu de ces règles, lesdits Etats seraient autorisés à ne les appliquer qu'aux ETT s'étant engagés à les respecter. Parallèlement à cet avis, il a été suggéré que, bien que la question n'eût pas encore été examinée par le Groupe de travail, le projet ultérieur de règles uniformes prévoie une disposition entre crochets, traitant de cette question, de manière à ce que le Groupe de travail puisse examiner le rapport existant entre ce problème et celui visant à déterminer si un ETT devrait être autorisé, par convention, à déroger aux dispositions des règles. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, la question portait sur la forme des règles uniformes, dont l'examen avait été reporté jusqu'à l'achèvement des travaux sur les questions de fond, lorsque l'on saurait comment ces questions devaient être traitées (voir par. 13). Il a été généralement admis que le projet ultérieur de règles uniformes à établir aux fins d'examen par le Groupe de travail ne devrait contenir que des dispositions sur les questions de fond et non pas de dispositions définitives — notamment une clause traitant du caractère impératif des règles uniformes — qui n'auraient pas, à ce stade, été examinées par le Groupe de travail.

91. Il a été convenu que l'ETT devrait pouvoir, par convention, assumer une responsabilité et des obligations plus lourdes que celles prévues par lesdites règles. S'agissant de la question de savoir si les règles uniformes devaient permettre à l'ETT de limiter sa responsabilité et ses obligations, un avis a été exprimé selon lequel les parties devraient jouir de la liberté contractuelle, sauf dans le cas où il serait établi qu'il était nécessaire de procéder autrement. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, l'ETT ne devrait pas pouvoir limiter la responsabilité et les obligations qui lui incombaient conformément aux règles uniformes. Il a été indiqué que le fait de laisser une telle possibilité à l'ETT ne serait pas compatible avec le régime uniforme de responsabilité que les règles uniformes avaient pour objet d'établir. C'est pourquoi on a estimé que l'article 12 de l'avant-projet de convention d'UNIDROIT était dans l'ensemble susceptible de servir de modèle pour l'élaboration d'une disposition traitant de cette question. Selon un autre avis, bien qu'il fût admissible d'interdire à l'ETT de limiter sa responsabilité et ses obligations relatives à la garde des marchandises, il pourrait être souhaitable d'adopter une approche différente en ce qui concerne la responsabilité et les obligations relatives à d'autres opérations, dans la mesure où les règles uniformes s'appliqueraient à ces autres opérations.

92. Selon un avis, les règles uniformes devraient prévoir de faire figurer, dans le document que devait produire l'ETT, une déclaration précisant que les opérations de l'ETT étaient régies par les règles uniformes; l'article 23 3) des Règles de Hambourg pourrait servir de modèle à une telle disposition. Selon un autre avis, l'intérêt d'une telle disposition dépendrait de la nature du document exigé en vertu des règles.

E. *Conventions relatives au transport international*

93. Le Groupe de travail s'est demandé si les règles uniformes devraient stipuler qu'elles ne modifiaient pas les droits ou obligations pouvant découler d'une convention internationale relative au transport international de marchandises (question supplémentaire 7, A/CN.9/WG.II/WP.53). Il a été convenu que les règles uniformes devraient contenir une disposition à cet effet, mais que celle-ci ne devrait se référer qu'aux conventions relatives au transport international ayant force obligatoire dans l'Etat où l'ETT était installé. En particulier, si, en vertu de la législation applicable, les dispositions des règles uniformes et celles d'une convention relative au transport international s'appliquaient dans une situation donnée, rien dans les règles uniformes ne devrait modifier les droits et obligations découlant de cette convention. Il a été proposé qu'on examine la question de savoir si les règles uniformes devraient stipuler qu'elles ne modifiaient pas les droits et obligations découlant des règles juridiques nationales applicables au transport.

F. *Interprétation des règles uniformes*

94. Le Groupe de travail s'est demandé si les règles uniformes devraient contenir une disposition traitant de l'interprétation des règles, telle que l'article 15 de l'avant-projet de convention d'UNIDROIT (question supplémentaire 8, A/CN.9/WG.II/WP.53). Il a été convenu qu'il était souhaitable d'élaborer une disposition à cet effet, mais qu'il faudrait pour cela se conformer à l'article 3 des Règles de Hambourg et à l'article 7 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974)[9]. A l'appui de cet avis, on a avancé que, dans les règles uniformes telles que celles qui étaient envisagées, la référence aux "principes généraux" figurant au paragraphe 2 de l'article 15 de l'avant-projet de convention n'était pas appropriée. On a également observé que l'article 15 de l'avant-projet de convention dissociait l'interprétation des règles uniformes de leur application, ce qui n'était pas souhaitable.

IV. Autres questions et travaux futurs

95. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d'élaborer pour la prochaine session, en tenant compte des débats de la présente session, des projets de dispositions de règles uniformes sur les exploitants de terminaux de transport, accompagnés de l'étude mentionnée au paragraphe 27.

96. L'observateur de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a déclaré que, comme suite à la résolution 144 (VI) adoptée lors de la sixième session de la Conférence, tenue à

[9] A/CONF.63/15. Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.74.V.8).

Belgrade en juin 1983, le secrétariat de la CNUCED établirait une étude sur les droits et obligations des exploitants et usagers des terminaux à conteneurs. L'étude serait soumise à la douzième session de la Commission des transports maritimes de la CNUCED, prévue pour 1986. L'observateur a noté que le mandat de la CNUCED était plus restreint que celui de la CNUDCI, car il était limité à l'étude des droits et obligations des exploitants et usagers des terminaux à conteneurs. Il a indiqué que la CNUCED collaborerait avec la Commission, afin d'éviter tout chevauchement. Il a en outre déclaré que l'étude de la CNUCED tiendrait également compte des délibérations du Groupe de travail, ainsi que des travaux préparatoires entrepris par UNIDROIT à propos de la responsabilité des ETT. Il a enfin exprimé l'espoir que la CNUCED aurait la possibilité de présenter des observations sur le résultat des travaux du Groupe de travail, avant que la Commission n'y mette la dernière main.

97. Le Groupe de travail a remercié la CNUCED pour son offre de coopération, nouvelle preuve du renforcement de la coordination entre la CNUCED et la CNUDCI. Vu le rythme soutenu que devait suivre le Groupe de travail dans l'élaboration des règles uniformes, le secrétaire de la Commission s'est également félicité que le secrétariat de la CNUCED ait décidé de communiquer au secrétariat de la CNUDCI les résultats de son étude au fur et à mesure que celle-ci progresserait. Il a rappelé que la Commission avait pour pratique de demander les observations des gouvernements et organisations internationales intéressées avant d'adopter un texte juridique et a déclaré que la Commission accueillerait avec intérêt les observations de la CNUCED, organe influent et important dans le domaine des transports, notamment dans celui du transport international multimodal.

98. Compte tenu des impératifs liés aux services de conférence, ainsi que des dates des réunions d'autres organes traitant de questions touchant le transport international auxquelles participeraient certains représentants d'Etats membres et observateurs du Groupe de travail, le Groupe de travail a décidé de recommander à la Commission que sa prochaine session ait lieu à New York en janvier 1986.

B. Documents de travail soumis au Groupe de travail

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)

TABLE DES MATIÈRES

Chapitre		*Pages*
I.	MANDAT DU GROUPE DE TRAVAIL	356
II.	MÉTHODE DE TRAVAIL	356
III.	QUESTIONS QUI POURRAIENT ÊTRE RÉGIES PAR LES RÈGLES UNIFORMES	356
	A. Champ d'application des règles uniformes (questions 1 à 7)	356
	1. Lien entre les règles uniformes et les opérations internationales de transport (questions 1 à 4)	356
	2. Types d'exploitants et d'opérations susceptibles d'être assujettis aux règles uniformes (questions 5 à 7)	356
	B. Emission d'un document (questions 8 à 14)	358
	C. Norme de responsabilité applicable (question 15)	359
	D. Responsabilité du chef de retards (question 16)	359
	E. Limites de la responsabilité (questions 17 à 22)	359
	F. Délai de prescription (questions 23 et 24)	360
	G. Sûretés portant sur les marchandises (questions 25 et 26)	361
	H. Questions non traitées dans l'avant-projet de convention (questions 27 à 29)	361

I. Mandat du groupe de travail

1. A sa dix-septième session, la Commission était saisie d'un rapport du Secrétaire général intitulé "Responsabilité des opérateurs de terminaux de transport" (A/CN.9/252). Le rapport traitait de certaines des grandes questions que posait l'avant-projet de convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport, établi par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et qu'il pourrait y avoir lieu d'examiner lors de la formulation par la Commission de règles uniformes en la matière. Le texte de l'avant-projet de convention était joint en annexe audit rapport.

2. Après avoir examiné le rapport et l'avant-projet de convention, la Commission a décidé de confier à son Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux la tâche d'élaborer des règles uniformes sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport (ci-après dénommés ETT). Elle a en outre décidé que le Groupe de travail aurait pour mandat de baser ses travaux sur le document A/CN.9/252 et sur l'avant-projet de convention d'UNIDROIT, ainsi que sur le rapport explicatif y relatif établi par UNIDROIT[1] et que le Groupe de travail examinerait également des questions qui ne sont pas traitées dans l'avant-projet de convention d'UNIDROIT, ainsi que toute autre question qui pourrait être considérée comme pertinente[2]. Le texte du rapport explicatif est publié en additif à la présente note.

II. Méthode de travail

3. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager la marche à suivre pour s'acquitter de la tâche que lui a confiée la Commission. Durant les débats lors de la dix-septième session de la Commission, il avait été proposé que le Groupe de travail commence par examiner les approches à adopter en ce qui concerne les problèmes que pose la responsabilité des ETT, puis procède à l'élaboration de règles uniformes. La Commission est dans l'ensemble convenue que ce serait au Groupe de travail lui-même de définir ses propres méthodes de travail[3].

4. Le Groupe de travail jugera peut-être utile de commencer par examiner en détail toutes les questions que soulève la responsabilité des exploitants de terminaux de transport, sur la base du document A/CN.9/252, ainsi que du projet de convention et du rapport explicatif d'UNIDROIT, avant de commencer d'élaborer les règles uniformes. Ainsi pourrait se dégager une position commune pour ce qui est des principes, politiques et orientations sur lesquels les règles uniformes seront fondées. En outre, lorsque des questions sont liées entre elles, en ce sens que la solution apportée à une question influe sur la position prise à propos d'une autre, un examen global de toutes les questions, préalable à la rédaction, devrait faciliter l'élaboration des dispositions des règles uniformes relatives à ces questions, car on connaîtrait déjà les différents avis — du moins préliminaires — sur ces questions. Comme il a été suggéré dans le document A/CN.9/252 (par. 47), le Groupe de travail souhaitera peut-être reporter sa décision sur la forme définitive des règles uniformes après qu'il en aura rédigé le texte.

5. La présente note comporte une liste de questions qui pourront servir de base aux délibérations du Groupe de travail. Ces questions sont tirées du document A/CN.9/252, de l'avant-projet de convention et du rapport explicatif d'UNIDROIT et des avis exprimés lors de la dix-septième session de la Commission[4]. La liste des questions traitées dans la présente note ne saurait bien sûr être considérée comme exhaustive. Afin de faciliter la tâche du Groupe de travail, la présente note contient également des références aux sections pertinentes du document A/CN.9/252, de l'avant-projet de convention et du rapport explicatif.

III. Questions qui pourraient être régies par les règles uniformes

A. *Champ d'application des règles uniformes*

1. *Lien entre les règles uniformes et les opérations internationales de transport*

Question 1

Le champ d'application des règles uniformes devrait-il être limité de manière à ce que celles-ci ne s'appliquent qu'aux opérations des ETT concernant des marchandises faisant l'objet d'un transport international ?

Références

A/CN.9/252, par. 5 à 8.

Avant-projet de convention, art. 1 1) et 2 *b*.

Rapport explicatif, par. 9 à 11, 15, 23 à 26, 32 et 33.

Remarques

A la seizième session de la Commission, il a été proposé que l'application des règles uniformes ne soit pas limitée aux opérations des ETT concernant des marchandises en transport international, mais que ces règles s'appliquent également à celles concernant des marchandises ne faisant pas l'objet d'un transport[5]. La Commission a prié le secrétariat d'examiner cette question dans l'étude devant être soumise à la dix-septième session[6]; cette question est donc traitée dans le document A/CN.9/252, comme il est indiqué dans les références ci-dessus.

[1] Document d'UNIDROIT, étude XLIV-Doc.24.

[2] 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. 113.

[3] *Ibid.*, par. 108.

[4] *Ibid.*, par. 109 et 110.

[5] 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. 113.

[6] *Ibid.*, par. 115.

Question 2

Si l'application des règles uniformes doit être limitée aux opérations des ETT concernant les marchandises faisant l'objet d'un transport international, celle-ci devrait-elle être fonction de l'existence effective d'un lien avec le transport international (ce que l'on appelle ci-après l'"approche objective") ou du fait que l'ETT connaît effectivement ou peut déduire l'existence d'un tel lien (ce que l'on appelle ci-après l'"approche subjective") ?

Références

A/CN.9/252, par. 6, 7, 9 et 10.

Avant-projet de convention, art. 1 1) et 2 *b*.

Rapport explicatif : par. 33.

Remarques

Si les règles uniformes ne sont applicables que s'il existe un lien effectif avec le transport international, l'ETT risque de se heurter à certaines difficultés, comme il est indiqué aux paragraphes 6 et 7 du document A/CN.9/252 et au paragraphe 33 du rapport explicatif.

Question 3

Si les règles uniformes ne sont applicables qu'au cas où il existerait un lien effectif avec le transport international (approche objective), la nature de ce lien devrait-elle être définie, et, dans l'affirmative, comment ?

Références

A/CN.9/252, par. 9 et 10.

Avant-projet de convention et rapport explicatif (voir les références relatives à la question 2 ci-dessus).

Remarques

On pourrait formuler comme suit la nature de ce lien :

a) Les règles uniformes sont applicables aux opérations d'un ETT concernant un transport dont le point de départ et le point de destination sont situés dans deux Etats différents.

b) Les règles uniformes sont applicables aux opérations d'un ETT concernant des marchandises faisant l'objet d'un transport international, qui sont exécutées entre le moment où les marchandises sont prises en charge des mains du chargeur par un transporteur, un opérateur de transport multimodal ou un transitaire dans un Etat et celui où les marchandises sont livrées à un destinataire dans un autre Etat.

c) Les règles uniformes sont applicables aux opérations d'un ETT concernant des marchandises faisant l'objet d'un transport international, qui sont effectuées durant un délai commençant au moment où la responsabilité des marchandises incombe à un transporteur, un opérateur de transport multimodal ou un transitaire en vertu d'un document de transport international ou des règles juridiques applicables au transport international. Ce délai s'achève lorsque intervient celui des faits suivants qui se produit en dernier : 1) les marchandises sont mises à la disposition du destinataire, ou 2) la responsabilité des marchandises incombant au transporteur, à l'opérateur de transport multimodal ou au transitaire cesse d'être régie par un document de transport international ou par les règles juridiques applicables au transport international.

La formulation *a* ci-dessus est celle retenue dans l'avant-projet de convention (article 2 *b*). Comme il est indiqué dans le document A/CN.9/252 (par. 10), une telle formulation pourrait poser des problèmes quant à l'applicabilité de la convention dans des cas particuliers.

On notera qu'aux termes de la formulation *b* ci-dessus, les règles uniformes s'appliqueraient lorsque, par exemple, les marchandises qui doivent en dernière analyse faire l'objet d'un transport international sont prises en charge des mains du chargeur et déposées auprès d'un ETT du même Etat par un transporteur n'agissant pas en vertu d'un contrat de transport international. S'il était déterminé que les règles uniformes ne s'appliquent pas aux opérations de l'ETT dans un tel cas et dans les cas similaires, on pourrait stipuler que les règles commenceront d'être appliquées au moment spécifié dans la formulation *c* ci-dessus. Aux termes de cette dernière formulation, les opérations de l'ETT, dans l'exemple précédent, seraient régies par les règles uniformes si celui-ci agissait pour un transporteur auquel incomberait la responsabilité des marchandises en vertu d'un document de transport international ou d'une convention de transport international au moment où les marchandises seraient livrées à l'ETT. On notera en outre qu'aux termes de la formulation *b* ci-dessus, lorsque, à la fin d'un transport international, un transporteur livre les marchandises à un ETT agissant pour lui, les règles uniformes pourraient s'appliquer aux opérations de l'ETT même après que les marchandises ont été mises à la disposition du destinataire et que celui-ci n'en a pas pris livraison. Afin d'exclure un tel cas du champ d'application des règles uniformes, on pourrait faire en sorte que leur période d'application s'achève comme il est indiqué dans la formulation *c* ci-dessus (voir A/CN.9/252, notes 11 et 12).

Question 4

Si l'application des règles uniformes est fonction du fait que l'ETT connaît effectivement ou peut déduire l'existence d'un lien avec le transport international (approche subjective), comment devrait-on formuler une telle approche ?

Références

A/CN.9/252, par. 7.

Avant-projet de convention et rapport explicatif (voir les références relatives à la question 2 ci-dessus).

Remarques

On pourrait par exemple formuler comme suit l'approche subjective : les règles uniformes sont applicables si l'ETT savait ou aurait dû savoir que les marchandises devaient être, étaient ou avaient été transportées inter-

nationalement. L'ETT pourrait le savoir si, par exemple, le client était tenu de l'en notifier. Il serait peut-être bon de lier cette formulation avec les formulations *b* ou *c* de l'approche objective (voir la question 3 ci-dessus). Ainsi, les règles uniformes ne s'appliqueraient pas aux opérations d'un ETT qui seraient trop éloignées dans le temps du transport international.

2. *Types d'exploitants et d'opérations susceptibles d'être assujettis aux règles uniformes*

Question 5

Les règles uniformes ne devraient-elles s'appliquer que lorsque la garde des marchandises constitue une opération principale, ou devraient-elles également s'appliquer *a)* lorsque la garde des marchandises constitue non pas une opération principale mais une opération accessoire à des opérations de manutention et *b)* lorsque seules des opérations de manutention sont effectuées ?

Question 6

Si les règles uniformes s'appliquent à des opérations de manutention, auxquelles de ces opérations devraient-elles s'appliquer ?

Références

A/CN.9/252, par. 11 à 16.

Avant-projet de convention, art. 1 1) et 3.

Rapport explicatif, par. 12, 14, 16, 21 à 23, 27 et 34 à 39.

Question 7

Si les règles uniformes s'appliquent aux opérations de manutention, l'ETT devrait-il être responsable en cas de perte ou d'endommagement des marchandises se produisant du fait de ces opérations de manutention, mais n'intervenant qu'après que les marchandises ont été remises ?

Références

Avant-projet de convention, art. 3.

Rapport explicatif, par. 39.

B. *Emission d'un document*

Question 8

Les règles uniformes devraient-elles stipuler qu'un document doit être émis par l'ETT pour les marchandises prises en charge par lui ? Si oui, un tel document devrait-il être obligatoire dans tous les cas ou n'être émis que sur la demande du client ?

Références

A/CN.9/252, par. 17 à 19.

Avant-projet de convention, art. 4.

Rapport explicatif, par. 17 et 40 à 43.

Remarques

Si cette question doit être régie par des conditions contractuelles ou par des règles juridiques nationales autres que les règles uniformes, il serait peut-être préférable que les règles uniformes le stipulent expressément. Sinon, on pourrait supposer par erreur que les règles uniformes excluent les droits ou obligations dont elles ne traitent pas, plutôt que de les laisser aux conditions contractuelles ou à d'autres règles de droit national. Ces remarques s'appliquent également à quelques autres questions mentionnées dans la présente note, à propos desquelles le Groupe de travail pourra décider qu'il serait préférable qu'elles soient régies par des conditions contractuelles ou d'autres règles de droit national, plutôt que par les règles uniformes.

Question 9

Si les règles uniformes stipulent l'émission d'un document par l'ETT, quel devrait être le contenu d'un tel document ?

Références

A/CN.9/252, par. 26.

Avant-projet de convention, art. 4 1) et 2).

Rapport explicatif, par. 41 à 44.

Remarques

Le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier si certains des différents renseignements ci-après devraient figurer dans le document : emplacement du terminal de transport; date d'émission du document; date de prise en charge des marchandises; négociabilité du document (voir question 13 ci-dessous); nature des marchandises; quantité et état des marchandises, dans la mesure où ces données peuvent être vérifiées; indication des honoraires ou dépenses pour lesquels l'ETT demande une sûreté sur les marchandises (voir les questions 25 et 26 ci-dessous). Le Groupe de travail souhaitera peut-être également envisager s'il faudrait exiger une signature autorisée par l'ETT.

Question 10

Si les règles uniformes prévoient l'émission d'un document par l'ETT, devraient-elles également stipuler les effets juridiques de ce document et, si oui, quels devraient être ces effets ? (Voir également la question 14 ci-dessous.)

Références

A/CN.9/252, par. 26.

Avant-projet de convention, art. 4 3).

Rapport explicatif, par. 45.

Question 11

Les règles uniformes devraient-elles spécifier un délai dans lequel l'ETT serait tenu d'émettre un tel document ? Si oui, quel délai devrait être spécifié ?

Références

A/CN.9/252, par. 24.

Question 12

Les règles uniformes devraient-elles prévoir des sanctions lorsque l'ETT n'émet pas un document qu'il est tenu d'émettre ? Si oui, quelles devraient être ces sanctions ?

Références

A/CN.9/252, par. 25.
Rapport explicatif, par. 43.

Question 13

Les règles uniformes devraient-elles prévoir un document négociable ? Si oui, l'ETT devrait-il être tenu d'émettre un document sous forme négociable dans tous les cas ou seulement sur la demande du client, ou un tel document ne devrait-il être émis que si les deux parties en conviennent ?

Références

A/CN.9/252, par. 20 à 22.
Avant-projet de convention, art. 4 4).
Rapport explicatif, par. 46.

Question 14

Si les règles uniformes prévoient un document négociable, devraient-elles également régir la situation et les droits de cessionnaires d'un tel document et si oui, comment ?

Références

A/CN.9/252, par. 23.
Avant-projet de convention, art. 14.

Remarques

Pour ce qui est de la situation d'un concessionnaire de bonne foi du document qui se fonderait sur la description erronée des marchandises donnée dans le document, on pourrait par exemple retenir l'approche adoptée au paragraphe 3 de l'article 16 de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg) (ci-après dénommée les Règles de Hambourg), qui stipule que la preuve que les marchandises ne sont pas telles que décrites dans un connaissement n'est pas admise lorsque le connaissement a été transmis à un tiers qui a agi de bonne foi en se fondant sur la description des marchandises.

Pour ce qui est d'un éventuel conflit entre les droits qu'a une personne sur les marchandises en vertu d'un document de transport et ceux du porteur d'un document négociable émis par l'ETT et portant sur les mêmes marchandises, le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier si un tel conflit est suffisamment probable dans la pratique pour mériter d'être traité dans les règles uniformes. Il souhaitera peut-être également envisager si une solution subordonnant les droits du porteur du document émis par l'ETT à ceux d'une personne ayant droit aux marchandises en vertu d'un document de transport (voir par exemple l'article 14 de l'avant-projet de convention) compromettrait la valeur du document négociable émis par l'ETT.

C. *Norme de responsabilité applicable*

Question 15

Les règles uniformes devraient-elles établir une norme unique de responsabilité applicable à toutes les opérations des ETT qu'elles régissent ? Dans l'affirmative, quelle devrait être cette norme ?

Références

A/CN.9/252, par. 27 à 29.
Avant-projet de convention, art. 6 1).
Rapport explicatif, par. 13, 53, 54, 56 et 57.

D. *Responsabilité du chef de retards*

Question 16

Les règles uniformes devraient-elles traiter de la responsabilité de l'ETT pour les retards apportés à la remise des marchandises ?

Références

A/CN.9/252, par. 30 à 32.
Avant-projet de convention, art. 6 2).
Rapport explicatif, par. 55.

E. *Limites de la responsabilité*

Question 17

Les règles uniformes devraient-elles prévoir une limitation de responsabilité par colis en sus de la limitation de responsabilité par kilogramme ?

Références

A/CN.9/252, par. 39.
Rapport explicatif, par. 58.

Remarques

Les Règles de Hambourg [article 6 1)] et la Convention des Nations Unies sur le transport multimodal international de marchandises [article 18 1)] stipulent que la plus élevée des deux sommes, limitation par colis ou par kilogramme, constitue la limite de responsabilité applicable. Voir à ce propos les réserves émises au paragraphe 39 du document A/CN.9/252.

Question 18

La responsabilité de l'ETT pour la perte ou l'endommagement des marchandises devrait-elle être limitée à un certain montant et, dans l'affirmative, à quel montant ?

Références

A/CN.9/252, par. 33 et 34.
Avant-projet de convention, art. 7 1) et 2).
Rapport explicatif, par. 58 et 59.

Remarques

Dans l'avant-projet de convention, la responsabilité de l'ETT est limitée à 2,75 unités de compte par kilogramme [art. 7 1)].

Question 19

Les règles uniformes devraient-elles prévoir, en sus d'une limitation de responsabilité par kilogramme ou par colis, une limitation totale de responsabilité pour chaque incident ?

Références

A/CN.9/252, par. 38.
Rapport explicatif, par. 59.

Question 20

Si les règles uniformes prévoient une limite totale de responsabilité pour chaque incident, devraient-elles également prévoir un moyen de répartir le montant recouvrable entre les ayants droit au cas où le montant total des dommages-intérêts excéderait cette limite ?

Références

A/CN.9/252, par. 38.

Question 21

Les règles uniformes devraient-elles autoriser les parties à convenir d'une limite de responsabilité plus élevée que la limite prévue dans les règles ?

Références

A/CN.9/252, par. 35.
Avant-projet de convention, art. 7 3).
Rapport explicatif, par. 60.

Question 22

Les règles uniformes devraient-elles autoriser le non-respect de la limite de responsabilité dans certaines circonstances et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances ?

Références

A/CN.9/252, par. 36 et 37.
Avant-projet de convention, art. 9.
Rapport explicatif, par. 13 et 62 à 65.

F. *Délai de prescription*

Question 23

Les règles uniformes devraient-elles fixer un délai de prescription pour l'introduction d'une procédure contre un ETT en application des règles ? Dans l'affirmative, quelle devrait être la durée de ce délai et comment devrait-il être calculé ?

Références

A/CN.9/252, par. 40.
Avant-projet de convention, art. 11.
Rapport explicatif, par. 13 et 70.

Remarques

Le Groupe de travail souhaitera peut-être se pencher sur le problème examiné au paragraphe 40 du document A/CN.9/252, à savoir qu'un délai de deux ans pour l'introduction d'une procédure contre un ETT, calculé à compter du moment où les marchandises ont été livrées ou à compter du moment où elles peuvent être considérées comme perdues [comme dans l'article 11 1) et 2) de l'avant-projet de convention], pourrait, dans certains cas, priver de voie de recours le transporteur ou l'opérateur de transport multimodal. On pourrait régler ce problème en stipulant qu'une action en recours formée contre un ETT par une unité ayant reçu les marchandises dudit ETT et contre laquelle une procédure a été introduite pour perte ou endommagement des marchandises, peut être engagée même après expiration du délai de prescription habituellement applicable à l'ETT si elle l'est dans un délai donné après que ladite entité a été informée de l'introduction de la procédure engagée contre elle, ou après qu'elle a satisfait la créance, ou encore après qu'elle a été tenue pour responsable de la perte ou du dommage. Si le Groupe de travail adopte cette approche quant au fond, il souhaitera peut-être déterminer à partir de laquelle des trois possibilités susmentionnées le délai devrait commencer à courir (voir l'alinéa 5 de l'article 11 de l'avant-projet de convention et l'alinéa 3 de l'article 18 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises [New York, 1974] [ci-après dénommée Convention sur la prescription]).

Question 24

Les règles uniformes devraient-elles contenir des dispositions précises relatives à l'interruption, la suspension, la prolongation ou la cessation du délai de prescription ?

Références

A/CN.9/252, par. 41.
Rapport explicatif, par. 71 et 72.

Remarques

Le Groupe de travail souhaitera peut-être se pencher sur la question de savoir si les règles uniformes doivent contenir des dispositions précises sur le moment où la procédure judiciaire ou arbitrale d'examen des réclamations et demandes reconventionnelles, qui interrompt le cours de la prescription, est réputée avoir commencé, ainsi que des dispositions sur l'effet qu'a sur le cours de la prescription la clôture d'une telle procédure sans décision définitive quant au fond et enfin des dispositions sur les circonstances dans lesquelles un nouveau délai de prescription doit commencer à courir et sur la prolongation dudit délai dans les cas où la procédure ne peut être introduite pour des raisons indépendantes de la volonté du demandeur (voir Convention sur la prescription, art. 13 à 21).

G. *Sûretés portant sur les marchandises*

Question 25

Les règles uniformes devraient-elles accorder à l'ETT des sûretés sur les marchandises pour ses frais et ses réclamations concernant lesdites marchandises ? Dans l'affirmative, quelle devrait être la nature de ces sûretés ?

Références

A/CN.9/252, par. 42 à 44.

Avant-projet de convention, art. 5.

Rapport explicatif, par. 13 et 48 à 52.

Remarques

Pour garantir les sommes dues à l'ETT pour les marchandises, les règles uniformes pourraient accorder à l'ETT un droit de rétention sur lesdites marchandises jusqu'à ce que les sommes dues soient acquittées. Elles pourraient également lui donner le droit de vendre les marchandises afin de satisfaire sa créance (voir art. 5 de l'avant-projet de convention).

Le Groupe de travail notera que ce type de sûreté pourrait entraver la circulation des marchandises et souhaitera peut-être envisager d'autres approches afin d'éviter cet écueil. Dans une première approche, l'ETT bénéficierait d'un droit de rétention et de vente des marchandises en garantie non seulement des sommes qui lui sont dues pour lesdites marchandises mais aussi d'autres sommes à lui dues (par exemple pour des marchandises précédemment laissées en dépôt auprès de l'ETT). Ceci permettrait à l'ETT de remettre à un client régulier les marchandises pour lesquelles des sommes lui sont dues, car ces sommes pourraient être garanties par des marchandises confiées ultérieurement à l'ETT. Dans une deuxième approche, la partie habilitée à recevoir les marchandises pourrait être autorisée à se les faire remettre après avoir donné une garantie ou après le dépôt auprès d'un tiers d'une somme suffisante pour garantir la somme réclamée par l'ETT (voir l'alinéa 2 de l'article 5 de l'avant-projet de convention). Dans une troisième approche, on pourrait donner à l'ETT des sûretés sans droit de possession sur les marchandises, sûretés auxquelles lesdites marchandises demeureraient assujetties, même si la possession des marchandises était transférée, jusqu'à ce que la dette garantie par les sûretés soit acquittée. Cependant, les sûretés sans droit de possession ne sont pas reconnues dans tous les ordres juridiques; il faudrait en outre mettre en place un cadre juridique en régissant l'existence et le fonctionnement (par exemple, règles régissant les droits des cessionnaires des marchandises, règles fixant un ordre de priorité pour les divers ayants droit aux marchandises et règles relatives à la notification publique). Aussi serait-il peut-être préférable de n'accorder à l'ETT une sûreté sans droit de possession que si ce concept existe dans la législation de l'Etat où s'effectuent les opérations de l'ETT (voir l'alinéa 1 de l'article 5 de l'avant-projet de convention).

Même si les règles uniformes accordaient à l'ETT un droit de rétention ou un droit de vente des marchandises, que ce soit pour garantir les sommes dues à l'ETT pour ces marchandises ou pour garantir d'autres sommes dues, il conviendrait peut-être de stipuler que les questions relatives à ces droits, non traitées dans les règles uniformes, seront régies par les règles de droit national autres que les règles uniformes.

Question 26

Si les règles uniformes accordent à l'ETT des sûretés portant sur les marchandises, devraient-elles également traiter des effets de ces sûretés sur les droits d'une personne à qui reviennent les marchandises mais qui n'est pas le client de l'ETT ? Dans l'affirmative, comment cette question devrait-elle être traitée ?

Références

A/CN.9/252, par. 43 et 44.

H. *Questions non traitées dans l'avant-projet de convention*

Question 27

Les règles uniformes devraient-elles traiter des questions de compétence pour les procédures judiciaires et de lieu d'arbitrage des réclamations contre les ETT ?

Références

Rapport explicatif, par. 69.

Remarques

Si le Groupe de travail décide que les règles uniformes doivent contenir des règles concernant la compétence pour les procédures judiciaires et le lieu d'arbitrage des réclamations introduites contre un ETT, les règles pourraient déterminer dans lequel ou lesquels des lieux ci-après ces procédures judiciaires ou arbitrales peuvent être engagées : le principal établissement de l'ETT; le lieu où le contrat avec l'ETT a été conclu, si l'ETT y a un établissement; le lieu où les opérations de l'ETT ont été effectuées, ou tout autre lieu indiqué dans le contrat conclu avec l'ETT. Le Groupe de travail souhaitera peut-être par ailleurs envisager l'adoption d'une disposition comparable à celles qui figurent à l'alinéa 5 de l'article 21 et à l'alinéa 6 de l'article 22 des Règles de Hambourg, qui stipulent que pour un litige né d'un contrat de transport par mer, les parties peuvent par convention désigner le lieu où le demandeur pourra engager une action en justice ou recourir à l'arbitrage.

Question 28

Les règles uniformes devraient-elles faire obligation au transporteur d'aviser l'ETT de la perte de marchandises devant être remises au transporteur pour transport et livraison au destinataire, ou d'aviser l'ETT de l'endommagement de marchandises remises au transporteur pour transport et livraison au destinataire, en vue de protéger le droit du destinataire à des dommages-intérêts pour cette perte ou ce dommage ?

Remarques

L'obligation du transporteur de protéger le destinataire en avisant ainsi l'ETT pourrait être utile dans les cas où, par exemple, l'ETT remet les marchandises au transporteur et où le destinataire allègue par la suite qu'il n'a pas reçu la quantité correcte de marchandises ou que les marchandises étaient endommagées et que cette perte ou ce dommage ont pu se produire alors que les marchandises étaient sous la garde de l'ETT. On notera, cependant, que dans l'avant-projet de convention (alinéa 1 de l'article 10), le droit du destinataire à des dommages-intérêts pour perte ou endommagement des marchandises n'est pas nécessairement annulé en cas de non-notification par le transporteur. Dans un tel cas, la remise des marchandises au transporteur constituerait une présomption que les marchandises ont été livrées telles qu'elles sont décrites dans le document émis par l'ETT, ou livrées en bon état. Si l'ETT a agi pour le compte du transporteur, le destinataire pourrait néanmoins engager une procédure contre le transporteur pour la perte ou les dommages. Même si l'ETT n'a pas agi pour le transporteur, le destinataire pourrait se retourner contre le transporteur et cette réclamation serait étayée par le caractère de présomption de la remise des marchandises par l'ETT attestant que les marchandises ont été livrées telles qu'elles sont décrites dans le document émis par l'ETT, ou en bon état, ainsi que par la valeur probante de tout connaissement ou autre document de transport émis par le transporteur et attestant que les marchandises ont été reçues par lui en quantité insuffisante, ou endommagée, ou la preuve rapportée par le transporteur dans la procédure engagée contre lui qu'il a reçu les marchandises de l'ETT en quantité conforme ou en bon état. L'émission par le transporteur d'un document de transport attestant qu'il a reçu les marchandises de l'ETT en quantité insuffisante ou endommagées pourrait être utilisée pour rendre inopérante la présomption que constitue la remise des marchandises par l'ETT dans le cadre de la procédure engagée par le destinataire contre l'ETT. Enfin, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si les règles uniformes constituent ou non l'instrument approprié pour obliger le transporteur à protéger le droit qu'a le destinataire d'engager une procédure pour perte ou endommagement des marchandises.

Question 29

Les règles uniformes devraient-elles traiter des obligations du client vis-à-vis de l'ETT telles que *a)* l'obligation de payer pour les services rendus par l'ETT; *b)* l'obligation d'informer l'ETT, le cas échéant, du caractère dangereux des marchandises et le droit afférent de l'ETT de ne pas les accepter ou de les traiter en conséquence; *c)* l'obligation de protéger l'ETT de toutes conséquences autres que celles liées au caractère dangereux des marchandises, telle que la responsabilité vis-à-vis des autorités pour erreurs dans la documentation ?

Références

A/CN.9/252, par. 45.
Rapport explicatif, par. 20.

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)

[Le texte du rapport explicatif est reproduit dans le volume XV de l'Annuaire (1984), deuxième partie, IV, C, en relation avec le texte de l'avant-projet de convention, parce qu'il a été soumis, sous forme d'un document d'UNIDROIT, à la Commission, à sa dix-septième session (New York, 25 juin-10 juillet 1984). Le rapport est mentionné ici à titre de référence parce qu'il a été publié au cours de la période couverte par le présent *Annuaire*, en tant que document A/CN.9/WG.II/WP.52/Add.1 de la CNUDCI, pour la huitième session du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux (3-14 décembre 1984).]

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)

Question supplémentaire 1

Les règles uniformes devraient-elles stipuler que les exonérations et limitations de responsabilité qu'elles définissent s'appliquent, que l'action soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou délictuelle ou autrement ?

Question supplémentaire 2

Les règles uniformes devraient-elles préciser les catégories d'entités autorisées à présenter un recours contre l'ETT ?

Références

Avant-projet de convention, art. 8 1).
Rapport explicatif, par. 61.
Règles de Hambourg, art. 7 1).
Convention multimodale, art. 20 1).

Remarques

Une disposition analogue à celle contenue dans l'article 8 1) de l'avant-projet de convention, selon laquelle les règles seraient applicables que l'action soit

fondée sur la responsabilité délictuelle ou autrement, permettrait à des personnes non liées par contrat à l'ETT d'intenter une action contre ce dernier. Toutefois, l'avant-projet de convention ne traite pas directement la question de savoir qui peut présenter un recours contre l'ETT. Dans certains systèmes juridiques, une action contre un ETT dont les prestations relèvent du domaine du transport maritime ne peut être intentée que par une entité liée par contrat à l'ETT. Dans d'autres, un recours peut être présenté par des personnes qui ne sont pas liées par contrat à l'ETT mais qui ont un intérêt dans les marchandises. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il serait préférable de préciser les catégories d'entités admises à intenter des actions contre l'ETT ou de laisser d'autres règles de droit national régler cette question.

Question supplémentaire 3

Les règles uniformes devraient-elles autoriser le préposé ou le mandataire de l'ETT agissant dans l'exercice de ses fonctions à se prévaloir des exonérations et limitations de responsabilité que l'ETT lui-même peut invoquer en vertu desdites règles ?

Références

Avant-projet de convention, art. 8 2).
Rapport explicatif, par. 61.
Règles de Hambourg, art. 7 2).
Convention multimodale, art. 20 2).

Remarques

L'ETT agissant en qualité de mandataire d'un transporteur peut, le cas échéant, bénéficier des exonérations et limitations de responsabilité dont le transporteur peut se prévaloir en vertu de la convention pertinente de transport si cette dernière comporte une disposition analogue à l'article 7 2) des Règles de Hambourg, ou si le document de transport émis par le transporteur contient une clause dite "Himalaya". Ces exonérations et limites peuvent être plus favorables à l'ETT que celles prévues dans les règles uniformes, situation qui ne posera pas de problème en cas de recours du transporteur contre l'ETT, puisque les exonérations et limites de responsabilité dont ce dernier pourra se prévaloir en cas d'action récursoire seront identiques à celles que le transporteur pourrait lui opposer. Il n'en irait, en revanche, pas de même en cas d'action intentée directement par un chargeur contre l'ETT, car ce dernier pourrait alors se prévaloir d'exonérations et de limites de responsabilité plus favorables que celles qu'il pourrait par ailleurs invoquer en vertu des règles uniformes. Le Groupe de travail voudra donc peut-être examiner s'il ne serait pas opportun ou possible de n'admettre l'ETT agissant en qualité de mandataire d'un transporteur au bénéfice des exonérations et limites de responsabilité que le transporteur peut invoquer qu'en cas d'action récursoire du transporteur contre l'ETT.

On notera qu'en vertu de l'article 8 2) de l'avant-projet de convention, le préposé ou le mandataire de l'ETT ne pourrait se prévaloir que des exonérations et limites de responsabilités que l'ETT lui-même peut invoquer en vertu de la convention, et non de celles que l'ETT pourrait invoquer dans les conditions décrites au paragraphe précédent.

Question supplémentaire 4

Les règles uniformes devraient-elles exiger que l'ETT soit avisé de la perte ou de l'endommagement des marchandises ? Dans l'affirmative, dans quel délai une telle notification devrait-elle être faite et quels seraient les effets d'un manquement à cette obligation ?

Références

Avant-projet de convention, art. 10.
Rapport explicatif, par. 66 à 68.
Règles de Hambourg, art. 19.
Convention multimodale, art. 24.

Remarques

L'argumentation contenue dans les remarques relatives à la question 28 du document A/CN.9/WG.II/WP.52 peut être pertinente à cet égard.

Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le délai de notification de 15 jours pour dommages non apparents est suffisant. Ainsi, il pourrait se produire une situation où des marchandises contenues dans un conteneur sont endommagées alors qu'elles sont à la garde d'un ETT immédiatement avant leur transport par voie maritime mais où les dommages ne sont pas découverts avant l'ouverture du conteneur à la fin du voyage, ce délai pouvant être supérieur à 15 jours après que l'ETT a remis le conteneur au transporteur.

Il convient de noter que si certaines conditions générales prévoient un délai de notification plus long (60 jours, par exemple) que les délais stipulés dans l'avant-projet de convention, elles prévoient aussi qu'un recours en dommages-intérêts contre l'ETT est exclu si la notification n'a pas été faite en temps voulu.

Question supplémentaire 5

Les règles uniformes devraient-elles prévoir à qui la notification peut être faite ?

Remarques

L'avant-projet de convention ne traite pas de cette question. Une solution pourrait être de renvoyer cette question aux règles de droit national autres que les règles uniformes.

Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il est souhaitable que les règles uniformes prévoient qu'une notification faite à un transporteur pour le compte de qui opère l'ETT constitue également une notification à l'ETT. Une telle disposition pourrait couvrir de manière appropriée une situation où les marchandises ont été remises par un transporteur ayant pour agent un ETT et ont été livrées par l'ETT au destinataire qui a découvert qu'elles étaient endommagées. Une solution possible serait de prévoir que notifi-

cation faite au transporteur constitue également notification à l'ETT. A cet égard, il serait peut-être aussi souhaitable que les règles uniformes précisent à l'encontre de qui joue la présomption d'un manquement à l'obligation de notification (par exemple, uniquement à l'encontre de la personne qui a reçu les marchandises).

Question supplémentaire 6

Les règles uniformes devraient-elles prévoir que l'ETT ne peut, par convention, déroger aux dispositions des règles ? Les règles uniformes devraient-elles autoriser l'ETT à assumer une responsabilité et des obligations plus lourdes que celles prévues par lesdites règles ?

Références

Avant-projet de convention, art. 12.
Rapport explicatif, par. 73 et 74.
Règles de Hambourg, art. 23.
Convention multimodale, art. 28.

Remarques

Une disposition analogue à l'article 12 2) de l'avant-projet de convention contribuerait à renforcer le droit de recours du transporteur contre l'ETT si les responsabilités et obligations du transporteur envers le chargeur étaient supérieures à celles de l'ETT envers le transporteur.

Question supplémentaire 7

Les règles uniformes devraient-elles prévoir que leur application est subordonnée aux droits et obligations résultant d'une convention internationale concernant le transport international de marchandises ?

Références

Avant-projet de convention, art. 14.
Rapport explicatif, par. 76.

Remarques

Une disposition analogue à l'article 14 de l'avant-projet de convention pourrait avoir diverses conséquences, notamment :

a) Les règles ne s'appliqueraient pas à un transporteur dont les activités sont régies par une convention internationale en matière de transport;

b) Un titre de transport conférerait des droits équivalant à ceux résultant d'un document émanant d'un ETT;

c) Une personne habilitée à recevoir les marchandises en vertu d'un titre de transport aurait des droits équivalant aux sûretés accordées à l'ETT sur les marchandises.

Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si les règles uniformes devraient aussi être subordonnées aux droits et obligations résultant d'une convention internationale en matière de transport à laquelle ne serait pas partie l'Etat sur le territoire duquel l'ETT exerce ses activités.

Question supplémentaire 8

Les règles uniformes devraient-elles contenir une disposition comparable à l'article 15 de l'avant-projet de convention ?

V. TRAITEMENT AUTOMATIQUE DE L'INFORMATION

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

TABLE DES MATIÈRES

Chapitre		*Paragraphes*
INTRODUCTION		1-3
I.	ENREGISTREMENTS COMMERCIAUX	4-26
A.	Types d'enregistrements commerciaux	4-12
B.	Aspects matériels des enregistrements commerciaux	13-26
1.	Documents et enregistrements sur papier	13
2.	Documents et enregistrements électroniques	14-26
a)	Télégrammes et messages télex	14-17
b)	Documents sur papier établis par ordinateur	18
c)	Documents transmis entre ordinateurs	19-22
d)	Stockage des données sur support informatique	23-26
II.	VALEUR PROBANTE DES ENREGISTREMENTS INFORMATIQUES	27-48
A.	Règles juridiques concernant la recevabilité des preuves	27-34
1.	Libre présentation de tous les éléments de preuve pertinents	28
2.	Liste exhaustive des moyens de preuve recevables	29-30
3.	La règle de *common law* relative au témoignage indirect (*hearsay evidence*)	31-34
B.	Fiabilité des enregistrements informatiques selon les cas	35-42
1.	Critères de recevabilité pour les tribunaux de *common law*	36-39
2.	Evaluation par le tribunal de la fiabilité des données stockées sur ordinateur	40-42
C.	La meilleure preuve : original ou copie	43-48
1.	Enregistrement sur ordinateur d'un document original sur papier	43-46
2.	La sortie d'imprimante : original ou copie d'un enregistrement informatique	47-48
III.	AUTHENTIFICATION	49-58
IV.	EXIGENCE DE L'ÉCRIT	59-72
A.	Moyens de preuve	60-61
B.	Prise de conscience des conséquences juridiques et économiques	62-63
C.	Utilisation par des tiers	64-66
D.	Vérification des comptes	67-69
E.	Documents soumis à l'administration	70-72
V.	VALEUR JURIDIQUE DES ENREGISTREMENTS INFORMATIQUES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL	73-80
A.	Les enregistrements informatiques en tant que moyens de preuve	75-78
B.	Authentification et exigence de l'écrit	79-80
CONCLUSION		81-82
		Page
Annexe	Résumé analytique des réponses au questionnaire de la CNUDCI sur l'utilisation de données sur support informatique comme moyens de preuve dans les procédures judiciaires	377

[a]Pour examen par la Commission, voir le *Rapport*, chap. VI, B (première partie, A, plus haut).

Introduction

1. A sa quinzième session, en 1982, la Commission a examiné un rapport du Secrétaire général traitant de certains problèmes juridiques liés aux transferts électroniques de fonds[1]. Pour ce qui est de la question de la valeur juridique des enregistrements d'ordinateurs, ledit rapport concluait que "ce problème, s'il revêt une importance particulière pour les transferts électroniques de fonds, intéresse également tous les aspects du commerce international. Il serait donc souhaitable de trouver des solutions d'ensemble"[2]. Sur la base de ce rapport, la Commission a prié le secrétariat de lui soumettre, à une session ultérieure, un rapport sur la valeur juridique des documents d'ordinateurs en général[3].

2. Après la quinzième session de la Commission, le Groupe de travail sur la facilitation des procédures du commerce international, organe parrainé à la fois par la Commission économique pour l'Europe et la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, a examiné un rapport sur les aspects juridiques de l'échange automatique de données commerciales, lequel concluait notamment ce qui suit : "il est urgent de prendre des dispositions à l'échelon international en vue d'établir des règles concernant l'acceptation juridique des données commerciales transmises par télécommunications. Comme c'est là essentiellement un problème de droit commercial international, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) semblerait être l'instance intéressée au premier chef"[4]. Sur la demande du Groupe de travail, le rapport a été communiqué pour examen par le Secrétaire exécutif de la Commission économique pour l'Europe à plusieurs organisations internationales et il a été soumis à la Commission à sa seizième session, en tant qu'annexe au document A/CN.9/238.

3. Afin de pouvoir établir le présent rapport, le secrétariat a rédigé un questionnaire sur l'utilisation de données sur support informatique dans les procédures judiciaires. Ce questionnaire avait pour objet de permettre la collecte de données sur la valeur probante des données stockées ou transmises sur support informatique. Dans le même temps, en coopération avec le secrétariat de la Commission, le Conseil de coopération douanière a préparé un questionnaire sur la recevabilité des déclarations de marchandises sur support informatique aux fins du dédouanement et sur leur utilisation dans les procédures judiciaires. Le questionnaire établi par le secrétariat de la Commission a été envoyé aux gouvernements et a été joint pour information à celui envoyé par le Conseil de coopération douanière. De même, ce dernier questionnaire a été envoyé à tous les Etats membres du Conseil de coopération douanière et a été joint pour information à celui envoyé par le secrétariat de la Commission. Les deux questionnaires ont été envoyés ensemble de manière que les ministres compétents puissent coordonner leurs réponses. Les renseignements fournis dans ces réponses ont été utilisés pour établir le présent rapport[5].

I. Enregistrements commerciaux

A. *Types d'enregistrements commerciaux*

4. Les enregistrements commerciaux liés à une transaction, qui font l'objet du présent rapport, sont ceux qui enregistrent les activités d'une entreprise. Qu'ils soient établis ou stockés sur papier ou dans un ordinateur, ils peuvent être classés dans les catégories suivantes : 1) originaux ou copies de documents transactionnels, 2) enregistrements chronologiques de transactions ou 3) enregistrements récapitulatifs de transactions. Ces trois types d'enregistrement ayant des caractéristiques différentes, la question de leur valeur juridique lorsqu'ils sont conservés sur support informatique plutôt que sur papier pose des problèmes quelque peu différents, mais ils ont pour caractéristique commune d'enregistrer des faits s'étant réellement produits.

5. La valeur juridique des documents commerciaux d'une entreprise ne reflétant pas des transactions, par exemple une analyse ou la planification des activités, est déterminée par des critères différents de ceux applicables aux enregistrements liés à une transaction et cette question n'est pas traitée dans le présent rapport.

6. *Les documents transactionnels* sont des documents interentreprises, tels que contrats, commandes, confirmations, ordres d'expédition et ordres de paiement. Ils comprennent des documents internes (mémorandums, feuilles de présence, feuilles de congés, demandes d'articles en stock), ainsi que des documents soumis à l'Etat, notamment à des fins de dédouanement ou de contrôle des changes.

7. Normalement, les livres d'une entreprise comportent des originaux des documents transactionnels reçus de l'extérieur et des copies des documents transactionnels envoyés à l'extérieur. L'original est souvent authentifié par une signature ou son équivalent, mais les copies conservées par l'expéditeur ne sont pas en général authentifiées. Les originaux et les copies portent en général une ou plusieurs dates, qui peuvent être plus ou moins significatives selon le contexte. Les documents peuvent comporter un numéro de série indiquant l'ordre dans lequel ils ont été utilisés, envoyés ou reçus par l'entreprise. Ce sont là les documents de base sur lesquels sont fondés tous les autres documents d'une entreprise et l'authenticité de leur source, de leur date et de leur contenu revêt une importance essentielle en cas d'enquête ou de différend ultérieurs. L'archivage à long terme des documents transactionnels sur papier étant onéreux, de nombreux documents sont reproduits ou

[1] A/CN.9/221 et Corr.1.

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

[3] 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.

[4] TRADE/WP.4/R.185/Rev.1, par. 4 de l'avant-propos.

[5] On trouvera en annexe au présent document un résumé analytique des réponses reçues par le secrétariat. Il serait peut-être bon de lire l'annexe avant le rapport proprement dit. Le document n° 31.678 présente un résumé des réponses reçues par le Conseil de coopération douanière et il a été tenu compte, le cas échéant, de ces réponses lors de l'établissement du présent rapport.

enregistrés sur microfilms ou sur ordinateur et les originaux sont détruits, soit immédiatement, soit après un délai limité.

8. Les documents administratifs établis par les entreprises doivent être conformes aux normes spécifiées par l'administration. Souvent, ces documents sont des formulaires imprimés remplis par l'entreprise. Certains documents requis pour les échanges internationaux doivent être conformes à une présentation stipulée dans une convention internationale. Les archives de l'entreprise ne contiendront qu'une copie du document, puisque l'original aura été soumis à l'administration.

9. *Les enregistrements chronologiques*, tels que le livre journal d'une entreprise ou le livre de copie des lettres reçues ou envoyées, présentent chronologiquement l'expédition ou la réception de documents transactionnels. Certains enregistrements chronologiques indiquent la teneur des faits à l'origine des documents transactionnels. Un enregistrement chronologique peut également consister en un dossier des documents transactionnels, classés chronologiquement.

10. Un enregistrement chronologique peut être authentifié, mais il ne l'est en général pas. S'il est daté et séquentiel, la présomption est forte qu'il reflète les activités décrites pour la période stipulée. La force de la présomption dépend des facteurs suivants : des documents transactionnels sont-ils requis pour toutes les transactions pertinentes, doivent-ils porter des numéros de série et sont-ils classés avec rigueur dans l'enregistrement chronologique ?

11. *Les enregistrements récapitulatifs*, par exemple le grand-livre d'une entreprise, présentent les transactions liées à un compte ou une activité particuliers. Ils permettent d'évaluer aisément l'état dudit compte ou de ladite activité. Les différentes rubriques des enregistrements récapitulatifs peuvent être authentifiées, mais elles ne le sont en général pas.

12. Dans la plupart des cas, les enregistrements d'une entreprise ayant la plus grande valeur juridique sont les documents transactionnels. Les enregistrements chronologiques et récapitulatifs n'ont en général de valeur juridique qu'en tant que moyens de déterminer aisément quels faits se sont produits et en tant qu'index des documents transactionnels utilisés pour attester ces faits. Cependant, dans certains cas, les enregistrements chronologiques ou récapitulatifs ont une valeur juridique propre. Des dividendes peuvent n'être payables qu'aux personnes figurant sur le livre des actionnaires d'une entreprise. La comptabilisation des débits et crédits sur le compte d'un client d'une banque peut valoir acceptation d'un chèque ou d'un ordre de paiement.

B. *Aspects matériels des enregistrements commerciaux*

1. *Documents et enregistrements sur papier*

13. Tous les types de documents transactionnels ou d'enregistrements commerciaux peuvent être consignés sur papier. Le papier étant durable, ces documents et enregistrements peuvent être conservés plus longtemps qu'il n'est en général nécessaire d'un point de vue économique ou juridique. Une altération du document ou de tout autre enregistrement peut normalement être détectée. Les méthodes d'altération des documents et enregistrements sur papier s'étant perfectionnées, les techniques de fabrication de papier à l'épreuve de telles altérations ont fait de même. Les documents ou enregistrements peuvent être authentifiés par une signature ou par d'autres moyens. Les documents sur papier sont portables, ils peuvent être envoyés par messager ou expédiés par la poste dans des lieux éloignés, ce qui permet la transmission des données, des instructions ou des droits juridiques symbolisés par le document. Ce sont ces caractéristiques du papier qui en ont fait un support souhaitable pour la conservation des documents ou enregistrements.

2. *Documents et enregistrements électroniques*

a) *Télégrammes et messages télex*

14. Depuis plus d'un siècle, les documents transactionnels internes ou interentreprises sont envoyés par des moyens de télécommunication, sous forme de télégrammes et de messages télex. Du point de vue commercial et juridique, les télégrammes et messages télex et les moyens similaires sont en général considérés comme ayant un grand nombre des caractéristiques des documents sur papier. Puisqu'à la fois l'expéditeur et le destinataire du message conservent une copie sur papier, on estime en général que la règle juridique selon laquelle un contrat ou un autre document doit être sous forme écrite est respectée en cas d'échange de télégrammes et de messages télex[6].

15. Les télégrammes, messages télex et moyens similaires présentent cependant plusieurs lacunes techniques qui ont réduit leur utilité et posé certains problèmes juridiques. Puisque ces modes de communication sont limités à l'expédition de messages de type linéaire, l'usage du télégramme et du télex a été restreint aux messages dont la nature autorise une telle transmission. Aussi, bien que l'on y ait eu largement recours pour transmettre des documents transactionnels tels que commandes, accusés de réception, confirmations et ordres de paiement, on n'a pas pu les utiliser pour envoyer des messages devant être reçus sous une forme particulière, notamment des enregistrements chronologiques ou récapitulatifs ou des documents transactionnels tels que des connaissements, ou encore la plupart des documents administratifs. Cependant, si l'entreprise a du personnel ou des agents à l'endroit où le document transactionnel est requis, les données pertinentes peuvent souvent être transmises à cet endroit, où sont alors remplis les formulaires appropriés.

16. Le télégramme et le message télex n'offrent que des possibilités limitées d'authentification. De par leur

[6]Voir par exemple l'article 13 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (A/CONF.97/18, annexe I) [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.IV.3] : "Aux fins de la présente Convention, le terme 'écrit' doit s'entendre également des communications adressées par télégramme ou par télex."

nature même, ils ne peuvent être signés. Cela ne nuit en général pas à leur utilisation commerciale, ni à leur utilisation comme éléments de preuve en cas de différend ultérieur, puisque le contexte du message et les procédures standard de vérification permettent de déterminer leur source avec suffisamment de certitude. Lorsque la détermination de la source est particulièrement importante pour les parties et peut se révéler essentielle en cas de différend, il est possible d'utiliser des clefs de contrôle et des procédures connexes. Néanmoins, et malgré l'usage très répandu du télex à des fins commerciales, l'authentification dans les formes des messages télex continue de poser un problème sérieux lorsque les risques de fraude sont importants.

17. Les frais de transmission des télégrammes et messages télex étant relativement élevés, les offres de contrats, acceptations et autres documents sont souvent envoyés sous forme résumée, le texte intégral étant expédié ultérieurement sous forme d'une confirmation envoyée par courrier, ce qui pose des problèmes lorsque la confirmation diffère sur certains points matériels du message envoyé par télécommunications. Il se pose un problème similaire lorsque le texte d'un télégramme ou d'un message télex est altéré sur un point matériel durant la transmission. Cependant, des règles juridiques ont été élaborées afin de résoudre ces conflits sans que soit mise en doute la valeur juridique de la télécommunication elle-même[7].

b) *Documents sur papier établis par ordinateur*

18. Les documents sur papier sont souvent établis par ordinateur, notamment par des machines de traitement de texte. Dans leur réponse au Conseil de coopération douanière, les Etats-Unis ont indiqué que, d'après une enquête entreprise en 1982, 60 % des déclarations de marchandises soumises aux autorités douanières dans ce pays étaient établies par ordinateur[8]. Ces documents semblent avoir les mêmes caractéristiques matérielles et juridiques que les documents similaires établis sur machine à écrire[9]. Quoi qu'il en soit, il est sans doute actuellement impossible de déterminer si un document sur papier a été établi au moyen d'une machine à écrire ou d'un ordinateur.

c) *Documents transmis entre ordinateurs*

19. Les télécommunications entre ordinateurs peuvent être utilisées pour créer à distance des documents sur papier. Cette technique présente un avantage sur les moyens de télécommunication antérieurs : les données peuvent être transmises sous la forme requise pour les documents sur papier du type en question. On a envisagé de recourir à cette technique pour faire en sorte que les connaissements soient disponibles au port de destination avant que les marchandises n'arrivent. Cependant, si le document sur papier doit être authentifié par une signature ou par tout autre moyen exigeant une intervention sur le document, l'expéditeur du document devra continuer d'avoir un représentant autorisé au lieu de destination.

20. On a souvent noté qu'une partie peut établir des documents transactionnels sur un ordinateur, les imprimer sous une forme agréée et les transmettre au bénéficiaire, qui peut promptement réintroduire les données dans son propre ordinateur. La réintroduction des données coûte très cher et le risque d'erreur est important. Ces inconvénients peuvent être réduits si la réintroduction des données à partir du document sur papier est effectuée par lecture automatique. Ils le sont encore davantage si le document peut être transmis directement entre les deux ordinateurs, sans qu'il soit nécessaire de transmettre les documents sur papier.

21. La transmission entre ordinateurs de documents transactionnels se fait en général sous une forme adaptée à un traitement informatique ultérieur. La transaction entre les parties peut exiger une sortie d'imprimante à chaque bout mais, techniquement, cela n'est pas nécessaire, puisque le document transactionnel peut être lu, stocké et traité sous une forme assimilable par l'ordinateur. Les documents transactionnels peuvent être transmis soit individuellement par des moyens de télécommunication, soit par lots, par un échange de supports de mémoire ou par télécommunication.

22. L'authentification des documents transmis par lots, au moyen d'un échange de supports de mémoire, se fait souvent par l'apposition d'une signature sur un document d'accompagnement identifiant le lot. L'authentification peut également se faire par des moyens électroniques, comme cela est parfois le cas pour des documents envoyés par télécommunication.

d) *Stockage des données sur support informatique*

23. L'un des principaux atouts des ordinateurs est la facilité avec laquelle les enregistrements peuvent être corrigés et mis à jour. Cela constitue un grand avantage pour la préparation de tous les documents et enregistrements et pour la tenue des enregistrements récapitulatifs courants, tels que le livre des effets à recevoir. C'est par contre un inconvénient sérieux pour l'archivage permanent de tous les types d'enregistrements commerciaux traités dans le présent rapport. En effet, les documents transactionnels envoyés ou reçus devraient être archivés sous une forme inaltérable. Il devrait être possible d'ajouter des rubriques à la fin d'un enregistrement chronologique, mais non de modifier une rubrique une fois celle-ci enregistrée. Les enregistrements récapitulatifs indiquant l'état d'un compte ou d'une activité à une date donnée, par exemple un bilan de fin d'année, devraient être archivés sous une forme inaltérable.

24. L'altération des données peut se faire soit par inadvertance, en raison de facteurs techniques ou d'erreurs humaines, soit délibérément. Les risques

[7] *Ibid.*, art. 27, dans lequel il est stipulé que "si une . . . communication est faite . . . par un moyen approprié aux circonstances, un retard ou une erreur dans la transmission de la communication ou le fait qu'elle n'est pas arrivée à destination ne prive pas cette partie au contrat du droit de s'en prévaloir".

[8] Document n° 31.678 du Conseil de coopération douanière, cité à la note 5 ci-dessus.

[9] La réponse donnée par plusieurs Etats à la question 8 du questionnaire de la CNUDCI, selon laquelle une sortie d'imprimante ne satisferait pas à l'exigence de l'écrit, semble dans une large mesure viser des types précis d'enregistrements et n'interdirait pas tous les types d'enregistrements informatiques.

d'altération délibérée sont particulièrement inquiétants. Les altérations non autorisées des enregistrements, facilitées par les possibilités d'accès à distance aux ordinateurs stockant lesdits enregistrements, sont une source de graves préoccupations pour les entreprises et posent de nombreux problèmes juridiques liés à la responsabilité civile et pénale du fait de tels actes et de leurs conséquences. La possibilité que l'entreprise elle-même altère délibérément ses enregistrements met davantage encore en question la recevabilité juridique des enregistrements informatiques, car ce risque jette des doutes sur la crédibilité de tous les enregistrements stockés sur ordinateur.

25. La protection des enregistrements d'une entreprise contre toute altération non autorisée est maintenant un art très complexe et les méthodes et techniques appliquées à cet effet continuent d'être perfectionnées. Si les procédures recommandées sont rigoureusement appliquées, il est peu probable que l'on puisse pénétrer sans autorisation dans le système d'ordinateurs. Un grand nombre de ces procédures sont également utiles contre des altérations délibérées de la part des entreprises elles-mêmes. Cependant, les règles juridiques pertinentes doivent tenir compte du fait que les méthodes applicables pour protéger les données contre toute altération peuvent ne pas avoir été utilisées ou ne pas avoir fonctionné.

26. Afin de conserver les enregistrements informatiques sous une forme permettant d'éviter toute altération, certaines entreprises archivent des copies authentifiées et datées de tous les enregistrements importants sur support matériel. Vu les progrès techniques récents, notamment les disques à lecture optique, il semble possible de stocker des données sous une forme inaltérable. La généralisation de ces méthodes pour les documents transactionnels et pour l'archivage permanent des enregistrements chronologiques et récapitulatifs à compter de dates déterminées permettrait de réduire les risques d'une altération des enregistrements. Cependant, du fait de l'évolution technique, il sera peut-être bientôt possible d'altérer également le contenu des disques à lecture optique.

II. Valeur probante des enregistrements informatiques

A. *Règles juridiques concernant la recevabilité des preuves*

27. Le droit général de la preuve comporte trois grandes variantes donnant une valeur probante différente aux enregistrements informatiques[10]. Ces variantes sont fondées sur des traditions et pratiques juridiques différentes en matière d'établissement des faits lors de procédures civiles et commerciales.

1. *Libre présentation de tous les éléments de preuve pertinents*

28. Dans nombre de systèmes juridiques, les parties à un procès sont en principe habilitées à soumettre au tribunal tout fait pertinent. Si l'exactitude d'un renseignement est contestée, c'est au tribunal de déterminer quelle valeur lui accorder. Dans ces systèmes juridiques, il n'y a en principe aucun obstacle à la présentation d'enregistrements informatiques comme éléments de preuve dans des procédures judiciaires ou arbitrales.

2. *Liste exhaustive des moyens de preuve recevables*

29. Certains Etats établissent une liste exhaustive des moyens de preuve recevables, liste qui comprend toujours les documents écrits. Les Etats de ce groupe ayant répondu au questionnaire n'ont pas modifié cette liste pour y inclure les enregistrements informatiques, bien que plusieurs aient indiqué qu'une réforme de la loi était envisagée ou à des stades plus ou moins avancés de mise en œuvre. Aussi les enregistrements informatiques sont-ils jugés irrecevables dans quelques-uns de ces Etats. Dans d'autres Etats ayant répondu au questionnaire un enregistrement informatique peut être considéré comme constituant pour le tribunal un commencement de preuve.

30. En outre, dans certains de ces Etats, la restriction frappant les preuves non écrites provient de la législation civile régissant des questions non commerciales. Dans les affaires commerciales ou pénales, des éléments de preuve non écrits peuvent être acceptés sans réserve. Dans ces Etats, un enregistrement informatique peut donc être jugé recevable pour toutes les questions liées à un différend commercial.

3. *La règle de* common law *relative au témoignage indirect* (hearsay evidence)

31. En principe, les pays de *common law* appliquent pour les litiges une procédure orale et contradictoire. Du fait de cette tradition dualiste, un témoin ne peut attester que ce qu'il connaît personnellement, afin que la partie opposée puisse contrôler ce témoignage par un contre-interrogatoire. Ce que le témoin a appris d'une source secondaire, par exemple d'une autre personne, d'un livre ou de l'enregistrement d'un fait, est dénommé "témoignage indirect" et le tribunal ne peut en principe l'accepter comme preuve.

32. Du fait des problèmes que pose cette règle, il y a de nombreuses exceptions. Selon l'une d'entre elles, un enregistrement commercial établi dans le cadre normal des activités commerciales peut être accepté comme preuve, même si aucune personne ne peut attester l'exactitude de l'enregistrement en question en se fondant sur sa connaissance personnelle et sur sa mémoire. Dans certains pays de *common law*, la présentation de l'enregistrement doit être précédée d'un témoignage oral stipulant que l'enregistrement est normal. Dans d'autres, l'enregistrement est automatiquement accepté sous réserve de contestation, auquel cas la partie invoquant l'enregistrement doit démontrer que celui-ci est conforme.

33. Certains pays de *common law* estiment que les sorties d'imprimante sont couvertes par l'exception à la

[10] Annexe, question 1.

règle du *hearsay* en faveur des enregistrements commerciaux. Un grand nombre de pays de *common law* ont adopté des lois stipulant expressément que les enregistrements informatiques peuvent être admis comme preuve à certaines conditions[11]. Les conditions de recevabilité des enregistrements informatiques peuvent être différentes dans les affaires pénales et dans les affaires civiles[12], mais aucune distinction n'est en général faite, en ce qui concerne l'acceptation des enregistrements informatiques d'une entreprise, entre les procès avec une autre entreprise commerciale et ceux avec un consommateur.

34. Du fait de cette évolution de la situation, il n'y a plus d'objection théorique ou philosophique à la recevabilité des enregistrements informatiques dans les systèmes de *common law*. On peut cependant contester la recevabilité d'un enregistrement informatique donné si l'on considère que ledit enregistrement ne satisfait pas aux critères juridiques de recevabilité ou aux critères énoncés par le tribunal.

B. *Fiabilité des enregistrements informatiques selon les cas*

35. La fiabilité des enregistrements informatiques a été évaluée à trois niveaux. Au niveau le plus général, les systèmes juridiques n'autorisant pas la libre présentation de tous les éléments de preuve pertinents ont dû décider si, dans l'ensemble, les enregistrements informatiques étaient suffisamment fiables pour être jugés recevables par un tribunal. Comme il a été indiqué ci-dessus, à l'exception de certains des pays ayant établi une liste exhaustive des moyens de preuve recevables, on s'est en général prononcé pour la recevabilité. Au deuxième niveau, les systèmes juridiques de *common law* ont dû énoncer des critères permettant aux tribunaux de déterminer dans chaque cas si les données stockées dans un ordinateur ou dans un système d'ordinateurs sont suffisamment fiables pour être recevables pour des questions données dans un procès donné. Les autres systèmes juridiques ne connaissent pas ce problème. Au troisième niveau, les tribunaux de tous les systèmes juridiques doivent évaluer dans chaque cas la fiabilité de l'enregistrement informatique qui leur est soumis.

1. *Critères de recevabilité pour les tribunaux de* common law

36. Bien que les critères de recevabilité des enregistrements informatiques varient selon les pays de *common law*, ils peuvent être répartis en trois catégories. Premièrement, la partie présentant l'enregistrement doit démontrer que le matériel utilisé était tel que l'on puisse considérer qu'il a fonctionné de manière satisfaisante. Il peut être nécessaire de démontrer que l'équipement a été conçu pour exécuter les tâches qui lui ont été confiées, que les différents éléments du matériel étaient compatibles et que le logiciel était approprié. Deuxièmement, il faut démontrer qu'en introduisant les données dans l'ordinateur, on s'est conformé aux procédures requises pour garantir l'exactitude de l'enregistrement, par exemple que les données ont été introduites dans le cadre normal des activités de l'entreprise ou dans un délai raisonnable après que le fait enregistré s'est produit, et troisièmement, que les méthodes de stockage et de traitement de l'information et d'établissement de la sortie d'imprimante, c'est-à-dire la programmation, l'utilisation et le contrôle de l'ordinateur, permettent de garantir la fiabilité de l'enregistrement[13].

37. Certaines règles de *common law* ont été rédigées compte tenu des méthodes de traitement par lots en autonome : ce type de système étant clos, la partie s'appuyant sur l'enregistrement peut décrire relativement en détail le système au tribunal. Dans les nouveaux systèmes cependant, l'ordinateur lui-même peut décider de la manière dont les données seront traitées, selon les résultats intermédiaires. Il peut être impossible de décrire le processus suivi dans ces systèmes pour un enregistrement donné. Il est également difficile de décrire à un tribunal, en vue de son évaluation, un système de traitement décentralisé, en particulier si une partie du traitement est effectuée par des installations extérieures à valeur ajoutée, ou de préciser le lien entre le système d'une entreprise où l'enregistrement informatique a été effectué et celui d'une deuxième entreprise à laquelle l'enregistrement a été transmis par un échange matériel de supports de mémoire ou par télécommunication. Du fait de ces progrès techniques, certaines règles de *common law* peuvent ne pas offrir aux tribunaux une base juridique appropriée leur permettant de recevoir tous les enregistrements informatiques provenant des systèmes les plus complexes[14]. Cependant, ces mêmes progrès ont conduit les tribunaux à accepter des déclarations plus générales de la partie en s'appuyant sur l'enregistrement informatique, tendant à démontrer que le système d'ordinateurs a fonctionné normalement.

38. Les règles régissant normalement le témoignage indirect exigeraient sans doute qu'une personne connaissant bien le système d'ordinateurs présente oralement au tribunal les renseignements nécessaires pour que les données stockées sur ordinateur puissent être jugées recevables, mais la plupart des lois stipulant la procédure à suivre pour qu'un enregistrement informatique

[11] Plusieurs des pays de *common law* ayant répondu au questionnaire ont joint des copies de leur législation pertinente.

[12] Le Royaume-Uni a souligné ces différences dans sa réponse. La législation relative à la recevabilité des enregistrements sur support informatique était soumise au Parlement au moment où le Royaume-Uni a répondu, en été 1984.

[13] Les "sept déclarations" à faire devant un tribunal de *common law* pour que des données stockées sur ordinateur puissent être jugées recevables, qui ont été proposées par A. Kelman et R. Sizer dans *The Computer in Court* (Aldershot, Gower, 1982, p. 71), peuvent être comparées aux conditions régissant les données stockées sur ordinateur devant être utilisées comme éléments de preuve dans les tribunaux, pour la plupart de tradition romaniste, des Etats membres du Conseil de l'Europe. Ces conditions sont énoncées aux articles 3 et 5 de l'appendice de la recommandation du Conseil de l'Europe nº R (81) 20, datée du 11 décembre 1981, qui sont reproduits dans le rapport du Secrétaire général sur les transferts électroniques de fonds (A/CN.9/221).

[14] Selon la réponse d'un pays de *common law*, un enregistrement informatique reçu d'un ordinateur d'une autre entreprise ne serait sans doute pas recevable (voir annexe, question 6). Il semble donc que l'on ait des doutes sur la sécurité juridique des transferts électroniques de fonds interbanques dans ce pays.

soit recevable permettent que cette personne soumette une déclaration écrite sous serment, ce qui rendrait superflu le témoignage oral, à moins qu'il n'y ait différend quant à l'exactitude des données. Dans le cas d'entreprises gérant des systèmes d'ordinateurs avec le plus grand soin et conservant des dossiers détaillés sur chaque aspect du système et de son fonctionnement, la déclaration sous serment peut être très simple[15].

39. A l'heure actuelle, même si l'exactitude des données est contestée, il est rare, dans la plupart des pays de *common law*, qu'un tribunal refuse de déclarer recevables des données stockées sur ordinateur afin que le jury ou le tribunal, en tant que juges du fond, puissent en évaluer la fiabilité, à moins que le règlement applicable n'ait été rédigé compte tenu de l'état actuel des techniques[16], que le système d'ordinateurs ait été géré de manière non professionnelle, ou que les données devant être présentées soient le résultat d'une analyse complexe effectuée par l'ordinateur et que les hypothèses à la base de l'analyse et les procédures par lesquelles l'analyse a été effectuée ne soient pas clairement motivées et ne soient donc pas acceptables. Ce dernier problème se pose cependant rarement pour l'enregistrement et le traitement de documents et autres données des entreprises.

2. *Evaluation par le tribunal de la fiabilité des données stockées sur ordinateur*

40. Les données stockées sur ordinateur peuvent être inexactes, même si la partie s'en prévalant a démontré que le système était suffisamment bien géré pour qu'elles puissent être jugées recevables par un tribunal de *common law*. Les risques sont plus grands que des données inexactes soient soumises dans d'autres systèmes juridiques où le tribunal ne dispose pas de procédures permettant de déclarer irrecevables des données non fiables provenant d'un système d'ordinateurs. Dans les deux cas, lorsque la précision des données est contestée, le tribunal doit en évaluer la fiabilité.

41. Le poids à donner aux enregistrements informatiques peut être déterminé par une règle juridique. La Recommandation n° R (81) 20 du Conseil de l'Europe stipule ce qui suit : une reproduction et un enregistrement informatiques des livres, documents et données pouvant, en vertu de la loi, être conservés sur ordinateur, qui ont été effectués conformément aux procédures énoncées aux articles 3 et 5 de l'appendice "sont présumés être une reproduction ou un enregistrement fidèle et complet des documents originaux ou des informations qui y sont relatées, sauf preuve contraire"[17]. Cette présomption d'exactitude serait conforme à celle qui est attachée aux documents et enregistrements écrits d'une entreprise dans certains pays. Cependant, il apparaît que, dans la plupart des pays, le tribunal est libre d'évaluer la fiabilité des données stockées sur ordinateur, sur la base des éléments de preuve dont il dispose[18].

42. On ne sait pas s'il existe un système juridique ayant donné à ses tribunaux des directives quant aux facteurs à prendre en considération pour évaluer la fiabilité des enregistrements informatiques. Cependant, il semblerait que les facteurs dont doit tenir compte un tribunal de *common law* pour décider de la recevabilité de données stockées sur ordinateur, qui sont similaires à ceux énoncés par le Conseil de l'Europe à l'appendice de sa recommandation, soient les principaux facteurs à prendre en considération pour juger de l'exactitude des données. En outre, il ressort d'un certain nombre des réponses au questionnaire que, lorsque des données ont été transmises d'un système d'ordinateurs à un autre, la force probante des données stockées sur l'ordinateur de la seconde entreprise est fonction également des mesures prises pour empêcher toute altération des données durant la transmission[19]. Puisqu'un tribunal de *common law* aura déjà examiné ces mêmes facteurs et jugé le système d'ordinateur suffisamment fiable pour que les données puissent être recevables, il pourra estimer que la présomption d'exactitude des données est forte, auquel cas la partie en contestant l'exactitude pourrait se voir imposer la charge de prouver l'inexactitude, même si cela n'est pas stipulé par la loi. Si, sur le plan technique, le problème est quelque peu différent, la partie contestant l'exactitude d'un enregistrement informatique dans d'autres systèmes juridiques peut se heurter à la même difficulté une fois que la partie invoquant l'enregistrement a établi que le système d'ordinateurs est géré correctement. La partie contestante doit avoir la possibilité de déterminer si le système d'ordinateurs comporte dans sa conception ou dans son entretien des vices pouvant être cause d'inexactitudes. Dans les pays de *common law*, on recourt normalement pour cela au mécanisme de la "discovery" (communication de pièces et interrogatoire sur faits et articles)[20]. Dans les pays de tradition romaniste, l'évaluation est souvent effectuée par un expert désigné par le tribunal.

C. *La meilleure preuve : original ou copie*

1. *Enregistrement sur ordinateur d'un document original sur papier*

43. Selon une règle générale du droit de la preuve, les documents et autres enregistrements doivent être pré-

[15]Voir le certificat pro forma rédigé au Royaume-Uni aux fins du *Civil Evidence Act* de 1968, dans The British Computer Society, *Computer Generated Output as Admissible Evidence in Civil and Criminal Cases*, éd. T.R.H. Sizer et A. Kelman (Heyden Ltd., 1982), figure 2.

[16]Dans sa réponse, le Royaume-Uni a noté que "les lois en question ont été adoptées en 1968 et 1972 et qu'elles définissent l'ordinateur comme 'tout moyen de stocker et de traiter l'information', ce qui semble désigner le matériel mais non le logiciel".

[17]Recommandation du Conseil de l'Europe n° R (81) 20, appendice, art. 2, 11 décembre 1981.

[18]Annexe, question 4.

[19]Annexe, question 6.

[20]Les règles de la "discovery" sont elles-mêmes complexes et ne sont peut-être pas suffisantes pour permettre une évaluation appropriée d'un système d'ordinateurs. On trouvera une brève description de la législation pertinente et des propositions de réforme en Australie dans T. H. Smith, "Computers and the law of evidence", *Transnational Data Report*, vol. VI, n° 8 (décembre 1983), p. 451.

sentés à un tribunal sous leur forme originale, afin qu'il soit certain que les données présentées au tribunal sont bien les données originales. Cependant, ces dernières années, en raison des économies importantes qu'il est possible de réaliser en stockant des microfilms ou enregistrements informatiques de documents originaux sur papier et en détruisant ces originaux, de nombreux Etats permettent maintenant la soumission de microfilms ou enregistrements à la place de l'original[21].

44. Les données tirées d'un document original sur papier peuvent être transférées sur un ordinateur de diverses manières. Une image du document peut être stockée sous forme numérique, puis reproduite si nécessaire sous une forme visuelle. Il est cependant moins onéreux de n'enregistrer que les données essentielles du document. Dans ce dernier cas, le document visuel qui serait par la suite reproduit ne serait pas identique à l'original. Aussi peut-il être bon d'enregistrer également dans certains cas une image des sections particulièrement importantes du document, par exemple la signature. A l'heure actuelle, les données saisies automatiquement à partir d'un document sur papier se limitent dans une large mesure à celles imprimées dans des caractères conçus pour être lus par l'ordinateur. Les données écrites ou imprimées dans d'autres caractères peuvent devoir être introduites par recomposition. De nouveaux équipements en cours de mise au point devraient permettre d'augmenter substantiellement le volume des données figurant dans le document sur papier qui pourront être saisies automatiquement et avec précision.

45. Bien que la technique de transformation d'un document sur papier en un enregistrement informatique soit différente de celle utilisée pour transposer des documents sur microfilms en vue de leur archivage, les problèmes juridiques sont similaires. Premièrement, la saisie des données ne permet pas de vérifier si le contenu ou l'authentification du document sur papier ont été altérés avant la transcription du document. Deuxièmement, la teneur du document original sur papier peut ne pas avoir été fidèlement reproduite et transformée en un enregistrement informatique. Ce problème est rare lorsque les données ont été saisies automatiquement à partir d'un document sur papier imprimé dans des caractères pouvant être lus par l'ordinateur. Il est moins rare si les données ont été introduites dans l'ordinateur par recomposition. Troisièmement, l'enregistrement informatique peut faire l'objet par la suite d'une altération délibérée ou accidentelle. Cela est cependant un problème commun à tous les enregistrements informatiques.

46. Du fait de ces problèmes, certains Etats exigent que les entreprises ayant reproduit sur microfilm des documents sur papier ou les ayant enregistrés sur ordinateur conservent les documents originaux durant une période valable, suffisamment longue pour que la plupart des problèmes éventuels apparaissent. Le délai recommandé par le Conseil de l'Europe dans sa Recommandation n° R (81) 20 est d'un maximum de deux ans[22].

2. *La sortie d'imprimante : original ou copie d'un enregistrement informatique*

47. L'enregistrement tel que stocké par l'ordinateur sous forme électronique ne peut être lu ou interprété par un être humain. Aussi ne peut-il être présenté à un tribunal, à moins d'être transcrit visuellement, qu'il apparaisse sur une console de visualisation que consultera le tribunal ou qu'il soit présenté sous forme de sortie d'imprimante. Selon les réponses au questionnaire, ces deux moyens de présentation sont utilisés[23].

48. Dans quelques Etats, la question s'est posée de savoir si la sortie d'imprimante ou l'image apparaissant sur la console de visualisation constituait l'enregistrement informatique original ou une copie de l'enregistrement stocké sur support informatique. Dans la plupart des Etats, il semble que cette question ne soit pas posée, ou que la copie sous forme lisible par un être humain ait été acceptée au motif que l'enregistrement original ne peut être présenté au tribunal. Dans les cas où cette question menaçait d'empêcher la présentation au tribunal d'enregistrements informatiques, les règles de la preuve ont été modifiées afin qu'une sortie d'imprimante puisse être considérée comme un enregistrement original[24].

III. Authentification

49. L'authentification d'un document transactionnel sert à indiquer au destinataire et aux tiers la source du document et l'intention qu'a la partie ayant procédé à l'authentification de l'émettre tel qu'il se présente. En cas de différend, l'authentification constitue sur ces points un élément de preuve. Bien que l'authentification requise par la loi doive être sous la forme prescrite, une authentification à la demande des parties peut consister en toute marque ou procédure convenue qu'elles jugent suffisante pour pouvoir s'identifier entre elles.

50. La forme d'authentification la plus commune requise par la loi est la signature. La signature s'entend en général de l'écriture manuscrite par une personne donnée de son nom ou de ses initiales. Une signature manuscrite est propre à la personne qui l'appose et ne peut être à bon droit apposée par une autre personne.

---

[21]L'un des principaux objets de la Recommandation n° R (81) 20 du Conseil de l'Europe datée du 11 décembre 1981 est d'établir des conditions uniformes en application desquelles des documents originaux sur papier peuvent être enregistrés sur microfilms ou copiés par ordinateur, puis détruits.

[22]Recommandation du Conseil de l'Europe n° R (81) 20, appendice, art. 1, par. 2, 11 décembre 1981.

[23]Annexe, questions 2 et 3.

[24]Réponse des Etats-Unis. Voir également le rapport des Etats-Unis sur les aspects juridiques de l'échange électronique de données commerciales soumis au Groupe de travail CEE/CNUCED sur la facilitation des procédures du commerce international (TRADE/WP.4/R.298/Rev.1) et notamment le paragraphe 28.

51. Les exigences du commerce moderne ont conduit de nombreux systèmes juridiques à autoriser l'apposition des signatures requises par les moyens suivants : tampons, symboles, fac-similés, perforations, ou tout autre moyen mécanique ou électronique. Cette tendance apparaît avant tout dans la législation régissant le transport des marchandises où toutes les principales conventions multilatérales exigeant la signature du document de transport permettent que cette signature soit apposée par d'autres moyens qu'à la main[25]. Un Etat ayant répondu au questionnaire a indiqué que sa législation commerciale comportait une règle générale stipulant qu'un document peut être "signé" au moyen d'un symbole apposé ou adopté par une partie avec l'intention d'authentifier un document écrit. Cependant, il était également indiqué dans la réponse que cette règle générale comportait de très nombreuses exceptions[26].

52. Diverses techniques ont été mises au point pour authentifier les documents transmis électroniquement. Les télécommunications par télex et entre ordinateurs prévoient souvent l'emploi de procédures de confirmation et de clefs de contrôle afin de vérifier la source du message. Certaines techniques de codage authentifient la source du message et permettent également en général d'en vérifier la teneur. En cas d'accès à distance à l'ordinateur, il est possible d'exiger soit un mot de passe, soit l'utilisation d'une carte plastifiée à piste magnétique ou à microcircuit et un code secret ou mot de passe. D'autres techniques d'authentification des documents électroniques, telles que l'analyse électronique des signatures et des empreintes digitales, vocales et oculaires sont plus ou moins au point.

53. Une technique est souvent utilisée lorsque des documents électroniques sont transmis par l'échange matériel de bandes magnétiques ou d'autres supports de mémoire : la partie expéditrice complète toute authentification électronique pouvant être placée sur le support de mémoire par une signature écrite. Lorsque les supports de mémoire sont livrés matériellement au destinataire des documents, l'addition d'une signature écrite ne pose de problèmes ni pratique, ni financier.

54. Bien qu'un document envoyé par télécommunications puisse être confirmé par un document signé envoyé ultérieurement comme c'est l'usage pour les télégrammes et les télex, cette pratique irait à l'encontre de l'objet même des télécommunications entre ordinateurs. Cependant, deux parties comptant communiquer fréquemment par télécommunications entre ordinateurs peuvent convenir par écrit au préalable de la forme des communications et des méthodes à utiliser pour authentifier les documents. Une telle convention peut également être requise par une administration avant qu'il n'accepte des documents sous forme électronique, qu'il s'agisse de télécommunications ou de supports de mémoire[27]. Cette convention signée peut être considérée comme remplaçant la signature requise par la loi. Néanmoins, toute authentification du document sur support informatique se ferait sous forme électronique.

55. Bien que la signature manuscrite soit une forme familière d'authentification bien adaptée aux documents transactionnels transmis entre des parties se connaissant, elle est relativement peu sûre dans de nombreux types de relations commerciales et administratives. La personne s'en remettant au document ne dispose souvent ni des noms des personnes autorisées à signer, ni de spécimens de signatures à des fins de comparaison. Cela est particulièrement vrai pour les documents utilisés dans des pays étrangers, dans le cadre de transactions commerciales internationales. Même lorsqu'on dispose d'un spécimen de la signature autorisée, seul un expert est en général à même de détecter une contrefaçon habile. Lorsqu'un grand nombre de documents sont traités, les signatures ne sont parfois même pas comparées, sauf pour les transactions les plus importantes.

56. Les formes d'authentification électronique au moyen d'ordinateurs présentent un avantage important par rapport à la comparaison visuelle de signatures manuscrites : la procédure est si peu onéreuse que toutes les authentifications peuvent être normalement vérifiées. Il n'est pas nécessaire de limiter cette vérification aux transactions les plus importantes.

57. Si les procédures voulues sont suivies, il y a peu de chance qu'une personne non autorisée puisse utiliser certaines techniques d'authentification appliquées couramment pour les messages entre ordinateurs. Il existe des codes qui servent également à authentifier un message et qui ne peuvent être décryptés dans un délai raisonnable du point de vue commercial. En ce qui concerne les cartes à microcircuit, l'authentification est effectuée dans une partie du microcircuit inaccessible de l'extérieur. Aussi peut-on compter que, lorsque ces cartes seront suffisamment répandues, elles offriront une forme très sûre d'authentification de l'utilisateur.

58. Ce sont avant tout les législations stipulant qu'un document doit être "signé" qui connaissent un problème juridique. Lorsqu'il n'est pas possible d'interpréter la loi de manière à considérer une forme électronique d'authentification comme une "signature", il peut être souhaitable, soit d'indiquer dans la loi qu'une forme

[25]"Coordination des activités : documents de transport international : rapport du Secrétaire général" (A/CN.9/225), par. 47.

[26]Réponse des Etats-Unis. Voir également le paragraphe 32 du document de la CEE mentionné dans la note 24 ci-dessus.

[27]Dans sa réponse au questionnaire du Conseil de coopération douanière (document du CCD nº 31.678, mentionné dans la note 5), le Danemark a déclaré qu'avant d'être autorisé à soumettre aux autorités douanières des données figurant sur bandes magnétiques ou disquettes, le destinataire doit obtenir une autorisation officielle :

"34. Cette autorisation stipule expressément que la faculté de présenter des renseignements relatifs au dédouanement sur bande magnétique ou disquette est soumise à la condition que la loi attribue à tous égards à ces renseignements la même validité que s'ils avaient été présentés sur une déclaration en douane signée.

"35. Il en résulte qu'en acceptant cette autorisation, le destinataire 'signe' par là même tous les renseignements relatifs au dédouanement qu'il présente sur bande magnétique ou disquette de sorte que ces opérations entrent dans le cadre légal en vigueur."

électronique d'authentification est une "signature", soit de permettre l'"authentification" du document par des moyens électroniques[28].

IV. Exigence de l'écrit

59. Les règles juridiques exigeant la présence d'un document pour valider ou attester une transaction ou exigeant d'une entreprise qu'elle établisse certains enregistrements chronologiques ou récapitulatifs stipulent souvent que ces documents ou autres enregistrements doivent être sous forme écrite. Comme, jusqu'à il y a peu de temps, les dossiers d'une entreprise étaient nécessairement tenus sur papier, l'exigence de l'écrit était considérée comme synonyme de l'exigence d'un document ou autre enregistrement sur papier. Cependant, avec le développement des ordinateurs et de la télétransmission des documents entre ordinateurs, un enregistrement informatique peut sans doute tout aussi bien satisfaire aux exigences de ces règles.

A. *Moyens de preuve*

60. Comme on l'a noté dans la deuxième partie du présent rapport, dans la plupart des systèmes juridiques, l'utilisation des enregistrements informatiques comme moyens de preuve ne rencontre pas de grands obstacles. Aussi, lorsque la présentation d'un document est requise essentiellement en vue de faciliter l'administration ultérieure de la preuve de l'existence d'une transaction et de ses conditions, un document sur support informatique suffit-il le plus souvent.

61. Lorsque le document est tel qu'il ne peut être stocké que dans l'ordinateur de l'une des parties, il peut être souhaitable d'établir une copie ou un récépissé sur papier. Un tel récépissé est prévu, par exemple, au paragraphe 2 de l'article 5 du Protocole de Montréal n° 4 (1975) portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (signée à Varsovie en 1929), qui stipule que si, au lieu d'émettre une lettre de transport aérien, le transporteur a utilisé un autre moyen de constater les indications relatives au transport, "le transporteur délivre à l'expéditeur, à la demande de ce dernier, un récépissé de la marchandise permettant l'identification de l'expédition et l'accès aux indications enregistrées par ces autres moyens". Le récépissé n'est cependant pas toujours nécessaire. Nombre d'Etats n'exigent pas des banques qu'elles délivrent un récépissé à leurs clients utilisant un distributeur automatique de billets ou un guichet automatique de banque car on estime que les archives des banques sont suffisamment précises en la matière et que le coût de l'établissement d'un récépissé sur papier serait excessif.

B. *Prise de conscience des conséquences juridiques et économiques*

62. L'établissement d'un document sanctionnant une transaction peut aider les parties à prendre davantage conscience des conséquences juridiques et économiques de leur acte en les obligeant à se montrer plus précises au sujet de la transaction qu'elles ne l'auraient été autrement. Les accords oraux ou implicites peuvent laisser planer un doute sur la réalité de la volonté de l'une des parties de conclure un accord et sur la compréhension par les parties des termes dudit accord. Il n'en reste pas moins que nombre d'accords de ce type sont appliqués, même si d'autres nécessitent l'établissement d'un document ou la confirmation de la transaction par l'établissement simultané d'un document.

63. La forme que doit revêtir le document remplissant cette fonction est de peu d'importance dès lors que les actions requises des parties leur font prendre conscience des conséquences juridiques qui en découlent. L'expédition d'un message entre ordinateurs est aussi susceptible de favoriser cette prise de conscience que l'expédition d'une lettre ou d'un message télex, même si l'expédition d'un message entre ordinateurs n'entraîne pas nécessairement l'établissement d'une sortie d'imprimante, que ce soit au lieu d'expédition ou au lieu de destination. De même, l'autorisation d'un transfert de fonds par l'introduction d'une carte à piste magnétique ou à microprocesseur et d'un code secret ou d'un mot de passe dans un terminal bancaire ne peut qu'inciter le transférant à prendre conscience des conséquences juridiques qui découlent du transfert de fonds.

C. *Utilisation par des tiers*

64. Certains des documents commerciaux les plus importants sont conçus spécialement pour pouvoir être utilisés par des tiers. Il s'agit notamment des effets de commerce et des documents donnant titre, des certificats d'inspection et de poids et des billets d'avion ouvrant droit à un voyage assuré par plus d'un transporteur. En raison de la grande diversité de ces documents, il est difficile de déterminer d'une manière générale dans quelle mesure leur émission répond à une obligation légale. Il se peut que cette émission soit essentiellement exigée par les parties commerciales à des fins commerciales ou que, lorsqu'elle répond à une

[28] Le Groupe de travail CEE/CNUCED sur la facilitation des procédures du commerce international, dans sa Recommandation n° 14 ("Authentification des documents commerciaux par des moyens autres que la signature", TRADE/WP.4/INF.63), qu'il a adoptée à sa neuvième session en mars 1979,

"*Recommande* aux gouvernements et aux organisations internationales s'occupant des accords intergouvernementaux pertinents d'étudier les textes nationaux et internationaux comportant des dispositions exigeant que les documents à utiliser dans le commerce international soient signés, d'envisager le cas échéant de modifier ces dispositions afin de permettre la préparation et la transmission des renseignements figurant dans les documents par des moyens électroniques ou d'autres moyens automatiques de transmission des données et le remplacement de la signature obligatoire par l'authentification garantie par le système de transmission utilisé;

"*Recommande* à toutes les organisations concernées par la facilitation des procédures du commerce international d'examiner les documents commerciaux en usage courant, d'identifier ceux dont la signature pourrait être supprimée sans inconvénient et de mettre sur pied un vaste programme d'enseignement et de formation en vue d'introduire les changements nécessaires dans les pratiques commerciales."

obligation légale, elle n'ait d'autre but que de permettre à l'Etat de vérifier les données d'une transaction pour des raisons de fiscalité, de contrôle des importations, de contrôle des changes et autres réglementations. Il ne fait aucun doute, en revanche, que l'utilisation de certains documents de ce type est requise par la loi afin de protéger les tiers.

65. En ce qui concerne un certain nombre de transactions pour lesquelles on a traditionnellement dû utiliser des documents sur lesquels les tiers pouvaient faire fond, des procédés électroniques de remplacement donnant toute satisfaction ont été mis au point. Pour les cas où l'utilisation de documents de ce type n'était pas obligatoire, de nouvelles procédures ont pu être instaurées sans modification de la réglementation. Ainsi les chèques et les ordres de paiement sur papier ont pu être remplacés par les transferts électroniques de fonds et, dans certaines branches commerciales, les connaissements ont été remplacés par les lettres de transport maritime ou des documents d'expédition transmis électroniquement, le tout sans modification de la législation en vigueur. Cependant, dans certains Etats où l'émission sur papier d'actions, d'obligations et autres valeurs était requise par la loi, leur remplacement par des traces électroniques a nécessité l'intervention du législateur[29].

66. Pour diverses autres transactions, des procédés électroniques satisfaisants n'ont pas encore été mis au point. A ce propos, l'exemple le plus fréquemment cité est le suivant : à l'heure actuelle, il n'est toujours pas possible d'effectuer une transaction au moyen d'une lettre de crédit sans qu'elle soit accompagnée de documents sur papier. Cependant, au fur et à mesure que des solutions sont apportées aux problèmes techniques et commerciaux qui se posent pour ce type de transaction, les dispositions légales prescrivant l'utilisation de documents sur papier sur lesquels les tiers peuvent faire fond risquent de devenir superflues.

D. *Vérification des comptes*

67. Tous les pays exigent des entreprises qu'elles tiennent certains registres et conservent les pièces justificatives afin de permettre une vérification des activités de l'entreprise. Dans quelques cas, cette vérification peut être effectuée par des parties privées intéressées, tels les actionnaires d'une entreprise qui peuvent avoir le droit d'exiger la vérification de la gestion de l'entreprise. Dans la plupart des cas, cette vérification est effectuée par l'administration, soit pour des raisons fiscales, soit en vue de s'assurer que la marche de l'entreprise est conforme aux divers textes qui la régissent.

68. Il ressort des réponses aux questionnaires que la plupart des textes traitant de la forme que doivent revêtir les registres tenus par les entreprises sont axés sur les enregistrements chronologiques et récapitulatifs[30]. Les règles juridiques traditionnelles régissant les méthodes comptables peuvent notamment exiger que les feuillets soient reliés et cotés[31]. Les Etats qui appliquent une telle réglementation (où l'exigence du papier est clairement énoncée) ont dû la changer par voie législative ou réglementaire afin de permettre aux entreprises d'effectuer leurs enregistrements sur ordinateur[32]. Dans les cas où ce changement n'a pas été effectué, les livres de compte des entreprises doivent toujours être tenus sur papier. Les réponses au questionnaire n'ont pas permis de déterminer clairement si l'obligation d'établir les documents transactionnels sur papier répondait elle aussi à la nécessité de faciliter la vérification des comptes. Le cas échéant, on devrait pouvoir en tirer les mêmes conclusions que pour les livres de compte.

69. L'obligation de conserver les documents originaux sur papier pendant un certain délai, même s'ils ont été microfilmés ou enregistrés sur ordinateur, correspond aussi à la nécessité de faciliter une éventuelle vérification des comptes. En Suède, la loi sur la comptabilité autorise l'utilisation de cartes perforées, de rubans perforés, de bandes magnétiques ou de tout autre support à partir duquel on peut obtenir une sortie d'imprimante ou un microfilm, mais ces moyens ne doivent pas être utilisés pour les grands livres récapitulatifs ou, simultanément, pour les pièces comptables et les livres journaux[33].

E. *Documents soumis à l'administration*

70. Même si, d'après la plupart des réponses au questionnaire, il n'existe pas de règles juridiques de portée générale interdisant aux administrations d'accepter des données ou des documents sur support automatique, il semble qu'à l'heure actuelle, dans aucun Etat, la gamme des documents sur support informatique acceptés par les administrations ne soit très étendue[34]. Les documents sur support informatique les plus souvent cités sont les déclarations fiscales de types divers, dont les déclarations de marchandises faites à l'intention des autorités douanières.

---

[29]En réponse à la question 8, la Finlande a indiqué que, conformément à une disposition de sa législation sur les sociétés anonymes, le grand livre des titres et le registre des actionnaires pouvaient être établis par traitement automatique de l'information ou par tout autre moyen.

[30]Annexe, question 8.

[31]A titre d'exemple, la Norvège a, dans sa réponse au questionnaire, inclus la traduction anglaise d'un extrait de l'article 6 de sa loi du 13 mai 1977 sur la comptabilité :

"Les livres de commerce [livre de caisse, livre journal, livre de compte, grand livre, état financier] doivent être tenus de manière claire et adéquate. Les livres doivent être reliés ou brochés et leurs pages ou leurs feuillets doivent être numérotés correctement avant qu'aucune écriture n'y soit portée. Les feuillets ne doivent pas être extraits des livres reliés ou brochés. Les écritures doivent y être passées de manière à durer. Ce qui a été enregistré ne doit être ni raturé ni rendu illisible de toute autre manière."

[32]En application de la loi sur la comptabilité, les pouvoirs publics norvégiens ont réglementé le remplacement des livres de compte et des pièces justificatives traditionnelles par des enregistrements sur support magnétique. Il ressort en outre de plusieurs autres réponses que la législation applicable a été modifiée pour autoriser expressément l'enregistrement des données commerciales sur support informatique.

[33]Réponse de la Suède à la question 8.

[34]Annexe, questions 10 et 11; voir également le document du Conseil de coopération douanière n° 31.678, cité dans la note 5 ci-dessus.

71. Le fait qu'un nombre si réduit de documents sur support informatique soient acceptés par les administrations peut vraisemblablement s'expliquer par des raisons à la fois administrative et juridique. Pour pouvoir transmettre tout document sur support informatique d'une entité à une autre, soit par échange matériel de mémoires d'ordinateur, soit par télécommunication, les deux parties intéressées doivent disposer de matériel compatible, capable d'expédier et de recevoir des données sous cette forme. Aussi, tant que les ministères n'auront pas acquis le matériel nécessaire et arrêté les procédures voulues, continueront-ils à exiger que les documents leur soient soumis sur papier. Ce problème prend une importance toute particulière lorsque le document en question doit être expédié et traité dans divers points éparpillés, tels les postes de douane.

72. Il semble qu'il existe un certain nombre de lois ou de règlements rendant obligatoire l'établissement sur papier de certains documents[35]. Bien que ces lois et règlements puissent vraisemblablement être aisément modifiés, tout ministère envisageant d'accepter des documents sur support informatique devra s'assurer que ce changement de procédure ne risque pas de créer des problèmes juridiques nouveaux. Les problèmes juridiques potentiels sont essentiellement les mêmes que ceux qui se posent dans les rapports interentreprises. Comment s'assurer que les données reçues par l'administration et stockées dans son ordinateur seront, en cas de litige, considérées comme un enregistrement fidèle des documents transmis à l'administration par l'entreprise et que, en cas de difficulté, l'authentification du message électronique que lui a adressé l'entreprise sera juridiquement suffisante pour prouver la responsabilité ?

V. Valeur juridique des enregistrements informatiques dans le commerce international

73. Les réponses au questionnaire montrent que les pays de tous les continents et à tous les stades de développement économique ont modifié leur législation dans le but de donner une sécurité juridique accrue aux enregistrements informatiques. Même si ces modifications de la législation touchent essentiellement les transactions relevant du droit interne, le problème de la sécurité juridique des enregistrements informatiques revêt une importance particulière dans le commerce international.

74. L'exportation et l'importation de marchandises requièrent un grand nombre de documents. Les chiffres varient d'un Etat à l'autre et aussi, dans une certaine mesure, selon le type des marchandises et le mode de financement de la transaction, mais il n'est pas rare qu'un exportateur ait à établir plus de 100 documents différents pour chaque expédition. Ces documents doivent être établis minutieusement et promptement de sorte que ni l'expédition ni le paiement ne soient retardés. En outre, certains des documents requis pour l'importation de marchandises devant être établis dans le pays d'exportation, on a tout intérêt à disposer de moyens modernes de télécommunication en vue d'éliminer les retards inhérents à l'expédition postale de documents établis sur papier.

A. *Les enregistrements informatiques en tant que moyens de preuve*

75. Il ressort des réponses au questionnaire qu'en matière d'enregistrements informatiques, les règles de la preuve ne devraient pas être un obstacle de taille à l'utilisation des ordinateurs ou au développement des transmissions locales ou internationales de données ou de documents d'ordinateur à ordinateur. La quasi-totalité des pays ayant répondu au questionnaire semblent avoir une législation assez souple qui autorise l'utilisation des enregistrements informatiques comme moyens de preuve et laisse aux tribunaux le soin de déterminer le crédit qu'il convient d'accorder aux données ou documents. Les divergences les plus marquées entre ces législations traduisent des différences dans les règles de la preuve qui sont également applicables aux documents sur papier mais qui n'ont pas eu d'effets néfastes perceptibles sur le développement du commerce international.

76. Il n'en reste pas moins que les questions de preuve sont une source de préoccupation légitime. Très peu d'Etats n'admettent pas l'utilisation d'enregistrements informatiques comme moyens de preuve. Dans un Etat au moins, il y a doute quant à la question de savoir si un message stocké dans un ordinateur et reçu d'un autre ordinateur sur support informatique peut être utilisé comme moyen de preuve. D'autres obstacles à la recevabilité des enregistrements informatiques existent du fait des termes particuliers employés dans la législation applicable ou du fait d'innovations techniques.

77. En outre, et c'est peut-être là un problème plus important encore, on note un sentiment très répandu d'insécurité liée aux carences supposées des textes relatifs à l'utilisation des enregistrements informatiques comme moyen de preuve. Ce sentiment d'insécurité peut, à son tour, jouer comme un frein au développement de nouveaux types de documents commerciaux établis par ordinateur.

78. Aussi est-il de la plus grande importance qu'il y ait une garantie que les enregistrements de systèmes bien gérés, y compris ceux qui utilisent les techniques les plus modernes, soient recevables en justice. Cependant, pour obtenir cette garantie, il ne semble ni souhaitable ni nécessaire d'essayer d'unifier les règles de la preuve en matière d'utilisation d'enregistrements informatiques dans le commerce international. Les principales raisons en sont que l'existence de différences traditionnelles entre les diverses manières de rendre la justice auxquelles les règles de la preuve sont étroitement liées n'autorise pas une approche unique et l'expérience montre qu'en ce qui concerne l'application des règles de la preuve aux systèmes de documentation sur papier, les différences marquées existant entre les législations n'ont apparemment pas empêché le développement du commerce international.

[35] Plusieurs des réponses au questionnaire indiquent l'existence de telles règles (annexe, question 11).

B. *Authentification et exigence de l'écrit*

79. En revanche, le fait que les documents doivent être signés ou que les documents doivent être sur papier constitue un obstacle juridique plus sérieux à l'utilisation des ordinateurs et des télécommunications d'ordinateur à ordinateur dans le commerce international.

80. En raison du rôle central joué par les services douaniers dans l'importation et l'exportation des marchandises, le fait que plusieurs d'entre eux soient désormais prêts à accepter des déclarations de marchandises sur support informatique et que plusieurs autres envisagent d'accepter des déclarations sous cette forme dans un avenir proche revêt une importance particulière. Cette évolution peut encourager les autres services administratifs à s'engager dans la même voie et permettre ainsi un assouplissement général des règles impératives selon lesquelles les documents doivent soit se présenter sous forme écrite, soit porter une signature manuscrite.

Conclusion

81. Compte tenu de ce qui précède, la Commission voudra peut-être conclure que les progrès accomplis dans l'utilisation du traitement automatique de l'information dans le commerce international sont tels qu'ils justifient qu'un appel concerté soit lancé aux gouvernements afin qu'ils adaptent leur système juridique, compte tenu de ces progrès.

82. Dans l'affirmative, la Commission voudra peut-être envisager d'adopter une recommandation fondée sur le projet de texte suivant :

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Notant que l'utilisation du traitement automatique de l'information est déjà 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 nécessaire, dans de nombreux 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,

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 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.

ANNEXE

Résumé analytique des réponses au questionnaire de la CNUDCI sur l'utilisation de données sur support informatique comme moyens de preuve dans les procédures judiciaires

Les Etats ci-après ont répondu au questionnaire : Allemagne, République fédérale d', Australie, Autriche, Birmanie, Canada, Chili, Colombie, Danemark, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, Honduras, Hongrie, Iraq, Japon, Luxembourg, Mexique, Nigéria, Norvège, Philippines, Portugal, République

dominicaine, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Suède, Tchécoslovaquie, Tonga, Venezuela, Yougoslavie, Zambie (29 réponses).

Utilisation de données sur support informatique dans les procédures judiciaires

A. *Données stockées sur support informatique*

Question 1

Les données relatives à une transaction qui sont, ou ont été, stockées dans un ordinateur ou sur un support informatique (bande magnétique, disquette, etc.) peuvent-elles être acceptées comme preuves dans les procédures civiles, pénales et administratives ? Si, dans votre pays, les tribunaux acceptent comme élément de preuve toutes les données considérées comme ayant un rapport avec le litige dont ils sont saisis, laissant aux magistrats ou au jury le soin d'en apprécier l'intérêt, veuillez l'indiquer.

Résumé des réponses

Les réponses de nombreux Etats montrent que leur droit de la preuve est fondé sur un principe général selon lequel toutes les données ayant un rapport avec le litige, quelle que soit leur forme, sont recevables et qu'il n'y a donc pas d'obstacle à l'utilisation comme moyen de preuve d'un enregistrement qui est, ou a été, stocké sur un ordinateur ou sur un support informatique. Dans ces systèmes juridiques, il incombe aux tribunaux d'apprécier librement le crédit à apporter aux enregistrements informatiques à la lumière de tous les faits pertinents (Allemagne, République fédérale d', Autriche, Colombie, Danemark, Finlande, Honduras, Japon, Mexique, Norvège, Portugal, Suède, Tchécoslovaquie, Yougoslavie, Zambie). Cependant, dans certaines de ces réponses, on note que, lorsqu'un enregistrement informatique reproduit le contenu d'un document, il peut être considéré comme une copie et que le tribunal peut, par conséquent, exiger la production dudit document au motif qu'il constitue un moyen de preuve plus sûr (Autriche, Finlande, Suède).

Dans d'autres réponses, représentatives des systèmes juridiques de *common law*, les enregistrements informatiques sont recevables à condition que certains faits initiaux soient établis. Ces faits initiaux sont généralement liés à la méthode et aux équipements utilisés dans la création des enregistrements informatiques et doivent démontrer de manière préliminaire qu'on peut ajouter foi à ces enregistrements [Australie (certaines juridictions), Etats-Unis, Philippines, Royaume-Uni]; toutefois, dans certains systèmes juridiques, on peut se contenter de montrer que les enregistrements informatiques ont été créés dans le cadre habituel ou normal des pratiques commerciales [Australie (certaines juridictions), Canada]. (Les critères de recevabilité des enregistrements informatiques sont traités à la question 4 ci-après.) Les dispositions sur la valeur des enregistrements informatiques figurant dans certaines des règles de la preuve de *common law* (Australie, Royaume-Uni) indiquent que la valeur d'un enregistrement informatique recevable est appréciée par le tribunal ou le jury de *common law* fondamentalement de la même manière que dans les systèmes juridiques où, en principe, tous les types de moyens de preuve sont recevables.

Le troisième groupe de réponses provient des Etats où les règles de la preuve contiennent une liste exhaustive des moyens de preuve admissibles; les enregistrements informatiques n'étant pas traités dans ces règles, un enregistrement informatique y est considéré soit comme non recevable (Birmanie, Chili, République dominicaine), soit comme non recevable en tant que moyen de preuve à part entière, c'est-à-dire qu'un enregistrement informatique ne peut être utilisé que s'il est accompagné d'autres moyens de preuve recevables (Luxembourg, Sénégal, Venezuela). Toutefois, dans certains de ces Etats, il n'y a pas de restrictions quant à la recevabilité des moyens de preuve, y compris les moyens de preuve stockés sur ordinateur, en matière commerciale (Luxembourg, Sénégal), en matière civile lorsque la valeur de l'objet du litige n'excède pas un montant fixé par la loi (Luxembourg, Sénégal, Venezuela) ou en matière pénale (Luxembourg, Sénégal, Venezuela).

Plusieurs réponses indiquent que des réformes de la législation relative à l'utilisation des enregistrements informatiques comme moyens de preuve sont très sérieusement envisagées (Allemagne, République fédérale d', Chili, Hongrie, Luxembourg, Royaume-Uni).

Question 2

Si les tribunaux acceptent comme élément de preuve les données relatives à une transaction qui sont, ou ont été, stockées sur support informatique, les acceptent-ils sous cette forme ou exigent-ils une sortie d'imprimante ou tout autre support lisible ?

Résumé des réponses

Dans certains pays, pour qu'un enregistrement informatique soit recevable, il doit être présenté au tribunal sur une sortie d'imprimante ou sur tout autre support lisible par l'homme (Danemark, Philippines, Royaume-Uni, Sénégal, Suède, Zambie). Dans d'autres pays, une plus grande souplesse est autorisée pour la présentation d'un enregistrement informatique en justice. Dans certains systèmes juridiques, il apparaît que le tribunal peut accepter de juger recevable un enregistrement sur support informatique sous réserve que cet enregistrement puisse être rendu compréhensible pour le tribunal (Autriche, Canada, Colombie, Etats-Unis, Honduras, Mexique, Norvège, Portugal, Tchécoslovaquie, Tonga), mais il y a des systèmes juridiques qui autorisent expressément la présentation d'un enregistrement au tribunal sur écran de visualisation ou par d'autres moyens permettant une lecture visuelle [Allemagne, République fédérale d', Australie (certaines juridictions), Finlande].

Question 3

Si les tribunaux exigent une sortie d'imprimante ou tout autre support lisible, acceptent-ils une sortie d'imprimante établie pour les besoins de la procédure ou exigent-ils une sortie d'imprimante établie au moment où les données relatives à la transaction ont été mises sur ordinateur ?

Résumé des réponses

Il semble que, dans les Etats ayant répondu à cette question, il n'y ait pas de dispositions expresses relatives au moment où la sortie d'imprimante doit avoir été faite et que les réponses soient fondées sur une interprétation des règles de la preuve. Dans deux pays ayant répondu, la sortie d'imprimante doit être établie au moment où l'enregistrement a été créé [Philippines (pour les déclarations d'importation de marchandises), Zambie]. Il ressort d'autres réponses que le tribunal ne refuserait pas nécessairement d'accepter une sortie d'imprimante au seul motif qu'elle a été établie quelque temps après la création de l'enregistrement ou qu'elle a été établie pour la procédure (Allemagne, République fédérale d', Australie, Canada, Colombie, Danemark, Etats-Unis, Finlande, Honduras, Japon, Mexique, Norvège, Royaume-Uni, Suède, Tchécoslovaquie, Tonga). Certaines de ces réponses indiquent que le moment où est produite la sortie d'imprimante influe sur la force probante qui lui sera accordée et que

le tribunal peut exiger la présentation d'une sortie d'imprimante établie antérieurement, le cas échéant, on peut exiger d'une partie qu'elle établisse que la sortie d'imprimante présentée correspond à l'enregistrement informatique original, c'est-à-dire que l'enregistrement sur support informatique n'a pas été altéré après avoir été créé (Allemagne, République fédérale d', Canada, Finlande, Sénégal, Suède).

Question 4

Quelles sont les conditions à remplir pour que les données stockées sur support informatique soient acceptées en tant qu'éléments de preuve, ou, si toutes les données pertinentes sont recevables dans votre pays, quelles sont les conditions requises pour qu'elles soient considérées par les tribunaux comme ayant la même force probante que des données similaires présentées sous forme écrite ?

Résumé des réponses

Les systèmes juridiques qui indiquent dans leurs réponses que toutes les données pertinentes sont recevables en justice ne précisent pas à quelles conditions un enregistrement informatique peut avoir la même force probante que des données similaires présentées sous la forme d'un document. Il incombe au tribunal de déterminer la force probante de l'enregistrement informatique à la lumière de tous les faits pertinents (Allemagne, République fédérale d', Autriche, Colombie, Danemark, Finlande, Honduras, Japon, Mexique, Norvège, Suède, Tchécoslovaquie, Yougoslavie). Cela semble être le cas également lorsque les enregistrements informatiques sont recevables par voie d'exception (Luxembourg, Sénégal, Venezuela).

Dans les systèmes juridiques où des règles telles que celle relative au témoignage indirect restreignent la recevabilité des enregistrements informatiques, on a arrêté des critères de recevabilité pour ces enregistrements. On peut considérer que les critères retenus portent sur les questions suivantes : *a)* la sécurité de fonctionnement du matériel informatique; *b)* le moment où les données sont introduites sur ordinateur et la fiabilité de la méthode d'introduction; *c)* les sources d'information ayant servi à la création de l'enregistrement informatique [Australie (certaines juridictions), Etats-Unis, Philippines, Royaume-Uni]. Dans quelques systèmes juridiques de *common law*, les données commerciales stockées sur ordinateur sont normalement recevables en justice et les critères susmentionnés sont appliqués en vue d'apprécier la force probante des données [Australie (certaines juridictions), Canada (les critères de recevabilité ne sont pas encore définis)].

Question 5 a

Les tribunaux acceptent-ils en toutes circonstances l'authentification de données sur support informatique lorsque cette authentification se fait sous forme électronique ?

Résumé des réponses

Dans nombre de systèmes juridiques, l'authentification sous forme électronique serait possible (Autriche, Danemark, Etats-Unis, Finlande, Honduras, Mexique, Norvège, Suède, Tchécoslovaquie, Zambie). Cette position s'appuie soit sur les règles juridiques relatives à l'authentification par des moyens autres que la signature manuscrite ou, plus fréquemment, sur une interprétation des règles accordant aux tribunaux toute latitude pour recevoir et apprécier les moyens de preuve. Cependant, dans certains de ces systèmes juridiques, l'authentification électronique n'est possible que si les règles juridiques applicables n'exigent pas l'établissement d'un document écrit pour la transaction (Autriche, Danemark, Finlande, Norvège). Pour d'autres systèmes juridiques, il ressort des réponses au questionnaire que les tribunaux n'accepteraient pas une authentification électronique en toutes circonstances (Allemagne, République fédérale d', Colombie, Royaume-Uni). Il existe aussi une approche plus souple selon laquelle l'authentification est acceptée sous la forme que peut autoriser le tribunal, et donc éventuellement sous une forme électronique (Australie).

Question 5 b

Si une "signature" est requise par la loi ou toute autre disposition à caractère obligatoire, les tribunaux acceptent-ils une "signature" électronique ou exigent-ils qu'elle soit sous forme manuscrite ?

Résumé des réponses

Dans les cas où une signature est requise par la loi ou un autre texte de loi, de nombreuses réponses indiquent que seule une authentification sur papier remplit les conditions requises (Allemagne, République fédérale d', Autriche, Chili, Colombie, Danemark, Finlande, Japon, Luxembourg, Norvège, Royaume-Uni, Tchécoslovaquie, Tonga) et, comme le soulignent certaines de ces réponses, la seule authentification acceptable est la signature manuscrite (Autriche, Finlande, Honduras, Sénégal). Dans d'autres pays, une "signature" sous forme électronique peut être acceptée à la place d'une authentification sur papier (Etats-Unis, Mexique, Suède, Zambie).

B. *Données transmises sur support informatique*

Question 6

Si les données ont été introduites et traitées initialement sur l'ordinateur d'une société et transmises par la suite à l'ordinateur d'une deuxième société sur support informatique (par télétransmission des données ou par simple transfert d'une bande magnétique ou de tout autre support informatique), les données stockées dans l'ordinateur de la deuxième société ont-elles une force probante inférieure à celle des données stockées dans l'ordinateur de la première société ?

Résumé des réponses

Selon la plupart des réponses, le seul fait que des données ont été transmises soit par télétransmission ou par transfert manuel d'un support de données ne rend pas les données stockées dans l'ordinateur de la deuxième société moins recevables que les données stockées par l'ordinateur de la première société (Allemagne, République fédérale d', Autriche, Colombie, Danemark, Finlande, Honduras, Japon, Mexique, Norvège, Philippines, Sénégal, Suède, Tchécoslovaquie). Cependant, certaines de ces réponses indiquent que la force probante des données stockées dans l'ordinateur de la deuxième société dépendrait de faits pertinents tels que l'importance des mesures prises pour prévenir le risque d'altération des données pendant la transmission.

En ce qui concerne les systèmes de *common law* où la recevabilité des enregistrements informatiques est régie par des règles précises, selon une réponse, un enregistrement informatique provenant de l'ordinateur d'une autre société ne serait vraisemblablement pas recevable (Royaume-Uni). D'autres réponses indiquent que la transmission des données n'influe pas nécessairement sur la recevabilité de l'enregistrement ainsi transmis (Australie, Canada, Zambie). Selon ces dernières réponses, un enregistrement informatique reçu de l'ordinateur d'une autre société peut être recevable de différentes manières. Par exemple, l'enregistrement peut être recevable s'il est considéré comme une copie et satisfait aux critères de receva-

bilité applicables aux copies (par exemple lorsqu'il n'est pas possible ni raisonnablement pratique de produire l'enregistrement original, ou après autorisation du tribunal) ou s'il est démontré que les données ont été transmises dans le cadre normal de l'activité commerciale, ou si les ordinateurs entre lesquels la transmission a été effectuée sont considérés comme un système informatique unique.

Question 7

La satisfaction de conditions autres que celles indiquées dans la question 4 est-elle nécessaire ?

Résumé des réponses

Dès lors que la partie présentant les moyens de preuve démontre l'intégrité du processus de transmission, la législation ne requiert la satisfaction d'aucune autre condition (Allemagne, République fédérale d', Australie, Autriche, Canada, Danemark, Finlande, Honduras, Japon, Mexique, Norvège, Philippines, Sénégal, Suède, Tchécoslovaquie, Zambie).

C. *Documents comptables et présentation de documents requis*

Question 8

Existe-t-il des dispositions légales applicables aux activités commerciales en général qui interdisent aux entreprises commerciales de stocker la totalité de leurs archives sur support informatique (ces dispositions juridiques pourraient inclure les lois régissant la nature et la forme des documents comptables ou toute réglementation fiscale prescrivant le type de document comptable qui doit être soumis à vérification) ?

Résumé des réponses

Dans certains pays, il n'existe pas de règles applicables à l'activité commerciale en général qui interdiraient à une société commerciale de stocker la totalité de ses archives sur support informatique (Australie, Autriche, Colombie, Etats-Unis, Honduras, Japon, Mexique, Royaume-Uni, Tonga, Zambie). Dans d'autres pays, les sociétés peuvent choisir librement la forme de leurs livres de comptes à l'exception de certains livres précis ou de certaines parties de livres qui doivent être établis par écrit (Allemagne, République fédérale d', Canada, Danemark, Finlande, Portugal, Sénégal, Suède, Tchécoslovaquie). Les exceptions concernent, par exemple, le bilan financier annuel (Allemagne, République fédérale d', Danemark, Finlande, Suède), le procès-verbal de l'assemblée des actionnaires (Finlande), le registre des actions de la société (Allemagne, République fédérale d', Finlande) ou l'enregistrement simultané des écritures journalières et des pièces justificatives correspondantes (Suède). Dans deux pays, l'administration peut autoriser certaines parties des documents commerciaux à être conservées sur support informatique après s'être assurée de la fiabilité du système informatique et de la corrélation entre les écritures et les pièces justificatives (Finlande, Norvège).

Question 9

Si une société commerciale a l'obligation de conserver certaines informations sous forme écrite, cette obligation peut-elle être satisfaite par une sortie d'imprimante établie à partir de données stockées initialement dans un ordinateur ? Si oui, existe-t-il des règles quant aux délais dans lesquels cette sortie d'imprimante doit être établie une fois introduites les données dans l'ordinateur (la sortie d'imprimante doit-elle être établie le même jour, la même semaine, le même mois ou la même année) ?

Résumé des réponses

Dans certains pays, l'obligation de conserver certaines informations sous forme écrite n'est pas satisfaite par une sortie d'imprimante établie à partir d'un enregistrement stocké initialement dans un ordinateur (Allemagne, République fédérale d', Portugal, Sénégal, Tchécoslovaquie). La raison donnée dans une des réponses est que les données peuvent avoir été manipulées avant l'établissement de la sortie d'imprimante (Sénégal). Selon d'autres réponses, une sortie d'imprimante suffit généralement, soit à l'état brut (Honduras, Norvège), soit complétée par une signature (Finlande). Quant à la deuxième partie de la question liée aux délais séparant l'introduction des données dans l'ordinateur de l'établissement de la sortie d'imprimante, les réponses indiquent soit qu'il n'existe pas de règle sur cette question (Finlande, Honduras, Zambie), soit que la sortie d'imprimante doit être établie dans le délai considéré comme conforme aux principes d'une saine comptabilité (Norvège).

Question 10

Les administrations acceptent-elles toutes les données ou tous les documents de source commerciale établis sur support informatique ? Si oui, indiquez quelles sont les principales catégories de données ou de documents qui sont acceptées.

Résumé des réponses

Outre les administrations douanières (voir le document 31.678 du Conseil de coopération douanière du 10 août 1984), les services fiscaux et les services de sécurité sociale semblent être les plus enclins à accepter certains types de données sur support informatique (Canada, Etats-Unis, Finlande, Honduras, Norvège, Royaume-Uni, Sénégal). Ces données concernent, par exemple, les déclarations de marchandises imposables ou les transactions (Canada, Norvège, Sénégal), ou les cotisations de sécurité sociale (Royaume-Uni, Sénégal). En outre, on a mentionné les données statistiques (Canada, Finlande, Tchécoslovaquie) et les données liées à certaines transactions, dont les exportations et les importations, et destinées à la planification ou à l'application des plans (Tchécoslovaquie).

Question 11

La loi interdit-elle aux administrations d'accepter de source commerciale certains ou tous documents établis sur support informatique ? Si oui, indiquez quelles en sont les principales catégories, particulièrement celles qui touchent au commerce international.

Résumé des réponses

A la lecture de la plupart des réponses, on constate qu'il n'existe pas de règle interdisant à l'administration d'accepter des données ou des documents de source commerciale sur support informatique (Allemagne, République fédérale d', Australie, Autriche, Canada, Honduras, Mexique, Royaume-Uni, Sénégal, Tchécoslovaquie, Tonga, Zambie). D'autres réponses, tout en indiquant qu'il n'existe pas de règle générale interdisant à l'administration d'accepter des données sur support informatique, précisent qu'il existe des cas où l'administration peut ne pas avoir le droit d'accepter des données sous cette forme (Etats-Unis, Finlande, Norvège, Portugal). Cette interdiction peut résulter d'une règle exigeant des parties commerciales qu'elles produisent un document écrit et signé (Finlande, Norvège, Portugal) ou d'un texte sur la protection de la vie privée des particuliers interdisant aux entités commerciales de communiquer des données stockées sur ordinateur à des tiers, y compris l'administration (Norvège).

VI. COORDINATION DES ACTIVITÉS

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

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

INTRODUCTION 1-2

I. CODES DE CONDUITE RELATIFS AU TRANSFERT DE TECHNOLOGIE 3-37

A. Projet de code international de conduite de la CNUCED pour le transfert de technologie 3-32

1. Questions majeures ayant fait l'objet d'un accord ou d'un quasi-accord 8-23

a) Certaines formes de pratiques commerciales restrictives 8-20

b) Responsabilités et obligations des parties 21-22

c) Forme juridique du projet de code 23

2. Questions en suspens 24-32

a) Certaines formes de pratiques commerciales restrictives 24-26

b) Critères régissant le recours à des pratiques commerciales restrictives 27-29

c) Caractère confidentiel des renseignements 30

d) Définition du transfert "international" de technologie 31

e) Droit applicable et règlement des différends 32

B. Projet de code de conduite des Nations Unies sur les sociétés transnationales 33-37

II. ÉNONCÉ DE PRINCIPES ET DE RÈGLES CONCERNANT LES PRATIQUES COMMERCIALES RESTRICTIVES 38

III. PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUCED SUR LES PRATIQUES COMMERCIALES RESTRICTIVES 39-45

IV. OMPI : RÉVISION DE LA CONVENTION DE PARIS ET TRANSFERT DE TECHNOLOGIE 46-47

V. DISPOSITIONS TYPES DE L'OMPI SUR LA PROTECTION DU LOGICIEL 48-50

VI. LOI TYPE DE L'OMPI POUR LES PAYS EN DÉVELOPPEMENT CONCERNANT LES INVENTIONS 51

VII. GUIDES, MODÈLES DE CONTRATS TYPES ET CLAUSES RELATIVES AU TRANSFERT DE TECHNOLOGIE 52-68

A. Projets achevés 52-62

Manuel sur l'acquisition de la technologie par les pays en développement 52

Principes directeurs pour l'évaluation des accords de transfert de technologie 53-54

Directives pour l'acquisition des technologies étrangères par les pays en voie de développement concernant en particulier les accords de licence .. 55

[a]Pour l'examen par la Commission, voir *Rapport*, chap. VI, C (voir plus haut, première partie, A).

Paragraphes

Guide sur les licences pour les pays en développement : un guide sur les aspects juridiques de la négociation et l'élaboration de licences de propriété industrielle et d'accords de transfert de techniques adaptés aux besoins des pays en développement 56-57
Guide sur la rédaction de contrats portant sur le transfert international de savoir-faire dans l'industrie mécanique 58
Manuel relatif à l'emploi de consultants dans les pays en voie de développement 59
Guide de la CEE pour l'établissement de contrats internationaux relatifs à l'emploi d'ingénieurs-conseils et à certains aspects connexes en matière d'assistance technique 60
Manuel de l'élaboration d'accords pour la création d'entreprises communes dans les pays en voie de développement 61
Modèle de "contrat type élaboré par l'ONUDI pour la construction d'une usine d'engrais livrée clefs en main à prix forfaitaire avec ses directives et annexes techniques"
Modèle de "contrat type élaboré par l'ONUDI pour la construction en régie d'une usine d'engrais avec ses directives d'emploi et annexes techniques" 62

B. Projets en cours 63-68
1. Système de consultations de l'ONUDI 63-67
a) Industrie des engrais 64
b) Industrie pétrochimique 65
c) Industrie des machines agricoles 66
d) Industrie pharmaceutique 67
2. Projet conjoint ONUDI/Centre international des entreprises publiques dans les pays en développement 68

VIII. SERVICES CONSULTATIFS ET D'INFORMATION 69-72
A. Service consultatif sur le transfert des techniques (CNUCED) 69
B. Division des services consultatifs et de l'information 70
C. Services consultatifs technologiques (ONUDI) 71
D. Système d'échange de renseignements techniques (ONUDI) 72

IX. CHOIX DE PUBLICATIONS 73-76

Introduction

1. Le présent rapport s'insère dans la série des rapports spécialisés sur les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international. Il porte sur les activités consacrées par les organisations du système des Nations Unies aux aspects juridiques du transfert de technologie et se fonde sur la documentation disponible au 14 décembre 1984. L'expression "transfert de technologie", telle que l'entendent les diverses organisations du système des Nations Unies, couvre un vaste champ englobant le transfert des connaissances, compétences et techniques systématiques, opéré par le fournisseur de technologie pour la fabrication d'un produit, l'application d'un procédé, ou l'exploitation et l'entretien d'une installation industrielle. Ce transfert peut s'effectuer par la voie, entre autres, d'accords de savoir-faire, d'accords de licence, de coentreprises, de contrats clefs en main ou semi-clefs en main, ou de contrats de gestion.

2. Les travaux effectués au sein du système des Nations Unies ont été axés sur les transferts de technologie aux pays en développement. Ces pays se heurtent en matière d'importation de technologie à un certain nombre de problèmes au premier rang desquels figurent l'importance des coûts en jeu, l'imposition de restrictions et de conditions susceptibles de faire obstacle au développement économique et technologique et l'absence de garanties importantes, par le fournisseur, qui devraient accompagner la technologie transférée. Certains pays en développement peuvent ne pas avoir l'expérience de l'élaboration d'accords de transfert de technologie. D'autres encore peuvent ne pas disposer d'un cadre juridique permettant de réglementer les transferts de technologie ou les conditions de ce transfert.

I. Codes de conduite relatifs au transfert de technologie

A. *Projet de code international de conduite de la CNUCED pour le transfert de technologie*

3. Par sa résolution 74 (X) du 18 septembre 1970, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a créé un Groupe intergouvernemental du transfert des techniques, qui a entamé

l'élaboration d'un code international de conduite pour le transfert de technologie. Par sa résolution 32/188 du 19 décembre 1977, l'Assemblée générale a décidé de convoquer, sous les auspices de la CNUCED, une Conférence des Nations Unies chargée d'élaborer un code international de conduite pour le transfert de technologie (dénommé ci-après le projet de code) et de prendre toutes les décisions nécessaires à son adoption. La cinquième session de la Conférence s'est tenue en octobre/novembre 1983 et la sixième session est fixée à mai 1985.

4. Le projet de code se compose d'un préambule et de neuf chapitres portant sur les définitions et le champ d'application (chap. 1), les objectifs et principes (chap. 2), la réglementation nationale des transactions portant sur un transfert de technologie (chap. 3), les pratiques commerciales restrictives (chap. 4), les responsabilités et obligations des parties (chap. 5), l'octroi d'un traitement spécial aux pays en développement (chap. 6), la collaboration internationale (chap. 7), le mécanisme institutionnel international (chap. 8), le droit applicable et le règlement des différends (chap. 9).

5. Au sens du projet de code, le transfert de technologie est le transfert des connaissances systématiques nécessaires à la fabrication d'un produit, à l'application d'un procédé ou à la prestation d'un service, et il ne s'étend pas aux transactions comportant la simple vente ou le simple louage de biens[1]. Au nombre des transactions comportant un transfert de technologie qui entrent dans le champ d'application du projet de code, figurent la vente ou la concession sous licence de toutes les formes de propriété industrielle, la communication de savoir-faire et de connaissances techniques spécialisées ainsi que la communication des renseignements technologiques nécessaires à l'installation, l'exploitation et le fonctionnement d'usines et de matériel et les projets clefs en main[2].

6. Le projet de code traite pour l'essentiel de la conduite des fournisseurs et bénéficiaires de technologie et vise à "établir des normes générales et équitables qui serviront de base aux relations entre les parties aux transactions portant sur un transfert de technologie et les gouvernements intéressés, en prenant en considération leurs intérêts légitimes et en tenant dûment compte des besoins propres aux pays en développement en vue de la réalisation de leurs objectifs de développement économique et social"[3].

7. A la fin de la cinquième session de la Conférence, les trois groupes négociant le projet de code, à savoir le Groupe des 77 (pays en développement), le Groupe B (pays développés à économie de marché) et le Groupe D (pays socialistes) avaient réglé les problèmes posés par nombre de dispositions. Il n'en restait pas moins à résoudre nombre de questions importantes et, notamment, celles des pratiques commerciales restrictives, des responsabilités et obligations des parties et du règlement des différends. On trouvera ci-après un inventaire des points sur lesquels un accord ou un quasi-accord a été réalisé et des questions en suspens.

1. *Questions majeures ayant fait l'objet d'un accord ou d'un quasi-accord*

a) *Certaines formes de pratiques commerciales restrictives*

8. Le chapitre 4 du projet de code traite des pratiques commerciales restrictives. Il s'agit en l'occurrence de celles que l'on trouve le plus communément dans les accords de transfert de technologie conclus entre entreprises de pays développés et de pays en développement. L'accord, ou un quasi-accord, s'est fait sur les dispositions ayant trait aux pratiques restrictives ci-après (celles-ci étant énumérées dans l'ordre dans lequel elles figurent au chapitre 4, B, du projet de code).

Clauses de rétrocession

9. Le projet de code vise à éviter le recours aux clauses de rétrocession, c'est-à-dire aux dispositions qui obligeraient la partie acquéreur à rétrocéder à la partie fournisseur toutes améliorations apportées à la technologie acquise, dans certaines circonstances. Les trois groupes se sont accordés à penser que les clauses de rétrocession devraient être évitées lorsqu'elles constituent un usage abusif de la position dominante de la partie fournisseur sur le marché. N'a pas été résolue la question de savoir si ces clauses devraient également être évitées, ainsi que l'a proposé le Groupe B, lorsque la rétrocession comporte l'exclusivité, soit sans contrepartie, soit sans obligation de réciprocité de la part de la partie fournisseur. Le Groupe des 77 propose de les éviter lorsqu'elles prévoient l'exclusivité, lorsque la contrepartie fait défaut, ou lorsqu'il n'y a pas obligation de réciprocité de la part de la partie fournisseur.

Contestation de la validité des brevets

10. Sous réserve du droit approprié applicable et des termes de l'accord dans la mesure compatible avec ce droit, le projet de code vise à éliminer les pratiques qui obligent la partie acquéreur à s'abstenir de contester la validité des brevets et autres types de protection des inventions compris dans le transfert ou la validité d'autres cessions de ce genre demandées ou obtenues par la partie fournisseur. Le Groupe B propose de limiter la portée de cette clause à l'"obligation abusive", par application du "critère de raison" (voir par. 28 ci-dessous).

Exclusivité des transactions

11. Les trois groupes sont convenus que les pratiques qui restreignent la faculté qu'a la partie acquéreur de conclure des accords de vente, de représentation ou de fabrication se rapportant à des technologies ou produits analogues ou concurrents, ou d'acquérir une technologie concurrente, devraient être évitées lorsque ces restrictions ne sont pas nécessaires pour sauvegarder des intérêts légitimes, y compris en particulier pour pré-

[1] TD/CODE TOT/41, chap. 1, art. 1.2, soit la dernière version du projet de code.

[2] *Ibid.*, chap. 1, art. 1.3

[3] *Ibid.*, chap. 2, art. 2.1 i.

server le caractère confidentiel de la technologie transférée ou pour la meilleure répartition possible des efforts ou le respect des obligations en matière de promotion.

Restrictions imposées à la recherche

12. Le projet de code vise à interdire les pratiques qui restreignent la faculté que la partie acquéreur a soit d'entreprendre des activités de recherche-développement visant à adapter aux conditions locales la technologie transférée, soit de lancer des programmes de recherche-développement fondés sur la technologie transférée et ayant pour objet de mettre au point de nouveaux produits, procédés ou équipements (voir par. 15 ci-dessous). Le Groupe B et le Groupe D proposent de limiter l'interdiction aux restrictions abusives.

Restrictions imposées à l'emploi du personnel

13. Le projet de code vise à supprimer les pratiques qui font à la partie acquéreur obligation d'employer du personnel désigné par la partie fournisseur, sauf dans la mesure nécessaire pour assurer l'efficacité de la phase de transmission du transfert de technologie. Ferait exception le cas où il n'y aurait pas de personnel local convenablement formé. Le Groupe B propose de n'interdire l'obligation ainsi faite que lorsqu'elle est abusive.

Fixation de prix

14. Le projet de code vise à abolir les pratiques permettant à la partie fournisseur de réglementer les prix que les parties acquéreurs pratiqueront sur le marché considéré où la technologie a été transférée pour les articles fabriqués ou les services assurés au moyen de la technologie fournie. Le Groupe B propose de n'interdire cette réglementation que lorsqu'elle est imposée de manière injustifiée (selon le critère de raison).

Restrictions imposées aux adaptations

15. Le projet de code vise à éliminer les pratiques qui empêchent la partie acquéreur d'adapter aux conditions locales la technologie importée ou d'y incorporer des innovations (voir par. 12 ci-dessus). Il vise également à interdire les clauses obligeant la partie acquéreur à apporter des modifications qu'elle ne souhaite pas, ou qui sont inutiles, à la conception ou aux spécifications, sauf si la partie acquéreur assume la responsabilité de l'adaptation et n'utilise pas à cet effet le nom, la marque de fabrique ou de service ou le nom commercial de la partie fournisseur. Ferait exception le cas où, par exemple, cette adaptation altère de façon inappropriée les produits fabriqués à l'aide de la technologie transférée. Le Groupe B propose de limiter la portée de cette clause aux restrictions abusives.

Accords d'exclusivité concernant les ventes ou la représentation

16. Les trois groupes se sont accordés à penser que les pratiques qui obligent la partie acquéreur à donner l'exclusivité des ventes ou des droits de représentation à la partie fournisseur ou à toute personne désignée par cette dernière devraient être évitées, sauf en ce qui concerne les accords de sous-traitance ou de fabrication aux termes desquels les parties sont convenues que la totalité ou une partie de la production visée par l'accord de transfert de technologie sera distribuée par la partie fournisseur ou par toute personne désignée par elle.

Transfert lié

17. Le projet de code vise à abolir les pratiques qui obligent la partie acquéreur à accepter une technologie additionnelle, des inventions et améliorations futures, ou des biens ou des services qu'elle ne souhaite pas acquérir et subordonnent la fourniture de la technologie requise à cette acceptation. Le transfert lié devrait toutefois être autorisé lorsque la partie fournisseur est fondée à l'imposer, par exemple pour maintenir la qualité du produit ou du service, si la partie acquéreur utilise la marque de commerce, de fabrique ou de service ou une autre désignation du fournisseur, ou pour satisfaire aux garanties données à la partie acquéreur. Le Groupe B propose de n'interdire cette imposition que si la partie fournisseur restreint indûment l'accès à des sources de technologie, de biens ou de services en en faisant une des conditions d'obtention de la technologie requise (c'est-à-dire d'appliquer le critère de raison).

Accords et autres arrangements de communauté de brevets ou de concession croisée de licences

18. Les trois groupes sont convenus qu'il y avait lieu d'éviter les restrictions découlant d'accords de communauté de brevets, ou de concession croisée de licences ou d'autres arrangements d'échange international de technologie entre fournisseurs de technologie, qui limitent indûment l'accès aux innovations technologiques ou qui auraient pour effet de créer une position dominante abusive dans une industrie ou un marché, avec des effets préjudiciables aux transferts de technologie. Une exception est toutefois prévue en faveur des restrictions appropriées et subordonnées à des arrangements de coopération.

Restrictions imposées à la publicité

19. Le projet de code vise à éliminer les pratiques qui restreignent la réclame ou la publicité à laquelle la partie acquéreur fait appel si elle fait mention du nom, de la marque de fabrique ou de service ou du nom commercial ou d'autres désignations de la partie fournisseur, sauf lorsque ces restrictions peuvent être nécessaires pour éviter de nuire à l'image de marque ou à la réputation de la partie fournisseur. Tel est le cas, par exemple, lorsque la réclame ou la publicité fait mention du nom de la partie fournisseur, lorsque la restriction est indiquée pour des raisons de sécurité, ou qu'elle s'impose pour préserver le caractère confidentiel de la technologie transférée. Le Groupe B propose de n'interdire ces restrictions que lorsqu'elles sont abusives.

Paiements et autres obligations imposés après l'expiration des droits de propriété industrielle

20. Les trois groupes sont convenus qu'il y avait lieu d'abolir les pratiques consistant à imposer des paie-

ments ou toutes autres obligations comme condition pour continuer à exploiter les droits de propriété industrielle après leur invalidation, leur annulation ou leur expiration, "étant entendu que toute autre question, notamment celles d'autres obligations de paiement pour la technologie, sera traitée selon le droit approprié applicable et les termes de l'accord dans la mesure compatible avec ce droit".

b) *Responsabilités et obligations des parties*

21. Le chapitre 5 du projet de code traite des responsabilités et des obligations des parties, durant la phase de négociations comme durant la phase contractuelle. Toutes les dispositions de ce chapitre, à l'exception de deux[4], ont été adoptées par les trois groupes. Pour ce qui est de la phase de négociation de l'accord de transfert de technologie, le projet de code appelle l'attention des parties sur des questions telles que l'emploi des ressources disponibles sur place (personnel, technologies, compétences techniques et autres ressources), la prestation de services techniques en vue de la mise en application et de l'exploitation de la technologie à transférer, le transfert non global de technologie (en entendant par là la divulgation dans le détail de tous les éléments constituant la technologie transférée, accompagnée d'une évaluation distincte du coût de chacun d'eux, la nécessité de convenir de modalités et conditions équitables et raisonnables, l'obligation de garder secrets tous les renseignements confidentiels reçus d'une partie fournisseur éventuelle et la fourniture d'accessoires, pièces de rechange, pièces détachées et composants par le fournisseur de la technologie.

22. A propos de la phase contractuelle, le projet de code appelle l'attention des parties sur des questions telles que l'accès aux améliorations apportées à la technologie transférée, le maintien du caractère confidentiel de renseignements ayant trait à celle-ci, le règlement des différends et le droit applicable, la garantie que la technologie transférée convient à la fabrication des biens ou à la production des services stipulés dans l'accord, les droits de la partie fournisseur à l'égard de la technologie transférée et les garanties de résultats.

c) *Forme juridique du projet de code*

23. La question de la forme juridique du projet de code peut être considérée comme réglée. A la fin de la cinquième session de la Conférence, il apparaissait que le projet de code serait adopté sous la forme d'une résolution de l'Assemblée générale et qu'une conférence chargée de revoir le code serait convoquée cinq ans après l'adoption du projet[5]. Le code comporterait un dispositif de suivi obligeant les Etats qui y auraient adhéré à prendre des mesures appropriées à l'échelon national pour s'acquitter des obligations contractées au titre du code.

[4]Les dispositions relatives au caractère confidentiel des renseignements fournis durant la phase contractuelle des accords de transfert de technologie, et celles relatives au règlement des différends et au droit applicable (TD/CODE TOT/41, chap. 5, art. 5.4 ii et 5.4 iii).

[5]*Ibid.*, appendice A.

2. *Questions en suspens*

a) *Certaines formes de pratiques commerciales restrictives*

Restrictions à l'exportation

24. Les trois groupes ne sont pas parvenus à se mettre d'accord sur l'imposition de restrictions à l'exportation pour les produits exportables fabriqués au moyen de la technologie fournie[6]. Le Groupe des 77 propose d'interdire toutes les restrictions qui empêcheraient ou entraveraient l'exportation, par le biais de limitations territoriales ou quantitatives ou de l'assentiment préalable pour les exportations ou les prix des produits exportés ou de taux de paiement plus élevés pour les produits exportables. Le Groupe B propose de limiter l'interdiction aux restrictions abusives et de prévoir que seraient justifiées, par exemple, les restrictions qui auraient pour objet d'empêcher l'exportation de ces produits vers des pays où ils sont protégés par les droits de propriété industrielle de la partie fournisseur, ou vers des pays où le savoir-faire en cause conserve son caractère secret, ou encore vers des pays où la partie fournisseur a accordé un droit d'exploitation de la technologie pertinente à une autre partie. Le Groupe D propose de prévoir des justifications analogues.

Restrictions imposées après l'expiration de l'accord

25. Le Groupe B et le Groupe D proposent de protéger les droits de propriété industrielle existants ainsi que le savoir-faire qui n'est pas encore entré dans le domaine public après l'expiration de l'accord de transfert de technologie, tandis que le Groupe des 77 propose d'interdire toute restriction à l'utilisation de la technologie à l'expiration de l'accord, ou dès lors que le savoir-faire a perdu son caractère secret[7].

Autres propositions relatives aux restrictions

26. Le Groupe des 77 et le Groupe D proposent d'inclure dans le projet de code six autres dispositions sur les pratiques commerciales restrictives. Elles ont trait aux limitations imposées au volume ou à la capacité de production de la partie acquéreur, au recours à des contrôles de qualité par la partie acquéreur, à l'obligation d'utiliser une marque de fabrique ou de commerce, à l'exigence de participation au capital social ou à la gestion, à la durée illimitée ou excessive de l'accord et aux limitations imposées à l'emploi d'une technologie déjà importée par la partie acquéreur.

b) *Critères régissant le recours à des pratiques commerciales restrictives*

27. Les trois groupes sont généralement convenus qu'il fallait poser des critères régissant le recours aux pratiques commerciales restrictives du chapitre 4. Il a été proposé d'énoncer dans le projet de code que, sous réserve des autres dispositions du chapitre, les pratiques commerciales restrictives décrites dans le chapitre devraient être évitées dans les transactions portant sur

[6]*Ibid.*, appendice D; voir également TD/CODE TOT/38.

[7]*Ibid.*, appendice D.

un transfert international de technologie. Il a également été proposé de subordonner le droit de recourir à une pratique donnée, dans un cas d'espèce déterminé, aux résultats d'une évaluation englobant les buts généraux de la transaction, ses effets sur le développement économique et technologique du pays acquéreur, la position concurrentielle sur le marché considéré, les intérêts des parties, la situation régnant au moment où l'accord a été conçu, et toutes autres circonstances pertinentes. Il a en outre été proposé d'évaluer les pratiques commerciales restrictives entre parties liées entre elles (c'est-à-dire entre société mère et filiales) à la lumière de la relation spéciale existant entre ces parties. La question de critères n'a pu être entièrement réglée[8]. Les points de désaccord sont exposés ci-après :

Partage entre la thèse du "critère de la raison" et l'argument reposant sur l'interdiction des pratiques qui "entravent le développement économique et technologique"

28. Les pratiques commerciales restrictives peuvent tendre à restreindre les échanges ou à fausser le jeu de la concurrence. Le Groupe B propose d'introduire le "critère de la raison" en utilisant des termes tels que "abusif", "injustifié" et "indu" dans certaines dispositions du projet de code (chap. 4, sect. B 2, 4 à 7, 9, 10 et 12). Selon cette thèse, il convient de procéder à un examen cas par cas et d'autoriser une pratique commerciale de caractère restrictif lorsqu'elle est raisonnable, justifiée, ou qu'elle n'est pas indûment restrictive. La thèse du Groupe des 77 est qu'il convient d'évaluer l'effet qu'une pratique commerciale restrictive peut avoir sur le flux international de technologie, en entravant par exemple le développement économique et technologique de la partie acquéreur.

Entreprises sous contrôle commun

29. L'une des questions en suspens a trait aux transferts de technologie entre sociétés sous contrôle commun. La position du Groupe des 77 est que les pratiques et restrictions adoptées entre entreprises sous contrôle commun doivent être examinées à la lumière des règles, dérogations et facteurs applicables à toutes les transactions comportant un transfert de technologie. Ces pratiques peuvent être considérées comme n'étant pas contraires aux dispositions du projet de code lorsqu'elles sont par ailleurs acceptables et n'affectent pas le transfert de technologie[9]. Selon le Groupe B, les restrictions ayant pour objet de rationaliser ou de répartir de façon raisonnable les fonctions entre société mère et filiales ou entre entreprises appartenant au même groupe ne seraient habituellement pas considérées comme contraires au projet de code, à moins qu'elles ne constituent un abus de position dominante sur le marché considéré en restreignant, par exemple, indûment le commerce d'une entreprise concurrente.

c) *Caractère confidentiel des renseignements*

30. Le transfert de technologie peut exiger la divulgation de renseignements confidentiels. Le Groupe B propose de préserver le caractère secret des renseignements et les droits de propriété qui s'y attachent et de n'utiliser qu'à des fins et dans des conditions stipulées dans l'accord tous secrets de fabrique, savoir-faire secret et autres renseignements confidentiels reçus de l'autre partie à l'accord dans le cadre du transfert de technologie. Le Groupe des 77 estime que l'obligation du secret devrait prendre fin à l'issue d'une période adéquate suivant la transmission de chaque élément d'information confidentiel. Le Groupe D estime que l'obligation devrait prendre fin dès lors que les secrets de fabrique, le savoir-faire secret et autres renseignements confidentiels reçus sont entrés dans le domaine public, indépendamment de la partie acquéreur. A la cinquième session de la Conférence, les délégués étaient saisis du texte suivant de clause relative au caractère confidentiel des renseignements (chap. 5, art. 5.4 ii) au cours de la phase contractuelle de négociation des accords de transfert de technologie : "Le maintien du caractère confidentiel, y compris en ce qui concerne la portée et la durée de l'accord et l'utilisation de tous avantages, tels que secrets de fabrique, savoir-faire secret et tous autres renseignements confidentiels reçus de l'autre partie à l'occasion du transfert de technologie". L'accord ne s'est pas fait sur ce texte[10].

d) *Définition du transfert "international" de technologie*

31. S'il est bien entendu que le projet de code s'applique aux transactions par-delà les frontières nationales, il y a divergence d'opinion entre les trois groupes en ce qui concerne la mesure dans laquelle ses dispositions devraient s'appliquer aux transactions conclues à l'intérieur des frontières nationales qui sont susceptibles d'avoir un contenu international[11]. Le Groupe B propose que les Etats appliquent, par le biais de la législation nationale, les principes du projet de code aux transactions portant sur un transfert de technologie opéré à l'intérieur de leurs frontières nationales. Le Groupe des 77 et le Groupe D proposent que le projet de code s'applique aux transactions entre parties qui résident ou sont établies dans le même pays, si au moins une des deux parties est contrôlée directement ou indirectement par une entité étrangère et si la technologie transférée n'a pas été mise au point par la partie fournisseur dans le pays acquéreur.

e) *Droit applicable et règlement des différends*

32. Le texte de la disposition relative au droit applicable et au règlement des différends figurant au chapitre 9 n'a pas fait l'objet d'un accord. Les éléments qui pourraient y être inclus sont le choix du droit applicable, le règlement amiable des différends ou litiges entre parties, le recours à l'arbitrage, les mesures propres à encourager les parties à appliquer les règles d'arbitrage internationalement acceptées, comme le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et l'exécution des sentences arbitrales.

[8] *Ibid.*, appendices A et D.

[9] *Ibid.*, appendice D.

[10] *Ibid.*, appendice A.

[11] *Ibid.*, chap. I, art. 1.4; voir aussi appendices A et C.

B. *Projet de code de conduite des Nations Unies sur les sociétés transnationales*

33. Les sociétés transnationales ont joué un grand rôle dans la création, l'utilisation et le transfert international de la technologie. En effet, elles détiennent une grande partie des techniques propres au développement économique et industriel des pays en développement. Les travaux de la Commission des sociétés transnationales des Nations Unies concernant le projet de code de conduite des Nations Unies sur les sociétés transnationales[12] (ci-après dénommé le projet de code des Nations Unies) se poursuivent.

34. Le projet de code des Nations Unies comprend six grandes parties. La première partie, qui n'a pas encore été rédigée, doit contenir un préambule et un énoncé des objectifs. La deuxième partie comprend un ensemble de dispositions relatives aux définitions et au champ d'application du code. La troisième partie traite des activités des sociétés transnationales et précise les types de conduite jugés acceptables. La quatrième partie a trait au traitement dont les sociétés transnationales doivent bénéficier de la part des gouvernements des pays où elles opèrent. La cinquième partie concerne la coopération intergouvernementale qui doit s'instaurer en vue de l'application du code et la sixième partie traite plus précisément de l'action nécessaire aux niveaux national et international aux fins de l'application du code.

35. Le Groupe de travail intergouvernemental du code de conduite, de même que la Commission des sociétés transnationales à sa session extraordinaire de juin 1984, ont convenu que le projet de code des Nations Unies devait traiter de manière appropriée la concurrence et les pratiques commerciales restrictives et le transfert de technologie[13]. Il a été convenu, en ce qui concerne la concurrence et les pratiques commerciales restrictives, d'adopter la formule ci-après[14] :

> "Aux fins du présent code, les dispositions pertinentes de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, que l'Assemblée générale a adopté par sa résolution 35/63 du 5 décembre 1980, doivent/devraient également s'appliquer dans le domaine des pratiques commerciales restrictives." (Voir sect. II ci-dessous.)

36. L'accord ne s'est pas fait sur la façon dont le projet de code des Nations Unies devrait traiter la question du transfert de technologie. Il a été proposé d'inclure des dispositions de fond reflétant les trois idées suivantes[15]. Un, les sociétés transnationales devraient se conformer aux lois et règlements en vigueur en ce qui concerne le transfert des techniques dans les pays dans lesquels elles opèrent, coopérer avec les autorités compétentes de ces pays pour évaluer les incidences sur leurs économies des transferts internationaux de techniques et les consulter en ce qui concerne les diverses options techniques qui pourraient aider ces pays, en particulier les pays en développement, à réaliser leur développement économique et social. Deux, dans leurs transactions portant sur les transferts de techniques, y compris celles qui s'effectuent à l'intérieur du groupe, les sociétés transnationales doivent s'abstenir de recourir à des pratiques ayant des incidences néfastes sur les courants de techniques internationaux ou qui nuisent d'autre manière au développement économique et technique des pays, en particulier celui des pays en développement. Trois, les sociétés transnationales devraient contribuer au renforcement des capacités scientifiques et techniques des pays en développement. Les sociétés transnationales devraient entreprendre des activités de recherche-développement substantielles dans les pays en développement et utiliser au maximum les ressources locales et le personnel local dans ce processus.

37. Il a également été proposé d'adopter les dispositions pertinentes du projet de code de la CNUCED (voir sect. A ci-dessus) assorties de la formule suivante : "Aux fins du présent code, les dispositions pertinentes du Code international de conduite pour le transfert de technologie adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution ... du ... sont/devraient être applicables dans le domaine du transfert des techniques."

II. Enoncé de principes et de règles concernant les pratiques commerciales restrictives

38. L'Assemblée générale a adopté par sa résolution 35/63 du 5 décembre 1980 l'Ensemble de principes et de règles équitables convenues au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives (ci-après dénommé Ensemble de principes et de règles). Bien que cet Ensemble ne fasse pas spécifiquement référence au transfert de technologie, un certain nombre de ses principes et règles pourraient être considérés comme pertinents en la matière. Il est prévu dans la partie IV, dans sa section D, que les entreprises devraient s'abstenir de certains actes ou comportement sur le marché considéré quand, par l'abus ou l'acquisition et l'abus d'une position dominante de force sur le marché, elles limitent l'accès aux marchés ou, de toute autre manière, restreignent indûment la concurrence, portant ou risquant de porter préjudice au commerce international, en particulier au commerce des pays en développement et au développement économique de ces pays. La partie IV, section D, 4, *e*, appelle notamment les entreprises à s'abstenir d'apporter des restrictions à l'importation de biens légitimement désignés à l'étranger par une marque de commerce ou de fabrique identique ou similaire à la marque de commerce ou de fabrique protégée dans le pays importateur pour les biens identiques ou similaires, quand les marques en question sont de même origine, c'est-à-dire appartiennent au même propriétaire ou sont utilisées par des entreprises entre lesquelles il y a une interdépendance économique, organique, administrative ou juridique, et que le but de ces restrictions est de maintenir des prix artificiellement élevés. La partie IV, section D, 4, *f*, iii appelle les entreprises à ne pas imposer de restrictions à la revente ou à l'exporta-

[12] E/C.10/1982/6.

[13] E/C.10/1984/5, par. 61 à 63, E/C.10/1984/5.

[14] *Ibid.*, par. 62.

[15] E/C.10/1982/6, par. 36; voir aussi E/C.10/1984/5, par. 63.

tion des biens fournis ou d'autres biens quant au lieu ou à la personne destinataire ou quant à la forme ou au volume de ces biens. A sa vingt-huitième session, en mars 1984, le Groupe intergouvernemental des pratiques commerciales restrictives a convenu de recommander la tenue en 1985 d'une Conférence des Nations Unies sur les pratiques commerciales restrictives chargée de passer en revue tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles.

III. Projet de loi type de la CNUCED sur les pratiques commerciales restrictives

39. Le projet de loi type de la CNUCED sur les pratiques commerciales restrictives a été établi par le secrétariat de la CNUCED et soumis tout d'abord pour examen au troisième groupe spécial d'experts des pratiques commerciales restrictives[16]. Un projet révisé[17] a été examiné par le Groupe intergouvernemental d'experts des pratiques commerciales restrictives en novembre 1983. Un autre projet révisé intitulé "Examen du projet révisé d'une loi type ou de lois types sur les pratiques commerciales restrictives : éléments pour les dispositions d'une loi type sur les pratiques commerciales restrictives"[18] a été examiné par le Groupe intergouvernemental d'experts des pratiques commerciales restrictives en novembre 1984[19]. Certains éléments de ce projet sont présentés ci-après.

Objet ou but de la loi

40. L'objet ou but de la loi type est d'éliminer ou de réglementer efficacement les actes ou le comportement des entreprises qui, par l'abus ou l'acquisition et l'abus d'une position dominante sur un marché, limitent l'accès au marché ou restreignent indûment la concurrence d'autre façon de telle sorte qu'elles ont ou sont susceptibles d'avoir des effets néfastes sur le commerce ou le développement économique.

Champ d'application

41. Le projet de loi type s'applique à toutes les entreprises telles qu'elles sont définies dans la loi, à toutes les opérations portant sur des biens et des services et à toutes les pratiques commerciales restrictives qui relèvent du champ d'application de la loi. Il ne s'applique pas aux accords conclus par des Etats ni aux pratiques qui résultent directement de ces accords.

Accords et arrangements restrictifs

42. La loi devrait comporter une interdiction (sauf dans le cas des entreprises qui ont des relations commerciales réciproques dans le cadre d'une entité économique où elles sont soumises à un contrôle commun) de s'engager dans des pratiques du type indiqué ci-après quand :

Les entreprises exercent sur le marché des activités rivales ou susceptibles de l'être;

Les pratiques résultent d'accords ou d'arrangements officiels ou officieux, écrits ou non écrits;

Les pratiques limitent l'accès aux marchés ou restreignent indûment la concurrence d'autre manière et ont ou sont susceptibles d'avoir des effets néfastes sur le commerce et le développement économique.

Actes ou comportement constituant un abus ou une acquisition et un abus de position dominante sur le marché

43. La loi devrait comporter une interdiction des actes ou du comportement constituant un abus de position dominante sur le marché ou permettant l'acquisition et l'abus d'une telle position :

Lorsqu'ils se produisent sur un marché en cause;

Lorsqu'une entreprise, agissant soit isolément, soit avec un petit nombre d'autres entreprises, est en mesure de contrôler le marché en cause pour un bien ou un service, ou un groupe de biens ou de services donnés;

Lorsque les actes ou le comportement limitent l'accès aux marchés ou d'autre manière restreignent indûment la concurrence et ont ou sont susceptibles d'avoir des effets néfastes sur le commerce ou le développement économique.

Dispositions intéressant la protection des consommateurs

44. La loi devrait comporter l'interdiction aux entreprises de s'engager dans des pratiques telles que :

Pour une entreprise qui fabrique ou importe des produits, ne pas fournir des pièces détachées et des articles de remplacement en quantité suffisante ou ne pas assurer un service après-vente adéquat, à moins de raisons indépendantes de sa volonté;

Décliner toute responsabilité pour des produits défectueux ou des services qui ne correspondent pas à la description donnée par les fournisseurs de ces biens et services;

A l'occasion de la fourniture de produits ou de la prestation de services, donner des garanties : i) limitées à une région géographique ou à un point de vente; ii) prétendant mensongèrement que des produits correspondent à un style ou à un modèle donné; iii) prétendant mensongèrement que les marchandises sont neuves ou d'un âge déterminé; iv) contenant des affirmations fausses concernant le cautionnement, l'agrément, les résultats à attendre de l'utilisation, la qualité, les composants, les substances et matières, les accessoires, les emplois ou les avantages des produits ou des services.

Fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle

45. La loi type prévoit la création d'un organe de tutelle. Les fonctions et pouvoirs de celui-ci pourraient être notamment les suivants :

Procéder à des enquêtes, notamment après réception de plaintes;

Prendre les décisions nécessaires, et notamment imposer des sanctions;

Délivrer des formulaires et tenir un registre des notifications;

[16] TD/250.

[17] TD/B/RBP/15.

[18] TD/B/RBP/15/Rev.1.

[19] Voir TD/B/RBP/L.16/Add.4.

Etablir des réglementations;

Aider à l'établissement d'une législation nouvelle ou à la modification de la législation existante sur les pratiques commerciales restrictives.

IV. OMPI : Révision de la Convention de Paris et transfert de technologie

46. Les pays en développement ont fait deux propositions concernant la révision de la Convention de Paris de 1883[20] pour la protection de la propriété industrielle, qui peuvent avoir des incidences sur le transfert de technologie aux pays en développement. La première proposition a trait au droit de tout pays en développement de prévoir la déchéance ou l'annulation automatiques d'un brevet lorsqu'une invention protégée par un brevet n'est pas exploitée ou est insuffisamment exploitée au bout d'une certaine période à compter de la délivrance du brevet. La seconde proposition tend à conférer au pays où une invention a été brevetée le droit de délivrer des licences obligatoires exclusives à titre temporaire lorsqu'une invention brevetée n'a pas été exploitée ou l'a été insuffisamment. Ainsi, un gouvernement pourrait concéder une telle licence sans l'accord du titulaire du brevet. Celle-ci empêcherait le titulaire du brevet d'exploiter l'invention dans le pays où la licence a été concédée. En outre, une fois ladite licence concédée, le titulaire du brevet n'a plus le droit d'importer, dans le pays où le brevet est exploité par le preneur de licence, des produits dérivés de l'exploitation du brevet dans un autre pays.

47. Ces propositions ont été inspirées par les considérations suivantes : les titulaires de brevets s'en servent parfois pour monopoliser l'importation de produits dans les pays en développement et en maintenir le prix à un niveau élevé. Aux termes de ces propositions, le gouvernement d'un pays en développement pourrait non seulement menacer le titulaire d'un brevet d'annuler celui-ci, mais aussi délivrer une licence exclusive d'exploitation du brevet, ce qui reviendrait à exclure du marché le titulaire du brevet. Cependant, l'application de cette proposition pourrait empêcher un pays développé de faire une demande de brevet dans un pays qui applique ces dispositions, le brevet ne pouvant alors être exploité dans le pays en question. Aucun accord n'a été obtenu à la quatrième session (1984) de la Conférence diplomatique de révision de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle.

V. Dispositions types de l'OMPI sur la protection du logiciel

48. Les dispositions types sur la protection du logiciel (ci-après dénommées dispositions types)[21] ont pour but de prévoir une forme appropriée de protection juridique pour les programmes d'ordinateur en vue de faciliter l'accès des pays en développement à l'information figurant sur le logiciel. Le terme "logiciel" est défini à l'article premier des dispositions types et peut signifier un ou plusieurs des objets mentionnés aux points ci-après, à savoir : un programme d'ordinateur, une description de programme ou la documentation auxiliaire. Ces points sont définis comme suit :

"Programme d'ordinateur", un ensemble d'instructions pouvant, une fois transposé sur un support déchiffrable par machine, faire indiquer, faire accomplir ou faire obtenir une fonction, une tâche ou un résultat particuliers par une machine capable de faire du traitement de l'information;

"Description de programme", une présentation complète d'opérations, sous forme verbale, schématique ou autre, suffisamment détaillée pour déterminer un ensemble d'instructions constituant un programme d'ordinateur correspondant;

"Documentation auxiliaire", toute documentation autre qu'un programme d'ordinateur ou une description de programme, créée pour faciliter la compréhension ou l'application d'un programme d'ordinateur, par exemple des descriptions de problème et des instructions à l'usage d'un utilisateur.

49. L'article 5 des dispositions types prévoit le type de protection à conférer au logiciel. Le propriétaire aurait par exemple le droit d'interdire à toute personne les actes suivants : divulguer le logiciel ou en faciliter la divulgation à quiconque avant qu'il ne soit rendu accessible au public; donner ou faciliter à quiconque l'accès à un objet emmagasinant ou reproduisant le logiciel avant que le logiciel ne soit rendu accessible au public; ou utiliser le programme d'ordinateur pour établir un programme d'ordinateur identique ou pratiquement identique ou une description du programme d'ordinateur ou d'un programme d'ordinateur pratiquement identique. En outre, les dispositions types autorisent le propriétaire à interdire l'utilisation d'un programme d'ordinateur pour commander le fonctionnement d'une machine capable de faire du traitement de l'information, ainsi que la vente, la location ou la cession sous licence de logiciels ou d'objets emmagasinant ou reproduisant le logiciel. Les autres articles portent sur la violation des droits du propriétaire, la durée des droits, les poursuites civiles et l'application d'autres lois.

50. Un Comité d'experts de la protection juridique du logiciel s'est réuni en juin 1983[22] pour examiner les dispositions types. Il a jugé prématuré de décider de la meilleure forme à donner à la protection internationale du logiciel et a recommandé de ne pas envisager pour le moment l'adoption du traité particulier considéré.

VI. Loi type de l'OMPI pour les pays en développement concernant les inventions

51. La loi type de l'OMPI pour les pays en développement concernant les inventions (en deux volumes)[23] est

[20] Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 828, pp. 305 à 388 (1967). L'OMPI procède actuellement à la révision de ce texte.

[21] Publication OMPI n° 814[E] (Genève, 1978).

[22] LPCS/11/6.

[23] *Loi type* de l'OMPI *pour les pays en développement concernant les inventions, vol. I, Brevets d'invention*, publication n° 840[F] (Genève, 1979) et *vol. II, Savoir-faire, examen et enregistrement des contrats, certificats d'inventeur, technovations, brevets de transfert de techniques*, publication n° 841[F] (Genève, 1980).

une révision de la version précédente publiée en 1965 par les Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle (BIRPI). La loi type est conçue comme modèle de loi nationale mais pourrait également servir à l'élaboration d'une législation régionale de protection des inventions. Selon le préambule de la loi type, l'une des conditions premières de la création de techniques nouvelles ou de l'adaptation des techniques existantes aux besoins du pays et de l'accès aux techniques étrangères est la mise en place d'un régime juridique et administratif propre à favoriser l'esprit d'invention. La protection des inventions et la rémunération des innovations sont considérées comme des éléments importants de ce dispositif. Le volume I de la loi type, intitulé "Brevets d'invention", contient un texte de loi type suivi d'un commentaire et d'un règlement d'exécution de la loi type. Le volume II, intitulé "Savoir-faire, examen et enregistrement des contrats, certificats d'inventeur, technovations, brevets de transfert de techniques", traite des questions énumérées dans son titre suivant le même plan que le volume I, c'est-à-dire qu'il contient un texte de loi type suivi d'un commentaire et d'un règlement d'exécution de la loi type.

VII. Guides, modèles de contrats types et clauses relatives au transfert de technologie

A. *Projets achevés*

Manuel sur l'acquisition de la technologie par les pays en développement (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.78.II.D/15) [UNCTAD/TT/AS/5]

52. Le manuel de la CNUCED a trait à l'acquisition de la technologie par les pays en développement et, selon la préface, complète le Guide de l'OMPI sur les licences pour les pays en développement (voir par. 56 ci-après). Le manuel porte sur les questions suivantes : développement et technologie, diverses options offertes à l'acquéreur de technologie, transactions internationales dans le domaine de la technologie, objectifs des négociations, acquisition de la technologie grâce aux investissements étrangers, acquisition de la technologie dans le cadre d'entreprises du secteur public, coûts d'acquisition de la technologie, création d'un potentiel technologique national, intégration des politiques nationales et des arrangements institutionnels et cadre législatif national.

Principes directeurs pour l'évaluation des accords de transfert de technologie (ID/223), Série Mise au point de transfert des techniques, n° 12 (New York, Nations Unies, 1979)

53. Les principes directeurs de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) ont été établis en vue de mettre à la disposition des entreprises et des pouvoirs publics des pays en développement une étude complète qui les aide dans les transactions relatives au transfert de technologie. L'ouvrage contient des renseignements pratiques sur l'élaboration et la négociation de divers accords de transfert. Il complète une publication antérieure sur l'acquisition de la technologie par les pays en développement (voir par. 55 ci-après).

54. Cet ouvrage examine plusieurs types d'accords de transfert de technologie en ce qui concerne l'assistance technique, les brevets, le savoir-faire, les services d'ingénierie, les marques de fabrique et le franchisage. Il contient des suggestions pour aider l'acquéreur de technologie à tirer le maximum d'avantages de ces accords et l'organisme chargé de la réglementation au niveau national à prendre des mesures dans l'intérêt de l'économie nationale. La question des garanties de fonctionnement est étudiée de manière approfondie et des méthodes d'évaluation sont présentées. L'ouvrage contient également un aperçu des techniques d'évaluation des prix de la technologie et des renseignements sur les dispositions juridiques et administratives des accords de technologie.

Directives pour l'acquisition des technologies étrangères par les pays en voie de développement concernant en particulier les accords de licence (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.B.1) [ID/98]

55. Les directives de l'ONUDI portent sur le transfert de technologie aux pays en développement par le biais d'accords de licence. Elles traitent des tendances générales de ce transfert et de ses principaux objectifs. Elles envisagent différents moyens d'acquisition des technologies étrangères et les problèmes auxquels se heurtent les pays en développement en ce qui concerne le choix d'une technologie et le choix du donneur de licence ou du fournisseur de la technologie. L'ouvrage contient également une liste récapitulative pour la négociation des accords de licence relatifs à la technologie.

Guide sur les licences pour les pays en développement : un guide sur les aspects juridiques de la négociation et l'élaboration de licences de propriété industrielle et d'accords de transfert de techniques adaptés aux besoins des pays en développement, publication n° 620(F) [Genève, OMPI, 1979]

56. Le Guide de l'OMPI a pour but d'apporter une aide pratique en ce qui concerne les aspects juridiques de la négociation et de l'élaboration des licences de propriété industrielle et des accords de transfert de technologie, adaptés aux besoins des pays en développement. Le Guide recense les questions juridiques que posent habituellement ces licences et accords et appelle spécialement l'attention sur les dispositions pouvant être contraires aux intérêts des preneurs de licences ou des bénéficiaires de transferts de technologie en proposant différentes solutions possibles. Il contient également des exemples de clauses susceptibles d'aider à rédiger les accords de licences.

57. Le Guide traite notamment les questions suivantes : portée de la licence ou de l'accord, aspects particuliers concernant les brevets, savoir-faire, services et assistance techniques, dédommagement, rétribution, prix, rémunération, redevances, honoraires, règlement du paiement, clauses et conditions les plus favorables et règlement des différends. Le Guide est en cours de révision.

58. Le Guide de la Commission économique pour l'Europe (CEE) a pour but de faciliter la rédaction de contrats portant sur le transfert international de savoir-faire dans l'industrie mécanique. Il attire l'attention sur quelques problèmes particuliers à ce type de contrat.

Manuel relatif à l'emploi de consultants dans les pays en voie de développement (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.72.II.B.10) [ID/3/Rev.1]

59. Le principal objectif de ce Manuel de l'ONUDI est de fournir des renseignements d'ordre général sur la sélection et l'utilisation rationnelle des services de consultants et sur les formes de contrats généralement utilisées. Le Manuel couvre notamment les questions suivantes : passation des contrats, honoraires des consultants, relations entre client et consultant, création de services de consultants locaux dans les pays en voie de développement, services techniques, services de gestion et programmes de formation professionnelle.

Guide de la CEE pour l'établissement de contrats internationaux relatifs à l'emploi d'ingénieurs-conseils et à certains aspects connexes en matière d'assistance technique (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.83.II.E.3) [ECE/TRADE/145]

60. Le Guide de la CEE porte sur l'emploi d'ingénieurs-conseils et certains aspects de l'assistance technique en la matière. Son but est d'aider à établir des contrats internationaux dans ce domaine et d'attirer l'attention sur les principales clauses qui y figurent.

Manuel de l'élaboration d'accords pour la création d'entreprises communes dans les pays en voie de développement (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.71.II.B.23) [ID/68]

61. Ce Manuel de l'ONUDI traite de problèmes importants auxquels se heurtent les partenaires des pays hôtes dans la négociation et l'exécution d'accords de coentreprise. Y figurent notamment des chapitres sur les accords de licence d'exploitation des brevets et sur les données techniques, l'assistance technique et les connaissances pratiques.

"Modèle de contrat type élaboré par l'ONUDI pour la construction d'une usine d'engrais livrée clefs en main à prix forfaitaire avec ses directives et annexes techniques" (UNIDO/PC.25/Rev.1)

"Modèle de contrat type élaboré par l'ONUDI pour la construction en régie d'une usine d'engrais avec ses directives d'emploi et annexes techniques" (UNIDO/PC.26/Rev.1)

62. Les modèles de contrats types élaborés par l'ONUDI pour la construction d'usines clefs en main, d'une part, et en régie, d'autre part, couvrent les droits et les obligations des parties à de tels contrats pour la construction d'une usine d'engrais. Ces modèles ont été spécialement adaptés aux besoins et aux problèmes des pays en développement et contiennent des dispositions types pour la plupart des clauses courantes dans les contrats en question.

B. *Projets en cours*

1. *Système de consultations de l'ONUDI*

63. Le Système de consultations de l'ONUDI a pour but d'aider les pays en développement à accélérer leur industrialisation et à prendre une part plus équitable à l'activité industrielle. Fidèle à l'objectif de ce Système, le Secrétariat de l'ONUDI élabore à l'heure actuelle des modèles de contrats types et recense les éléments à envisager dans les accords contractuels dans certains secteurs industriels. On trouvera ci-après une liste de ces contrats et éléments destinés à aider les pays en développement bénéficiaires d'apports de technologie à rédiger et à négocier les accords de transfert dans différents secteurs industriels de façon à équilibrer les intérêts des deux parties.

a) *Industrie des engrais*

64. La première Consultation sur l'industrie des engrais qui s'est tenue en 1977 a recommandé que l'ONUDI étudie des contrats qui assurent la bonne construction et exploitation d'usines d'engrais (voir notamment le modèle de contrat type pour la construction d'une usine clefs en main, par. 62 ci-dessus). En application de cette recommandation, les modèles de contrats suivants ont été élaborés :

"Deuxième projet de modèle de contrat type semi-clefs en main élaboré par l'ONUDI pour la construction d'une usine d'engrais avec ses directives et annexes techniques" (UNIDO/PC.74).

"Modèle ONUDI d'accord type de licence et de services d'ingénierie pour la construction d'une usine d'engrais avec ses directives et annexes techniques : deuxième projet" (UNIDO/PC.73).

b) *Industrie pétrochimique*

65. La première Consultation sur l'industrie pétrochimique, qui s'est tenue en 1979, a recommandé que l'ONUDI élabore un modèle de contrat pour l'octroi sous licence de brevet et de savoir-faire dans l'industrie pétrochimique et une série de directives pour son application. En application de cette recommandation, le Secrétariat de l'ONUDI élabore à l'heure actuelle un modèle d'accord type dont la dernière version est intitulée "Accord type de l'ONUDI pour l'octroi sous licence de savoir-faire et de brevets dans l'industrie pétrochimique, avec annexes, commentaire incorporé et variantes proposées pour certaines dispositions" (UNIDO/PC.50/Rev.1).

c) *Industrie des machines agricoles*

66. La première Consultation sur l'industrie des machines agricoles, qui s'est tenue en 1979, a recommandé notamment d'élaborer des modèles de contrats types concernant les accords de licence pour la fabrication locale et les coentreprises, en tenant compte, le cas échéant, des modèles de contrats types en préparation dans le cadre du Système de consultations de l'ONUDI.

En application de cette recommandation, le Secrétariat de l'ONUDI a élaboré un projet de document intitulé "Eléments de contrats types pour l'importation, l'assemblage (montage) et la fabrication de matériels agricoles ainsi que pour la formation du personnel; contrat type pour la cession de droits de licence" (ID/WG.400/2).

d) *Industrie pharmaceutique*

67. En application de la recommandation n° 2 de la première Consultation sur l'industrie pharmaceutique, tenue en 1980, le Secrétariat de l'ONUDI a établi les documents suivants :

"Questions qui pourraient être incluses dans les accords de transfert de technologie pour la fabrication des médicaments en vrac et des produits intermédiaires figurant sur la liste de l'ONUDI" (ID/WG.393/1).

"Eléments pouvant faire partie des dispositions en vue du transfert de technologie pour la production de préparations pharmaceutiques (ID/WG.393/3).

"Articles pouvant être inclus dans les arrangements contractuels pour la construction d'une usine destinée à la production de médicaments en vrac (ou intermédiaires) inclus dans la liste établie à titre d'exemple par l'ONUDI" (ID/WG.393/4).

2. *Projet conjoint ONUDI/Centre international des entreprises publiques dans les pays en développement*

68. En 1980, le Secrétariat de l'ONUDI et le Centre international des entreprises publiques dans les pays en développement (ICPE) ont entrepris d'élaborer conjointement un guide portant sur les questions de garanties dans les transactions ayant trait au transfert de technologie. En vertu de cette décision, un projet de document intitulé "Guide on guaranty and warranty provisions in technology transfer transactions, particularly for developing countries" a été établi. Ce guide précise la signification et la portée des diverses clauses de garanties dans les accords récents de transfert de technologie complexes, donne des indications concernant la rédaction de ces clauses et les mesures à prendre en cas de non-respect des garanties. En outre, il contient des exemples de clauses de garantie.

VIII. Services consultatifs et d'information

A. *Service consultatif sur le transfert des techniques (CNUCED)*

69. Le Service consultatif sur le transfert des techniques constitue la structure institutionnelle nécessaire pour la coopération avec les pays en développement et pour l'aide à ces pays en matière de transfert et de mise au point de technologies. Ce service donne des avis, notamment, sur l'élaboration des lois et règlements relatifs à la transformation technologique des pays en développement.

B. *Division des services consultatifs et de l'information*

70. La Division des services consultatifs et de l'information du Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales fournit, aux gouvernements qui en font la demande, des services consultatifs et des informations sur des questions telles que les politiques, lois et règlements relatifs aux investissements étrangers, l'évaluation et la sélection des investissements et les propositions d'acquisition de technologie, les accords contractuels et autres questions relatives aux sociétés transnationales.

C. *Services consultatifs technologiques (ONUDI)*

71. Les services consultatifs technologiques offrent des services consultatifs spécialisés destinés à aider les gouvernements des pays en développement à passer des contrats pour des projets industriels et, en particulier, à les préparer à négocier des contrats dans les domaines suivants : coentreprises, usines clefs en main, licences, savoir-faire, services de gestion et de franchisage, arrangements financiers compris. Ce service les aide également à rédiger ces accords.

D. *Système d'échange de renseignements techniques (ONUDI)*

72. Le Système d'échange de renseignements techniques de l'ONUDI fournit des renseignements sur les clauses et conditions des accords d'octroi de licences, de savoir-faire et d'assistance technique passés par les pays en développement participant au système. Grâce à ce système, les organismes centraux qui réglementent le transfert de technologie dans les pays participants sont en mesure d'obtenir des renseignements valables sur les conditions d'importation de la technologie, ainsi que des données comparables sur leurs propres résultats.

IX. Choix de publications

73. Outre les guides, modèles de contrats types et clauses dont il est question à la section VII ci-dessus, quelques aspects juridiques généraux relatifs au transfert de technologie sont abordés dans les publications suivantes :

CNUCED

"Le rôle du système des brevets dans le transfert des techniques aux pays en voie de développement" (TD/B/AC.11/19/Rev.1).

"Etude des principaux faits intervenus dans le domaine des pratiques commerciales restrictives" (TD/B/C.2/159).

"Renseignements nécessaires au contrôle efficace des pratiques commerciales restrictives préjudiciables au commerce et au développement des pays en développement et rôle de la CNUCED dans le rassemblement

et la diffusion des renseignements" (TD/B/C.2/AC.6/6 et Corr.1).

"Recent developments in the control of restrictive business practices in Latin America" (TD/B/C.2/AC.6/17).

"Le rôle des marques de fabrique dans les pays en développement (en coordination avec l'OMPI)" (TD/B/C.6/AC.3/3/Rev.1).

"Pratiques commerciales restrictives qui affectent le commerce international, en particulier le commerce des pays en développement, et leur développement économique" (TD/RBP/CONF.2).

"Législations et réglementations sur le transfert de technologie : analyse empirique de leurs effets dans certains pays : l'application des réglementations relatives au transfert de technologie : analyse préliminaire de l'expérience de l'Amérique latine, de l'Inde et des Philippines (TD/B/C.6/55).

"Rapport annuel (1982) sur les faits nouveaux d'ordre législatif et autre intervenus dans les pays développés et dans les pays en développement en matière de contrôle des pratiques commerciales restrictives" (TD/B/RBP/11).

"Réglementation des pratiques restrictives dans les transactions de transfert de technologie : extraits de règlements, directives et décisions faisant jurisprudence aux niveaux national et régional" (TD/B/C.6/72).

"Modalités des transferts de technologie effectués au profit de pays en développement par de petites et moyennes entreprises : monographie sur les coentreprises avec participation au capital social et les accords de technologie en Amérique latine" (TD/B/C.6/77).

"Compilation de textes juridiques relatifs au transfert et au développement de la technologie" (TD/B/C.6/81).

"Restructuration de l'environnement juridique : transfert international de technologie : modes d'approche communs de la législation et des recommandations relatives au transfert et à l'acquisition de la technologie" (TD/B/C.6/91).

"Achats liés" (TD/B/RBP/18).

"Les pratiques commerciales restrictives suivies dans le secteur des services par les bureaux d'études et autres entreprises en rapport avec la conception et la construction d'usines et de matériel" (TD/B/RBP/19).

Nations Unies

Directives pour la passation des contrats de projets industriels dans les pays en développement (ID/149) [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.II.B.3].

ONUDI

Systèmes nationaux d'acquisition des techniques, Série "Mise au point et transfert des techniques", n° 1 (ID/187) (New York, Nations Unies, 1977).

"Questions dont il faut tenir compte en négociant un accord de transfert des techniques" (ID/WG.331/2).

"Questions dont il faut tenir compte en négociant un accord de transfert de technologie et conditions et modalités pouvant être stipulées dans ces arrangements ainsi que variantes de ces conditions et modalités : portée, structure et teneur possibles" (UNIDO/PC.19).

"Review of systems for regulating technology inflows in selected developing countries" (UNIDO/IS.253).

"Licensing computer software: basic considerations as to protection and licensing of computer software and its implication for developing countries" (ID/WG.383/3).

"Guidelines for the establishment of industrial joint-ventures in developing countries" (UNIDO/IS.361).

"Restrictive clauses in licensing agreements in the pharmaceutical industry" (ID/WG.405/5).

74. Les rapports suivants sur les accords de licence et le transfert de technologie ont été soumis au Colloque régional sur l'acquisition de techniques au moyen d'accords de licence : échange de données d'expérience entre certains pays en développement d'Asie et d'Extrême-Orient, organisé en 1975 sous les auspices de l'ONUDI.

"Essential preparations for international licensing: a review of selected aspects of licence negotiation" (ID/WG.206/1).

"Review of legislative and administrative systems for the regulation of technology transfer agreements" (ID/WG.206/2).

"Restrictive business practices in licensing agreements" (ID/WG.206/3).

"Selection of technology and its adaptation: Japanese experience" (ID/WG.206/4).

"Licensing, turn-key and joint venture contracts" (ID/WG.206/5).

"Acquiring technology for metallurgical industries" (ID/WG.206/6).

"Contractual arrangements and policy aspects in technology licensing" (ID/WG.206/7).

"Preparation of licence agreements and negotiating strategy" (ID/WG.206/8).

75. Les rapports énumérés ci-après ont été soumis à la réunion de haut niveau de l'ANASE sur la réglementation du transfert de technologie organisée en 1981 sous les auspices de l'ONUDI :

"Technology transfer—Malaysia's experience" (ID/WG.349/2).

"Philippine experience in technology transfer regulation" (ID/WG.349/3).

76. Les rapports énumérés ci-après ont été soumis à la Réunion commune ONUDI/LES sur les problèmes que soulève la cession de licences aux pays en développement organisée en 1982 sous les auspices de l'ONUDI :

"Overview of selected problems of technology transfer to developing countries" (ID/WG.388/1).

"Technology transfer by Portugal: an overview" (ID/WG.388/2).

"Acquisition of foreign technology in Egypt: a new approach" (ID/WG.388/3).

"Observations regarding the transfer of technology in Spain" (ID/WG.388/4).

"Policy, procedures and problems regarding import of technology by India" (ID/WG.388/5).

Measures Strengthening the Negotiating Capacity of Governments in their Relations with Transnational Corporations: Technology Transfer through Transnational Corporations (ST/CTC/47) [publication des Nations Unies, numéro de vente : E.83.II.A.19].

Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales

"Législation et réglementation nationales concernant les sociétés transnationales" (ST/CTC/26).

Les sociétés transnationales dans le développement mondial : troisième étude (ST/CTC/46) [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.83.II.A.14].

Contrats de gestion dans les pays en développement : analyse de leurs dispositions fondamentales (ST/CTC/27) [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.82.II.A.21].

Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche (UNITAR)

The international transfer of commercial technology of developing countries, Unitar Research Report, nº 13, UNITAR, 1979, Nations Unies, New York.

Commission économique pour l'Europe (CEE)

Guide pour la rédaction de contrats internationaux de coopération industrielle, ECE/TRADE/124; E.76.II.E.14, 1976, Nations Unies, New York.

The manual on licensing procedures in member countries of the United Nations Economic Commission for Europe, Clark Boardman Co. Ltd., 1980, New York.

Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique (CESAP)

ESCAP guidelines for development of industrial technology in Asia and the Pacific, E/CN.11/1273, 1976, Nations Unies, Bangkok.

OMPI – Association juridique de l'Asie et du Pacifique occidental

WIPO-LAWASIA seminar on industrial property (WIPO Publication No. 647(E); 1983, OMPI, Genève).

VII. ÉTAT DES CONVENTIONS

Etat des conventions : note du Secrétariat (A/CN.9/271)[a]

1. A sa treizième session, la Commission a décidé qu'elle examinerait, à chacune de ses sessions, l'état des conventions auxquelles ses travaux avaient abouti. (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 nº 17* (A/35/17), par. 163.)

2. La présente note est soumise comme suite à cette décision. On trouvera en annexe l'état, au 1er mai 1985, des conventions suivantes (signatures, ratifications et adhésions) : Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974); Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980); Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (Hambourg, 1978); et Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980).

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

Annexe

1. *Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974)*

Etat	*Signature*	*Ratification*	*Adhésion*
Argentine			9 octobre 1981
Brésil	14 juin 1974		
Bulgarie	24 février 1975		
Costa Rica	30 août 1974		
Egypte			6 décembre 1982*
Ghana	5 décembre 1974	7 octobre 1975	
Hongrie	14 juin 1974	16 juin 1983	
Mongolie	14 juin 1974		
Nicaragua	13 mai 1975		
Norvège	11 décembre 1975	20 mars 1980	
Pologne	14 juin 1974		
République démocratique allemande	14 juin 1974		
République dominicaine			23 décembre 1977
RSS de Biélorussie	14 juin 1974		
RSS d'Ukraine	14 juin 1974		
Tchécoslovaquie	29 août 1975	26 mai 1977	
URSS	14 juin 1974		
Yougoslavie			27 novembre 1978

Simples signatures : 10; ratifications : 4; adhésions : 4.

Déclarations et réserves

Au moment de la signature, la Norvège a déclaré qu'en application de l'article 34, la Convention ne régirait pas les contrats de vente conclus entre un vendeur et un acheteur ayant tous deux leur établissement sur le territoire des pays nordiques (Norvège, Danemark, Finlande, Islande et Suède).

*En vertu de l'adhésion de ce pays au Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) [par. 2 de l'article VIII du Protocole].

2. *Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)*

Etat	*Adhésion*
Egypte	6 décembre 1982
Hongrie	16 juin 1983
Argentine	19 juillet 1983

3. *Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (Hambourg, 1978)*

Etat	*Signature*	*Ratification*	*Adhésion*
Allemagne, République fédérale d'	31 mars 1978		
Autriche	30 avril 1979		
Barbade			2 février 1981
Brésil	31 mars 1978		
Chili	31 mars 1978	9 juillet 1982	
Danemark	18 avril 1979		
Egypte	31 mars 1978	23 avril 1979	
Equateur	31 mars 1978		
Etats-Unis d'Amérique	30 avril 1979		
Finlande	18 avril 1979		
France	18 avril 1979		
Ghana	31 mars 1978		
Hongrie	23 avril 1979	5 juillet 1984	
Liban			4 avril 1983
Madagascar	31 mars 1978		
Maroc			12 juin 1981
Mexique	31 mars 1978		
Norvège	18 avril 1979		
Ouganda			6 juillet 1979
Pakistan	8 mars 1979		
Panama	31 mars 1978		
Philippines	14 juin 1978		
Portugal	31 mars 1978		
République-Unie de Tanzanie			24 juillet 1979
Roumanie			7 janvier 1982
Saint-Siège	31 mars 1978		
Sénégal	31 mars 1978		
Sierra Leone	15 août 1978		
Singapour	31 mars 1978		
Suède	18 avril 1979		
Tchécoslovaquie	6 mars 1979		
Tunisie			15 septembre 1980
Venezuela	31 mars 1978		
Zaïre	19 avril 1979		

Simples signatures : 24; ratifications : 3; adhésions : 7.

Déclarations et réserves

Au moment de la signature, la République socialiste tchécoslovaque a déclaré, en application de l'article 26, une formule destinée à convertir en monnaie tchécoslovaque les montants correspondant aux limites de responsabilité visés au paragraphe 2 dudit article, ainsi que lesdits montants applicables sur le territoire de la République socialiste tchécoslovaque, exprimés en monnaie tchécoslovaque.

4. *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)*

Etat	*Signature*	*Ratification*	*Adhésion*
Allemagne, République fédérale d'	26 mai 1981		
Argentine			19 juillet 1983
Autriche	11 avril 1980		
Chili	11 avril 1980		
Chine	30 septembre 1981		
Danemark	26 mai 1981		
Egypte			6 décembre 1982
Etats-Unis d'Amérique	31 août 1981		
Finlande	26 mai 1981		
France	27 août 1981	6 août 1982	
Ghana	11 avril 1980		
Hongrie	11 avril 1980	16 juin 1983	
Italie	30 septembre 1981		
Lesotho	18 juin 1981	18 juin 1981	
Norvège	26 mai 1981		
Pays-Bas	29 mai 1981		
Pologne	28 septembre 1981		
République arabe syrienne			19 octobre 1982
République démocratique allemande	13 août 1981		
Singapour	11 avril 1980		
Suède	26 mai 1981		
Tchécoslovaquie	1er septembre 1981		
Venezuela	28 septembre 1981		
Yougoslavie	11 avril 1980	27 mars 1985	

Simples signatures : 17; ratifications : 4; adhésions : 3.

Déclarations et réserves

Au moment de la signature, les Gouvernements du Danemark, de la Finlande, de la Norvège et de la Suède ont déclaré, en application du paragraphe 1 de l'article 92, que lesdits Etats ne seraient pas liés par la deuxième partie de la Convention (Formation du contrat).

Au moment de la ratification, le Gouvernement de la Hongrie a déclaré qu'il considérait les conditions générales de livraisons de marchandises entre Organisations des pays membres du Conseil d'assistance économique mutuelle comme relevant des dispositions de l'article 90 de la Convention.

Au moment de la ratification les Gouvernements de l'Argentine et de la Hongrie ont déclaré, conformément aux dispositions des articles 12 et 96 de la Convention, que toute disposition de l'article 11, de l'article 29 ou de la deuxième partie de la Convention autorisant une autre forme que la forme écrite soit pour la conclusion ou pour la modification de la résiliation amiable d'un contrat de vente, soit pour toute offre, acceptation ou autre manifestation d'intention, ne s'applique pas dès lors qu'une des parties a son établissement dans leurs Etats respectifs.

VIII. FORMATION ET ASSISTANCE

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

1. A la dix-septième session de la Commission[1], la majeure partie des membres se sont accordés à penser qu'il fallait poursuivre et renforcer le parrainage de colloques et de séminaires consacrés au droit commercial international en général. Il a été souligné que ces colloques et séminaires présentaient un grand intérêt pour les juristes et les hommes d'affaires des pays en développement. La Commission a approuvé l'optique générale que le secrétariat avait adoptée pour organiser ces colloques et ces séminaires.

2. 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 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. Elle a aussi réaffirmé qu'il était souhaitable que la Commission parraine des colloques et des séminaires, en particulier ceux qui sont organisés sur une base régionale, en vue de favoriser la formation et l'assistance dans le domaine du droit commercial international. L'Assemblée générale a également remercié les gouvernements et les institutions d'avoir organisé des colloques et séminaires, et elle a invité les gouvernements, les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies, les organisations, les institutions et les particuliers à aider le secrétariat à financer et à organiser des colloques et séminaires. Les principales activités entreprises dans ce domaine depuis la date à laquelle a été publié le rapport sur la formation et l'assistance qui a été soumis à la Commission à sa dix-septième session (A/CN.9/256) ainsi que certaines activités qui devraient être entreprises pendant l'année 1985 et au début de l'année 1986 sont exposées ci-après dans l'ordre chronologique, qu'il s'agisse des activités déjà réalisées ou de celles que l'on prévoit actuellement d'entreprendre.

3. Le secrétariat de la CNUDCI a participé, avec l'Association internationale du barreau, à un programme de travail commun (Vienne, 5 septembre 1984). L'ordre du jour comportait des questions présentant un intérêt particulier pour la Commission D (chargée des procédures de règlement des différends) et la Commission T (chargée des contrats internationaux de construction) de l'Association internationale; les participants ont examiné l'état d'avancement des travaux concernant le projet de loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (ci-après appelé projet de loi type de la CNUDCI) et le projet de guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles (ci-après appelé projet de guide juridique de la CNUDCI sur les contrats industriels).

4. Un séminaire régional de droit commercial international pour l'Asie et le Pacifique (qui s'est tenu à Canberra [Australie] du 22 au 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 La Haye sur le droit international privé ont également participé à ce séminaire, qui a été suivi par des juristes, des hommes d'affaires et des fonctionnaires de 25 pays de la région. Le Gouvernement australien a offert des bourses aux participants de la région. Les principales questions découlant des travaux de la Commission qui ont été examinées à ce séminaire étaient la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, de 1978 (ci-après appelée Convention de Hambourg), la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) [ci-après dénommée Convention de Vienne sur les ventes] et le projet de guide juridique de la CNUDCI sur les contrats industriels. Parmi les autres questions discutées figuraient la Convention sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises (Genève, 1983), la révision de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (La Haye, 1955) et le règlement des différends commerciaux internationaux dans la région.

5. Le secrétariat de la CNUDCI a participé à un séminaire (Dubrovnik [Yougoslavie], 11-23 mars 1985) sur la vente internationale de marchandises qui avait été organisé par le Centre interuniversitaire d'études universitaires supérieures de Dubrovnik. Le principal sujet de discussion a été la Convention de Vienne sur les ventes. Le séminaire était conçu comme un cours intensif pour jeunes juristes et chercheurs déjà diplômés d'universités et a été suivi par 40 participants, dont la plupart venaient des différents pays d'Europe. Le *Deutscher Akademischer Austauschdienst* de la République fédérale d'Allemagne, le Centre interuniversitaire, la

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

[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. 141.

Fondation nationale suisse et l'Université de Zagreb ont accordé des bourses aux participants au séminaire.

6. La Chambre de commerce de Bogota et le secrétariat de la CNUDCI organiseront un séminaire régional (Bogota [Colombie], 22 et 23 avril 1985) sur le droit commercial international et les échanges commerciaux internationaux, avec l'appui du secrétariat de l'Organisation des Etats américains. Des praticiens, des professeurs de droit et des hommes d'affaires des pays de la région andine participeront au séminaire. Le séminaire étudiera le rôle de la CNUDCI en Amérique latine, la Convention de Hambourg, la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974), la Convention de Vienne sur les ventes, le Règlement d'arbitrage et le Règlement de conciliation de la CNUDCI, le projet de loi type de la CNUDCI et le projet de guide juridique de la CNUDCI sur les contrats industriels.

7. Avec l'Université économique de Vienne, le secrétariat de la CNUDCI collaborera à un séminaire d'été (Vienne, 7 juillet-2 août 1985) qui sera organisé par l'Ecole de droit Dickinson, de Pennsylvanie (Etats-Unis d'Amérique), et traitera de l'unification et de l'harmonisation du droit commercial international. Le séminaire étudiera de façon générale les travaux de la CNUDCI et examinera en détail la Convention de Vienne sur les ventes, le projet de loi type de la CNUDCI et le projet de guide juridique de la CNUDCI sur les contrats industriels.

8. Le secrétariat de la CNUDCI participera à un congrès euro-arabe (qui se tiendra à Port El-Kantaouy [Sousse], en Tunisie, du 24 au 27 septembre 1985) sur l'arbitrage dans les relations euro-arabes. Le congrès sera un colloque birégional organisé par les chambres de commerce euro-arabes.

9. Le secrétariat de la CNUDCI collaborera avec l'Institut pour le développement du droit international à un séminaire (Rome, 1er-14 décembre 1985) sur le règlement des différends commerciaux internationaux. Le séminaire sera suivi par des fonctionnaires des pays en développement. Parmi les questions examinées figureront le Règlement d'arbitrage et le Règlement de conciliation de la CNUDCI ainsi que le projet de loi type de la CNUDCI.

10. Le Gouvernement djiboutien et la Chambre de commerce internationale organiseront à Djibouti, au cours de l'année 1985, un séminaire régional sur le règlement des différends commerciaux internationaux dans les pays en développement, en collaboration avec la Chambre d'industrie de Djibouti, le secrétariat de la CNUDCI et le Fonds européen de développement. Le séminaire étudiera le Règlement d'arbitrage et le Règlement de conciliation de la CNUDCI ainsi que le projet de loi type de la CNUDCI.

11. Le Centre régional d'arbitrage commercial du Caire et le secrétariat de la CNUDCI envisagent d'organiser au Caire, au début de l'année 1986, un séminaire régional sur l'arbitrage commercial international. Les questions qui seront examinées comprendront vraisemblablement les mesures visant à favoriser l'arbitrage dans la région et les travaux de la CNUDCI dans le domaine du règlement des différends commerciaux internationaux par voie d'arbitrage et de conciliation. On prévoit que le séminaire réunira des participants de plusieurs pays du Moyen-Orient.

12. Le secrétariat de la CNUDCI recherchera avec l'Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche (UNITAR) et le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) comment collaborer avec ces institutions pour comprendre des questions de droit commercial international dans les débats des colloques et séminaires régionaux que l'UNITAR et le PNUD organisent dans les pays en développement.

13. En plusieurs occasions autres que celles qui sont mentionnées dans les paragraphes précédents, le secrétariat de la CNUDCI a pris la parole devant des réunions de juristes et de fonctionnaires en vue de faire mieux connaître les travaux de la Commission. Le secrétariat a aussi publié dans des revues juridiques des articles portant sur divers aspects des travaux de la Commission. Il est dans les intentions du secrétariat de se tenir en rapport avec les organisations et les gouvernements en vue de collaborer avec eux à l'organisation de colloques et de séminaires.

14. Depuis la dix-septième session de la Commission, trois stagiaires ont été formés au secrétariat de la CNUDCI et ont participé à des projets courants de la Commission.

IX. DIFFUSION DES DÉCISIONS

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

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-3
I. MOYENS DE RASSEMBLEMENT ET DE DIFFUSION DES DÉCISIONS	4-7
II. MOYENS DE FAVORISER L'INTERPRÉTATION UNIFORME DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI	8-15
CONCLUSIONS	16

Introduction

1. Lors des seizième (1983) et dix-septième (1984) sessions de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, il a été suggéré d'explorer les moyens de diffuser les décisions des tribunaux et les sentences arbitrales concernant les textes juridiques issus des travaux de la Commission[1]. Lors des travaux de la Sixième Commission qui se sont déroulés pendant la trente-neuvième session de l'Assemblée générale, il a également été demandé que le secrétariat présente un document sur la question à la dix-huitième session de la Commission[2]. Bien que, comme on l'expose plus en détail ci-après, il puisse être prématuré à ce stade que la Commission arrête des mécanismes concrets pour diffuser les décisions relatives aux textes juridiques de la CNUDCI, la présente note a été établie comme suite aux suggestions et à la demande mentionnées plus haut afin de permettre à la Commission de commencer à examiner les questions qui se posent à ce sujet, avant qu'elle ne décide de mesures concrètes le moment venu. La présente note examine aussi comment la Commission pourrait favoriser l'interprétation uniforme des textes juridiques issus de ses travaux.

2. Il n'y a pas à l'heure actuelle de mécanisme bien établi qui assure que les parties aux transactions commerciales, les avocats, les tribunaux arbitraux ou les instances judiciaires aient accès aux décisions d'instances étrangères ou de tribunaux arbitraux qui ont trait aux textes juridiques de la CNUDCI. Dans la plupart des régions du monde, les décisions des tribunaux étrangers ne sont disponibles, à supposer qu'elles le soient, que dans une mesure limitée; les recueils des décisions judiciaires publiées d'un grand nombre ou même d'un nombre représentatif de pays ne sont disponibles que dans quelques grandes bibliothèques juridiques du monde. Même dans le cas où les recueils de décisions d'un certain nombre de pays sont disponibles, l'absence d'index ou d'autre moyen de se référer aux décisions qui, dans chaque recueil, concernent les textes juridiques de la CNUDCI, fait qu'il est extrêmement difficile d'identifier ces décisions ou même de savoir qu'elles existent. De plus, l'ampleur des recueils des décisions judiciaires publiées varie de pays à pays. Dans bien des pays, un certain choix s'opère entre les affaires qui seront consignées dans les recueils; dans quelques pays, il n'y a qu'un petit nombre d'affaires qui soit inclus dans ces recueils. Des décisions judiciaires peuvent aussi figurer dans d'autres imprimés comme dans les revues juridiques. Mais ces revues sont souvent encore plus sélectives quand il s'agit de choisir les affaires qu'elles publient. De plus, ces imprimés ne font souvent que résumer ou commenter des décisions judiciai-

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

[1] 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.

[2] A/C.6/39/SR.4, par. 28.

res, ou simplement s'y réfèrent, au lieu de publier les décisions dans leur intégralité[3]. Lorsque le texte de décisions étrangères est disponible, il ne l'est d'ordinaire que dans les langues originales. La diffusion des décisions des tribunaux arbitraux est encore moins cohérente et complète que celle des décisions des instances judiciaires.

3. On pourrait se demander si l'on devrait explorer les moyens de diffuser les décisions concernant tous les textes juridiques de la CNUDCI ou seulement certains de ces textes. Il serait peut-être souhaitable de comprendre parmi les décisions à diffuser celles qui ont trait aux conventions internationales issues des travaux de la Commission, aux lois types adoptées par la Commission ainsi qu'au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et au Règlement de conciliation de la CNUDCI. En ce qui concerne les décisions qui ont trait à la clause d'une unité de compte universelle pour exprimer les montants monétaires qui figure dans les conventions internationales relatives aux transports et à la responsabilité, et les clauses possibles pour l'ajustement de la limite de responsabilité dans ces conventions que la Commission a prises en 1982[4], il peut être difficile d'identifier ces décisions et de les choisir en vue de leur diffusion en ce sens qu'elles apparaîtront vraisemblablement comme constituant des décisions ou faisant partie de décisions qui ont trait aux conventions internationales dans lesquelles ces clauses figurent. De plus, l'intérêt de diffuser des décisions concernant ces clauses peut paraître moins évident, étant donné que ces décisions mettent vraisemblablement en jeu uniquement l'application de clauses allant de soi et non l'interprétation de ces clauses.

I. Moyens de rassemblement et de diffusion des décisions

4. La Commission souhaitera peut-être envisager différents moyens d'action pour assurer la diffusion des décisions qui ont trait aux textes juridiques de la CNUDCI. Le premier moyen serait de mettre au point une procédure qui permette au secrétariat de la CNUDCI de rassembler les décisions dont il s'agit.

5. En ce qui concerne les décisions judiciaires, le moyen le plus efficace serait peut-être que chaque Etat fournisse au secrétariat le texte des décisions judiciaires qui, dans cet Etat, ont trait aux textes juridiques de la CNUDCI. La façon de rendre compte des décisions judiciaires varie de pays à pays et chaque Etat serait le meilleur juge pour décider des mesures à prendre en vue de fournir au secrétariat les décisions de ses propres tribunaux. Le moment venu (par exemple, une fois que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) sera entrée en vigueur), la Commission pourrait recommander à l'Assemblée générale d'adopter une résolution invitant les Etats à fournir au secrétariat le texte de ces décisions. En ce qui concerne les sentences arbitrales, la résolution pourrait aussi demander aux institutions qui connaissent d'affaires de droit commercial international et aux tribunaux arbitraux de communiquer au secrétariat le texte de leurs décisions qui mettent en jeu des textes juridiques de la CNUDCI, sous réserve de l'assentiment des parties qui serait requis aux termes des règles régissant l'arbitrage[5].

6. Le second moyen serait de mettre au point un mécanisme permettant d'assurer que les décisions rassemblées sont disponibles de la façon la plus large possible dans le monde entier. L'une des solutions possibles est indiquée ci-après. Le secrétariat devrait décider des décisions à diffuser. Un certain choix aurait peut-être à être opéré à cet égard, en particulier si les décisions judiciaires ou arbitrales devaient se révéler nombreuses. Les décisions communiquées au secrétariat dans l'une des six langues officielles de l'Organisation seraient publiées sous une forme ou sous une autre en tant que documents de la Commission en vue d'une distribution générale (sous la cote A/CN.9/...), dans toutes les langues officielles de l'Organisation. Dans quelques cas, le texte intégral des décisions pourrait être publié; dans d'autres, le secrétariat aurait peut-être à éditer ou à résumer le texte des décisions ou de certaines parties de celles-ci. Ces documents seraient distribués par les voies ordinaires à tous les gouvernements ainsi qu'aux bibliothèques dépositaires des Nations Unies et aux autres destinataires dans le monde entier. Chaque volume de l'*Annuaire* de la CNUDCI renfermerait le texte des décisions qui auraient été publiées comme documents de la CNUDCI au cours de l'année sur laquelle porte l'Annuaire. En outre, il serait possible de se référer à d'autres décisions concernant les textes juridiques de la CNUDCI que le secrétariat aurait reçues.

7. La diffusion des décisions concernant les textes juridiques de la CNUDCI pourrait avoir des incidences financières selon le temps que le secrétariat mettrait à établir le texte de ces décisions de façon à pouvoir les publier comme documents de la Commission, et il faudrait également prévoir le coût de la traduction, de l'impression et de la distribution de ces documents. Si ces décisions n'étaient pas nombreuses, il serait peut-être possible d'absorber les dépenses en question dans le cadre du budget ordinaire de la Commission. La Commission souhaitera peut-être décider d'attendre, pour arrêter la procédure concrète de diffusion des décisions relatives aux textes juridiques de la CNUDCI, qu'une ou plusieurs des conventions que la Commission a élaborées soient entrées en vigueur et que le secrétariat

[3]Quelques revues publient le texte complet ou édité de décisions qui concernent les différentes conventions internationales dans le domaine du droit commercial international, comme la *Revue de droit uniforme*, publiée par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), la *Revue française de droit aérien*, publiée par l'Association d'études et de documentation de droit aérien, et l'*European Transport Law* et les *European Commercial Cases*, publiés par le European Law Centre, Ltd.

[4]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. 63.

[5]Les règles de la procédure arbitrale disposent souvent que les décisions dans les affaires d'arbitrage ne peuvent être rendues publiques qu'avec le consentement des deux parties; voir, par exemple, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 32 5).

commence à recevoir les décisions qui ont trait à ces textes. A ce moment-là, il serait possible d'évaluer de façon plus exacte l'ampleur des incidences financières.

II. Moyens de favoriser l'interprétation uniforme des textes juridiques de la CNUDCI

8. L'uniformité dans l'interprétation de textes juridiques qui vise à assurer l'uniformité du droit est un objectif souhaitable. La distribution sur une large base des décisions concernant les textes juridiques de la CNUDCI pourrait elle-même favoriser dans une certaine mesure l'uniformité d'interprétation de ces textes. Les décisions dont il s'agit pourraient être prises en considération par les parties lorsqu'elles planifient et mènent leurs transactions commerciales, ainsi que par les avocats, les instances judiciaires et les tribunaux arbitraux lorsqu'ils traitent de différends découlant de ces transactions. La mesure dans laquelle les instances judiciaires feront entrer en ligne de compte les décisions de tribunaux étrangers varie et elle est fonction d'un certain nombre de facteurs. Toutefois, les instances judiciaires sont souvent plus disposées à faire entrer en ligne de compte les décisions étrangères concernant des textes juridiques qui ont pour objet d'assurer l'uniformité internationale du droit que quand il s'agit d'autres décisions. L'incitation à tenir compte de décisions étrangères pourrait même être encore plus grande en ce qui concerne des décisions ayant trait à des conventions élaborées par la Commission, dont chacune d'elles spécifie que, dans l'interprétation de la convention, compte doit être tenu de son caractère international et du besoin de favoriser l'uniformité[6].

9. La Commission pourrait aussi rechercher si elle pourrait jouer un rôle plus direct pour ce qui est de favoriser l'interprétation uniforme des textes juridiques de la CNUDCI. L'opportunité des divers rôles que la Commission pourrait jouer à cet égard est examinée ci-après.

10. *La Commission pourrait envisager de trancher les interprétations divergentes qui apparaissent dans les décisions des instances judiciaires ou des tribunaux arbitraux :* Dans cette hypothèse, la Commission examinerait les interprétations divergentes que donnent des textes juridiques de la CNUDCI les instances judiciaires ou les tribunaux arbitraux et se prononcerait quant à l'interprétation juste à donner à ces textes. Cette façon de procéder pourrait être jugée inappropriée en ce qui concerne les conventions élaborées par la Commission et les lois types adoptées par elle. Ces textes juridiques font partie intégrante de la législation interne des Etats qui adhèrent aux conventions ou qui appliquent les lois types. Il en résulterait donc que la Commission aurait à intervenir dans l'interprétation que les instances judiciaires donnent de leur propre législation nationale alors que la compétence pour ce faire n'a pas été accordée à la Commission par les Etats parties aux textes dont il s'agit ou qui les ont adoptés. En outre, dans le cas de conventions qui ont été adoptées sous leur forme définitive par des instances autres que la Commission elle-même (par exemple, par des conférences de plénipotentiaires), la Commission se trouverait appelée à interpréter des textes qu'elle n'a même pas adoptés sous leur forme définitive. De plus, l'interprétation d'une clause juridique est souvent faite dans le cadre spécifique particulier de l'affaire où l'interprétation est donnée. Par suite, pour trancher entre deux interprétations divergentes, il faudrait dans bien des cas un examen détaillé des affaires dans lesquelles les interprétations ont été données. En agissant de la sorte, la Commission deviendrait très proche d'une "cour internationale d'appel". Mais il serait peut-être considéré plus approprié que la Commission tranche entre les interprétations divergentes auxquelles le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et le Règlement de conciliation de la CNUDCI donnent lieu, du fait que bien des objections que l'on pourrait formuler contre un tel rôle à l'égard de conventions et de lois types ne s'appliqueraient pas lorsque la Commission serait appelée à trancher entre des interprétations divergentes de ces deux Règlements.

11. *La Commission pourrait envisager de répondre à des questions qui lui seraient soumises dans le cadre d'un différend :* Dans cette hypothèse, la Commission donnerait des interprétations des textes juridiques de la CNUDCI à la demande d'une instance judiciaire ou d'un tribunal arbitral, ou de l'une ou l'autre des parties à un différend ou des deux parties à ce différend. Bien des arguments évoqués au paragraphe précédent auraient peut-être également leur rôle à jouer lorsque l'on se demanderait si cette façon d'agir est appropriée. Il y aurait lieu aussi de signaler que si les interprétations devaient être données par la Commission plénière à ses sessions annuelles, le règlement des différends risquerait de s'en trouver retardé pendant d'assez longues périodes jusqu'à ce que ces interprétations soient données. En outre, il faut signaler que pour que la Commission puisse s'acquitter effectivement de cette tâche, les parties au différend devraient être en droit de faire connaître leur position à la Commission sur la question qui lui est soumise.

12. *La Commission pourrait envisager de répondre aux questions abstraites d'interprétation qui lui sont soumises :* Dans cette hypothèse, la Commission répondrait à des questions abstraites d'interprétation, découlant des textes juridiques de la CNUDCI, qui lui seraient soumises par les parties à une transaction commerciale ou par d'autres intéressés. Ces questions sont celles qui ne se posent pas dans le cadre d'un différend (bien que le fait de traiter de telles questions puisse influer sur des diffé-

[6] Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.74.V.8), première partie, Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, art. 7; *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, art. 3; *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.97/1, annexe 1, art. 7 1)].

rends concrets). Eu égard aux arguments évoqués ci-dessus au paragraphe 10, cette façon d'agir pourrait être aussi considérée comme inappropriée en ce qui concerne des questions abstraites d'interprétation des conventions élaborées par la Commission et des lois types adoptées par elle.

13. Il n'en reste pas moins que cette hypothèse pourrait justifier un plus ample examen en ce qui concerne les questions abstraites d'interprétation qui découlent du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et du Règlement de conciliation de la CNUDCI. Ces textes juridiques ont été adoptés par la Commission elle-même et ne font pas partie intégrante de la législation interne des Etats. On pourrait trouver une façon d'agir analogue dans ce que fait la Commission de technique et pratiques bancaires de la Chambre de commerce internationale (CCI), qui donne des interprétations des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires en réponse aux questions abstraites de principe qui lui sont soumises par des banques ou d'autres personnes morales ou personnes physiques intéressées. Cette Commission n'exerce pas ce rôle si la question d'interprétation se pose à l'occasion d'un différend. Les décisions rendues par la Commission de technique et pratiques bancaires ont été publiées sous forme de brochures qui sont à la disposition du grand public. Si l'on estimait qu'il convient d'examiner plus avant le rôle analogue que la Commission pourrait jouer en ce qui concerne le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et le Règlement de conciliation de la CNUDCI, il faudrait étudier un certain nombre de questions et rechercher, notamment, si les demandes d'interprétation devraient être initialement examinées par un groupe de travail ou par un autre groupe restreint de membres de la Commission, quels seraient le mandat exact et les procédures à suivre dans l'accomplissement d'une telle tâche et quel serait le coût d'une telle procédure.

14. Certaines institutions supranationales se sont vu reconnaître compétence pour donner des interprétations de conventions et de lois visant à assurer l'uniformité du droit. C'est ainsi que les tribunaux internes des Etats membres de la Communauté économique européenne peuvent (et, dans le cas des instances de dernier recours, doivent) demander à la Cour européenne de justice d'interpréter les dispositions du Traité de Rome instituant la Communauté[7]. En outre, les pays du Benelux ont créé une Cour de justice du Benelux qui a compétence pour donner des interprétations des lois types adoptées par les trois pays dont il s'agit[8]. De même, les Statuts du Fonds monétaire international disposent que les questions d'interprétation des dispositions des Statuts qui pourraient se poser entre des membres du Fonds ou entre un membre et le Fonds doivent être soumises aux administrateurs du Fonds pour décision. La décision des administrateurs peut être ensuite soumise au Conseil des gouverneurs du Fonds[9]. Toutefois, un élément essentiel de toutes ces procédures est que, dans chaque cas, compétence est reconnue à l'organisme habilité à interpréter le texte juridique en question par les Etats qui sont parties à ce texte ou qui l'ont adopté. On ne peut donc pas considérer ces procédures comme des précédents qui permettraient à la Commission d'assumer la compétence d'interpréter des textes juridiques qui ont été incorporés dans la législation interne des Etats.

15. Eu égard à ce qui précède, la Commission estimera peut-être que, pour traiter des problèmes concernant l'interprétation uniforme des textes juridiques de la CNUDCI, un moyen approprié pourrait être le suivant. Outre la diffusion des décisions concernant les textes juridiques de la CNUDCI (voir plus haut, par. 6), la Commission pourrait demander à son secrétariat de suivre les décisions des instances juridiques et des tribunaux arbitraux qui ont trait à l'interprétation de ces textes et de rendre compte à la Commission de la façon dont ces textes ont été interprétés, lorsque les circonstances le justifient. En signalant les divergences dans l'interprétation des dispositions des textes de la CNUDCI ainsi que les lacunes que ces dispositions feraient apparaître, la publication de tels rapports pourrait aider en elle-même à favoriser l'interprétation uniforme de ces textes. De plus, sur la base de ces rapports, la Commission pourrait envisager les mesures à prendre face à ces interprétations divergentes ou à ces lacunes. La nature de ces mesures varierait selon les circonstances et en particulier selon la nature des textes juridiques dont il s'agit. C'est ainsi qu'en ce qui concerne les interprétations divergentes de dispositions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou du Règlement de conciliation de la CNUDCI, la Commission pourrait décider de se prononcer sur l'interprétation juste à donner des dispositions en question (voir plus haut, par. 10). En ce qui concerne ces textes juridiques ou d'autres de la CNUDCI, la Commission pourrait même décider en dernière analyse que le texte devrait être modifié de façon à trancher entre les interprétations divergentes ou à lever l'ambiguïté. Dans le cas d'un texte qui a été adopté sous sa forme définitive par la Commission, la Commission pourrait modifier le texte lui-même. En revanche, dans le cas d'une convention élaborée par la CNUDCI mais qui a été adoptée sous sa forme définitive par une conférence diplomatique, la Commission pourrait décider de recommander d'entamer une procédure de modification de la convention. Dans quelques cas, la Commission pourrait estimer qu'un nouveau texte juridique est nécessaire[10]. La Commission souhaitera peut-être

[7]Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 1957), art. 177.

[8]Rodière, *Introduction au droit comparé* (1979), p. 132.

[9]Statuts du Fonds monétaire international, art. XVIII.

[10]Il y a peut-être lieu de rappeler à ce sujet que le secrétariat a soumis à la douzième session (1979) de la Commission une étude sur l'application et l'interprétation de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) [A/CN.9/168]. L'étude signalait certains problèmes qui s'étaient posés quant à l'interprétation et à l'application de la Convention, mais concluait que malgré ces problèmes, la Convention avait atteint de façon satisfaisante l'objectif général en vue duquel elle avait été adoptée et qu'une modification de la Convention n'était pas nécessaire. En revanche, le secrétariat recommandait de prendre certaines autres mesures pour dissiper les problèmes qui se posaient à certains égards et pour faciliter l'application de la Convention (A/CN.9/168, par. 50; voir aussi la note du secrétariat sur le sujet, A/CN.9/169). Ces mesures ont abouti aux travaux que la Commission a consacrés à l'élaboration d'une loi type sur l'arbitrage commercial international.

envisager de prendre des mesures concrètes face à des problèmes concernant l'interprétation uniforme d'un texte juridique de la CNUDCI au moment où elle examinera un rapport dans lequel son secrétariat lui signalera les problèmes spécifiques dont il s'agit.

Conclusions

16. Le moment venu, peut-être une fois que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) sera entrée en vigueur, la Commission pourrait souhaiter envisager d'établir un mécanisme pour le rassemblement et la diffusion des décisions des instances judiciaires et des tribunaux arbitraux qui concernent les conventions internationales élaborées par la Commission, les lois types adoptées par la Commission et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et le Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi qu'il est indiqué plus haut, dans les paragraphes 4 à 6. En outre, la Commission souhaitera peut-être envisager d'adopter les mesures examinées plus haut au paragraphe 15 en vue de favoriser l'interprétation uniforme de ces textes juridiques, ainsi que les mesures examinées aux paragraphes 10 et 13 en vue de favoriser l'interprétation uniforme du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

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

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (telle qu'adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985)

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) 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.

3) 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) Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays.

4) Aux fins du paragraphe 3 du présent article,

a) 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;

b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

5) La présente loi ne porte atteinte à aucune autre loi du présent Etat en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent l'être qu'en application de dispositions autres que celles de la présente loi.

Article 2
Définitions et règles d'interprétation

Aux fins de la présente loi :

a) Le terme "arbitrage" désigne tout arbitrage que l'organisation en soit ou non confiée à une institution permanente d'arbitrage;

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

c) Le terme "tribunal" désigne un organisme ou organe du système judiciaire d'un Etat;

d) 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;

e) 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;

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.

Article 3
Réception de communications écrites

1) Sauf convention contraire des parties,

a) Toute communication écrite est réputée avoir été reçue 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 a été envoyée au dernier établissement, à la dernière résidence habituelle ou à la dernière adresse postale connus du destinataire par lettre recommandée ou tout autre moyen attestant la tentative de remise;

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

2) Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux communications échangées dans le cadre de procédures judiciaires.

---

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

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 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.

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.

Article 6

Tribunal ou autre autorité chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage

Les fonctions mentionnées aux articles 11 3), 11 4), 13 3), 14, 16 3) et 34 2) sont confiées . . . [Chaque Etat adoptant la Loi type précise le tribunal, les tribunaux ou, lorsqu'elle y est mentionnée, une autre autorité compétents pour s'acquitter de ces fonctions.]

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 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, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. 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.

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 caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

2) Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué.

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 ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage.

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.

Article 11

Nomination de l'arbitre ou 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 à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de 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 ou autre autorité 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 ou autre autorité visé à l'article 6.

4) Lorsque, durant 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) Un tiers, y compris une institution, ne s'acquitte pas d'une fonction qui lui est conférée dans ladite procédure,

l'une ou l'autre partie peut prier le tribunal ou autre autorité 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 ou autre autorité visé à l'article 6, conformément aux paragraphes 3 et 4 du présent article, n'est pas susceptible de recours. Lorsqu'il nomme un arbitre, le tribunal tient compte de toutes les qualifications requises de l'arbitre par convention des parties et de toutes considérations propres 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.

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, à moins qu'il ne l'ait déjà fait.

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, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties. 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.

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 les motifs de la récusation au tribunal arbitral, dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle a eu connaissance de la constitution du tribunal arbitral ou de la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées à l'article 12 2). 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 trente jours après avoir eu communication de la décision rejetant la récusation, prier le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 de prendre sur la récusation une décision qui ne sera pas susceptible de recours; dans l'attente de cette décision, le tribunal arbitral, y compris l'arbitre récusé, peut poursuivre la procédure arbitrale et rendre une sentence.

Article 14

Carence ou incapacité d'un arbitre

1) Lorsqu'un arbitre se trouve dans l'impossibilité de droit ou de fait de remplir sa mission ou, pour d'autres raisons, ne s'acquitte pas de ses fonctions dans un délai raisonnable, 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 ou autre autorité visé à l'article 6 de prendre une décision, qui ne sera pas susceptible de recours, sur la cessation du mandat.

2) Le fait qu'en application du présent article ou de l'article 13 2), un arbitre se déporte ou qu'une partie accepte que le mandat d'un arbitre prenne fin n'implique pas reconnaissance des motifs mentionnés à l'article 12 2) ou dans le présent article.

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 lorsque celui-ci 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.

CHAPITRE IV. COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 16

Compétence du tribunal arbitral pour 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 la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale. 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. Si le tribunal arbitral détermine, à titre de question préalable, qu'il est compétent, l'une ou l'autre partie peut, dans un délai de trente jours après 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; en attendant qu'il soit statué sur cette demande, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence.

Article 17

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 ou conservatoire qu'il juge nécessaire en ce qui concerne l'objet du différend. Le tribunal arbitral peut, à ce titre, exiger de toute partie le versement d'une provision appropriée.

CHAPITRE V. CONDUITE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

Article 18

Egalité de traitement des parties

Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits.

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.

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, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties.

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.

Article 21

Début de la procédure arbitrale

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

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 toute pièce soit accompagnée d'une traduction dans la langue ou les langues convenues par les parties ou choisies par le tribunal arbitral.

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 au soutien de sa demande, les points litigieux et l'objet de la demande et le défendeur énonce ses défenses à propos de ces questions, à moins que les parties ne soient autrement convenues des indications devant figurer dans les conclusions. Les parties peuvent accompagner leurs conclusions de 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.

Article 24

Procédure orale et procédure écrite

1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral décide si la procédure doit comporter des phases orales pour la production de preuves ou pour l'exposé oral des arguments, ou si elle se déroulera sur pièces. 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 à un stade approprié de la procédure arbitrale, si une partie lui en fait la demande.

2) Les parties recevront suffisamment longtemps à l'avance notification de toutes audiences et de toutes réunions du tribunal arbitral tenues aux fins de l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.

3) 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 document présenté en tant que preuve sur lequel le tribunal pourrait s'appuyer pour statuer doit également être communiqué aux parties.

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), le tribunal arbitral met 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 en soi 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.

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.

Article 27

Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves

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. Le tribunal peut satisfaire à cette demande, dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves.

CHAPITRE VI. PRONONCÉ DE LA SENTENCE ET CLOTURE 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 appli-

cables 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.

4) 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

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 questions de procédure peuvent être tranchées par un arbitre-président, si ce dernier y est autorisé par les parties ou par tous les membres du tribunal arbitral.

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.

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 l'arbitre ou les arbitres conformément au paragraphe 1 du présent article en est remise à chacune des parties.

Article 32

Clôture de la procédure

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

2) Le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale lorsque

a) 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) Les parties conviennent de clore la procédure;

c) Le tribunal arbitral constate que la poursuite de la procédure est, pour toute autre raison, devenue superflue ou impossible.

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.

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,

a) Une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature;

b) Si les parties en sont convenues, une partie peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de donner une interprétation d'un point ou passage précis de la sentence.

Si le tribunal arbitral considère que la demande est justifiée, il 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. S'il juge la demande justifiée, le tribunal arbitral complète sa sentence dans les soixante jours.

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.

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 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) Qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était 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 d'un arbitre 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 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.

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***.

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) Qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était 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 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 d'un arbitre 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'est pas encore devenue 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 que

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 sous-alinéa 1 *a* v du présent article, le tribunal auquel est demandée 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.

***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.

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

Comptes rendus analytiques des 305e à 333e séances tenues au Centre international de Vienne, à Vienne, du 3 au 21 juin 1985 (A/CN.9/SR.305-333*)

TABLE DES MATIÈRES

Pages

305e séance 417

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

306e séance 418

Article premier

307e séance 422

Article premier (suite; voir également 319e et 330e séances)
Article 2

308e séance 426

Article 2 (suite; voir également 319e et 330e séances)
Article 4

309e séance 431

Article 5
Article 6

310e séance 435

Article 6 (suite)

311e séance 439

Article 6 (suite)
Article 7 (voir également 320e séance)

312e séance 442

Article 8 (voir également 330e séance)
Article 9
Article 10
Article 11

313e séance 447

Article 11 (suite; voir également 319e séance)
Article 12 (voir également 330e séance)
Article 13

314e séance 450

Article 13 (suite)
Article 14

*Afin de faciliter l'examen et la compréhension des travaux préparatoires de la Commission sur la loi type, on a réuni en un seul volume les comptes rendus analytiques pertinents de la Commission auxquels ont été apportées des corrections présentées par diverses délégations (note de bas de page dans le texte original).

Pages

315e séance 455

Article 14 (suite; voir également 319e et 320e séances)
Article 14 *bis*
Article 15
Article 16

316e séance 458

Article 16 (suite; voir également 320e séance)
Article 18
Article 19 (voir également 330e séance)

317e séance 463

Article 34

318e séance 466

Article 34 (suite)

319e séance 471

Article 34 (suite; voir également 324e, 330e et 331e séances)
Article 1 (suite)
Article 2 (suite)
Article 11 (suite)
Article 14 (suite)

320e séance 475

Article 14 (suite)
Article 7 (suite)
Article 16 (suite)
Articles 35 et 36 (voir également 329e, 330e et 331e séances)

321e séance 480

Article 20
Article 21
Article 22

322e séance 484

Article 22 (suite)
Article 23

323e séance 488

Article 23 (suite)
Article 24

324e séance 492

Article 24 (suite)
Article 34 (suite)

325e séance 497

Article 25
Article 26
Article 27 (voir également 330e séance)

326e séance 501

Article 28

327e séance 505

Article 28 (suite)
Article 29

328e séance 509

Article 30
Article 31

Pages

329e séance 512

Article 31 (suite)
Article 32
Article 33
Article 35 (suite)
Article 36 (suite)

330e séance 517

Article 36 (suite)
Article 15 (suite)
Article 1 (suite)
Article 27 (suite)
Article 8 (suite)
Article 2 (suite)
Article 19 (suite)
Article 12 (suite)
Articles 34 et 36 (suite)

331e séance 521

Articles 34 et 36 (suite)

Points complémentaires proposés aux fins d'insertion dans la loi type

Demande reconventionnelle

Charge de la preuve

Admissibilité de la preuve écrite

Exigence de la réciprocité pour la reconnaissance ou l'exécution

Possibilité d'ajouter un préambule à la loi type

332e séance 524

Examen des projets d'articles 1 à 27 tels que révisés par le Comité de rédaction

333e séance 527

Examen des projets d'articles 2, 28 à 36 tels que révisés par le Comité de rédaction
Adoption de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

305e séance

Lundi 3 juin 1985, à 10 h 30

Président : M. LOEWE (Autriche)

Le débat faisant l'objet du compte rendu est ouvert à 11 h 45.

Arbitrage commercial international (A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264)

1. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) rappelle à la Commission que le Secrétaire général a communiqué pour observations le projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international à tous les Etats et à toutes les organisations internationales intéressées. Les observations reçues figurent dans les documents A/CN.9/263 et Add.1 et 2, à l'exception de celles qui ne concernent qu'une seule version linguistique du projet et qu'il serait mieux, a-t-on estimé, de soumettre directement à un groupe de rédaction. Le rapport comportant le commentaire du secrétariat sur le projet de texte (A/CN.9/264) a pour objet d'expliquer l'origine de certaines dispositions et de faciliter l'interprétation du texte.

2. M. WAGNER (République démocratique allemande) dit que le projet de texte pourra contribuer grandement à la réalisation de l'objectif de la Commission qui est de promouvoir les relations commerciales internationales en rendant plus compatibles les systèmes juridiques nationaux. La République démocratique allemande espère que la loi type sera mise au point définitivement le plus tôt possible.

3. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) dit que son gouvernement n'a pas eu d'observations à faire sur le projet de texte.

4. Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) dit que la compétence des membres de la Commission garantit certes que l'on portera l'attention voulue à la jurisprudence et aux procédures juridiques lors de l'examen du projet de texte, mais qu'il importe de garder présent à l'esprit que ce seront les arbitres qui appliqueront dans les faits la loi type. Les arbitres spécialisés ont été représentés comme il convient au sein du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux. Le Chartered Institute of

Arbitrators compte présenter des propositions qui, espère-t-il, permettront de rendre le projet de texte plus pratique et de faire en sorte qu'il soit adapté aux exigences des arbitres intéressés.

5. Mme RATIB (Egypte) estime que le projet de loi type constituerait une base solide pour l'adoption d'une législation dans de nombreux pays. Sa délégation présentera ultérieurement ses observations sur chacun des articles.

6. M. EYZAGUIRRE (Observateur du Chili) indique que son gouvernement n'a pas d'observations générales à formuler sur le projet de texte qu'il trouve acceptable dans l'ensemble mais il pourrait avoir à demander des éclaircissements sur certains points.

7. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) dit que sa délégation a l'intention de faire, au cours de l'examen du projet de texte, des propositions qui reprendraient des suggestions déjà soumises par écrit à la Commission dans ses observations.

8. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) croit qu'il ne faudrait pas insister sur le fondement théorique de la loi type aux dépens de son intérêt pratique qui est de faciliter la conduite de la procédure arbitrale. La Commission doit bien se rendre compte que les parties à un différend commercial doivent être libres de le régler de la manière qui leur convient le mieux. C'est pourquoi il est convaincu qu'elle n'essaiera pas de définir des règles contraignantes et que ses membres ne proposeront pas d'amendements au projet de texte qui n'auraient pas pour effet d'améliorer l'efficacité pratique des dispositions de la loi type.

9. M. SEKHON (Inde) rappelle qu'en participant à l'élaboration d'une loi type sur l'arbitrage commercial international son pays s'est inspiré de l'esprit de la Constitution indienne qui pose le principe que les différends internationaux doivent être réglés par la voie de l'arbitrage. Il se propose de compléter au cours de la discussion les observations écrites présentées par son gouvernement.

10. M. SAMI (Iraq) considère que la loi type aura un rôle important en unifiant les règles régissant l'arbitrage commercial international et qu'elle constituera un guide législatif utile pour tous les pays. Il espère qu'elle sera adoptée au cours de la session.

11. M. KIM (Observateur de la République de Corée) fait savoir que le projet de texte est dans son ensemble acceptable pour son gouvernement et que bon nombre des dispositions de la loi type sont déjà inscrites dans sa législation nationale sur l'arbitrage.

La séance est levée à 12 h 20.

306e séance

Lundi 3 juin 1985, à 14 h 30

Président : M. LOEWE (Autriche)

Le débat faisant l'objet du compte rendu analytique s'ouvre à 14 h 35.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264)

Article premier. Champ d'application

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à se demander si elle souhaite que la loi type s'applique à l'arbitrage commercial international et, dans l'affirmative, comment il convient de définir l'arbitrage international et l'arbitrage commercial.

2. M. BONELL (Italie), intervenant sur un point de procédure, propose que la question du champ d'application territorial de la loi type fasse immédiatement l'objet d'une clarification car cette question aura de nombreuses incidences sur l'examen ultérieur du texte.

3. Le PRÉSIDENT suggère que la Commission soit autorisée à examiner le projet de texte de sorte que les représentants puissent faire connaître leur opinion sur cette question et, par conséquent, sur le rôle que devra jouer le texte.

4. M. LEBEDEV (Union des républiques socialistes soviétiques), rappelle à la Commission qu'une décision définitive n'a pas encore été prise sur la question de savoir si l'arbitrage commercial international fera l'objet d'une loi type ou d'une convention. Bien que l'Union soviétique ait précédemment manifesté sa préférence pour une convention, sa position est souple et elle est disposée à accepter une loi type si cela correspond à l'avis général. Toutefois, une décision devrait être prise dès le commencement du débat qui devra figurer dans les comptes rendus analytiques.

5. Le PRÉSIDENT dit que la décision devrait être laissée en suspens mais qu'il a l'impression que le Groupe de travail penche pour une loi type.

6. M. TANG Houzhi (Chine) dit que son pays est en faveur d'une loi type.

7. M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) dit que le Centre souhaite que le champ d'application de la loi type soit circonscrit et que le mot "commercial" soit défini d'une manière ou d'une autre. Il propose en outre que la note de bas de page correspondant au paragraphe 1 de l'article premier soit incorporée au texte.

8. M. GRIFFITH (Australie), dit que l'on devrait s'efforcer de définir l'arbitrage dans le corps même du texte et non dans les notes de bas de page. Il propose que le mot "commercial" soit défini de la manière suivante : "qui se rapporte aux échanges et au commerce".

9. Le PRÉSIDENT croit comprendre que l'article premier rencontre l'assentiment général, à l'exception de la définition du mot "commercial". Notant que toutes les déclarations faites jusqu'à présent sont en faveur d'une définition du mot incorporée au texte, il suggère que cette définition soit plus brève que la définition de ce qui est commercial figurant dans la note de bas de page, mais il estime qu'une définition très brève comme la formule "qui se rapporte aux échanges et au commerce" présente peu d'intérêt.

10. M. TORNARITIS (Chypre) dit qu'il n'est pas courant d'incorporer des notes de bas de page à un projet de loi. En outre, il est dangereux d'essayer de définir trop précisément :

Omnis definitio periculosa est. Par définition, le mot "commercial" vise les transactions entre personnes dans le cours normal du commerce. S'il n'est pas défini de manière précise, ceux qui interpréteront la loi devront lui appliquer son sens ordinaire. Il serait préférable de définir le mot "commercial" d'une manière différente, telle que "relatifs aux transactions en matière de commerce et d'échanges".

11. M. SEKHON (Inde) dit que l'on pourrait surmonter la difficulté qu'il y a à trouver une définition exhaustive du mot "commercial" en en annexant une explication au projet de loi type, ce qui permettrait de laisser le champ libre à d'autres interprétations.

12. M. EYZAGUIRRE (Observateur du Chili) dit qu'il ne souhaite pas que le mot "commercial" soit défini car son acception varie selon les différents systèmes juridiques existant dans le monde. Il estime que la note de bas de page en garantit la bonne compréhension.

13. M. RUZICKA (Tchécoslovaquie) dit que sa délégation est satisfaite de la notion de "commercial" qui figure dans le projet de loi type. Il estime qu'il ne suffit pas de donner quelques exemples de transactions commerciales; la liste devrait être allongée, même si elle ne sera jamais exhaustive. Cependant, la délégation tchécoslovaque n'insistera pas sur ce point et pourra accepter la liste telle qu'elle est.

14. Mme RATIB (Egypte) dit que la différence entre les transactions commerciales et les transactions non commerciales est généralement claire; mais elle approuve le contenu de la note de bas de page qu'elle considère comme un compromis acceptable adapté aux différents systèmes juridiques. Il serait cependant difficile de l'incorporer dans la législation égyptienne car on n'a pas l'habitude en Egypte d'inclure les notes de bas de page dans les textes de loi. Elle suggère qu'une définition du mot "commercial", sans exemple, figure dans l'article 2. Ces exemples pourraient utilement figurer dans un commentaire ou dans une note d'explication.

15. M. KNOEPFLER (Observateur de la Suisse) dit que lors de l'élaboration d'une loi type il est possible d'accepter une approche plus souple. Si l'on retenait l'idée d'une convention, une définition précise figurant dans le corps du texte y aurait un effet restrictif. En ce qui concerne la loi type, il est en faveur du système qui est utilisé.

16. M. MAGNUSSON (Suède) se demande si la loi type doit être limitée à l'arbitrage commercial international et il préférerait que les mots "international" et "commercial" soient tout simplement supprimés. En Suède, il existe déjà de bons systèmes d'arbitrage et l'introduction de nouvelles données complexes issues de la loi type susciterait des réserves. Toutefois, à la suite des longs débats qui ont eu lieu dans le Groupe de travail, la délégation suédoise pourrait accepter une restriction du champ d'application, ainsi que les notions d'arbitrage "international" et "commercial", mais il est important de donner à ces mots l'interprétation la plus large possible. En ce qui concerne le mot "commercial", la délégation suédoise trouve surprenant que son interprétation figure dans une note de bas de page car cela risque de donner lieu à des interprétations divergentes. On devrait s'efforcer de définir ce mot dans le corps du texte mais la délégation suédoise est réservée sur les chances de succès de cette proposition.

17. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit qu'il est difficile de définir le mot "commercial" de manière précise et qu'il est préférable de s'en tenir à une formulation générale dans le texte. Si ce mot doit être expliqué en dehors du texte, la délégation britannique préférerait que cela se fasse dans un commentaire plutôt que dans une note de bas de page. Il incomberait alors à chaque Etat de définir ce mot, le cas échéant; cela ne serait d'ailleurs pas contraire à l'esprit de la loi type.

18. Le PRÉSIDENT dit que pour des raisons pratiques il serait difficile d'établir un commentaire approuvé. Les commentaires sont en fait établis à l'intention exclusive des délégations et contiennent diverses définitions. La note correspondant à l'article premier s'apparente à un commencement de commentaire approuvé.

19. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit que cette question revêt une importance considérable. Il espère que le compte rendu des travaux préparatoires, établi avec l'assistance du secrétariat, guidera les législateurs.

20. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que la définition du terme "commercial" revêt une importance cruciale. Dans certaines parties du monde, ce terme ne désigne que les transactions commerciales effectuées par des commerçants, à l'exclusion de nombreuses autres opérations. Or, la loi type est censée envisager les activités commerciales dans leur sens le plus large possible. Il estime que la concision n'est pas l'objectif principal et pourrait dans ce contexte nuire à la précision. Il se peut que la note de bas de page soit omise lorsque les tribunaux examineront le texte. Quant aux travaux préparatoires, les tribunaux ne pourront pas en tirer parti. A son avis, la note de bas de page devrait être insérée dans le texte parce que les détails auxquels elle fait référence sont importants au stade de la rédaction et permettront d'éviter des litiges ultérieurs. Il estime que le libellé actuel de cette note est satisfaisant mais propose d'y apporter deux modifications consistant premièrement à insérer, à la fin de la première phrase, les mots "quels que soient la nature ou le caractère des parties" et deuxièmement à ajouter, au début de la liste d'exemples, après les mots "toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises", les mots "ou de services".

21. M. SAWADA (Japon) juge acceptable le libellé de l'article premier. Bien qu'elle soit consciente de l'ambiguïté du mot "commercial" sa délégation estime qu'il serait difficile de le définir. A son avis, le fait d'utiliser l'expression "échanges et commerce" ne permettrait pas de préciser cette notion. Il propose que des exemples de définition soient fournis dans un commentaire.

22. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) dit que la loi type devrait être limitée à l'arbitrage commercial international. Il est partisan d'une définition large du terme "commercial" et il appuie les amendements proposés par les Etats-Unis. Il estime que la note de bas de page devrait être insérée dans le texte, telle qu'elle est rédigée actuellement, à moins que cela n'ait pour effet de restreindre le champ d'application de la loi type. Il n'appuie pas la solution tendant à la faire figurer dans un commentaire car l'effet juridique d'un tel commentaire est encore moins clair que celui d'une note de bas de page.

23. M. BONELL (Italie) appuie la disposition tendant à restreindre le champ d'application de la loi type à l'arbitrage commercial international. Etant donné qu'aucun consensus ne s'est dégagé en ce qui concerne la signification exacte du mot "commercial", on pourra s'appuyer sur cette note — ou sur le rapport de la présente session — pour interpréter ce terme dans le sens le plus large possible. Il rappelle que l'objectif principal des travaux de la Commission en ce qui concerne la question à l'examen est d'assurer le maximum d'uniformité en matière d'arbitrage commercial dans le monde entier. Si l'on donne une définition trop étroite au terme "commercial", les textes en vigueur dans certains pays empêcheront ces derniers d'incorporer la loi type dans leur législation. Toutefois, il

estime que la suggestion des Etats-Unis est utile en ce sens qu'elle précise que le caractère commercial de l'arbitrage ne dépend pas du statut commercial des parties.

24. M. EYZAGUIRRE (Observateur du Chili) convient que toute définition est dangereuse lorsqu'il s'agit de rédiger des lois. Toutefois, on pourrait mettre au point un critère général devant être inclus dans le texte, sans recourir ni à une définition, ni à des exemples. Une note ou un commentaire ajoutés en dehors du texte n'auraient pas force de loi dans le système juridique de son pays.

25. M. SCHUETZ (Autriche) est d'accord avec les orateurs précédents en ce qui concerne les avantages de la formule retenue. Le Groupe de travail a examiné longuement cette question et le texte actuel, avec sa note de bas de page, lui a paru être la meilleure solution possible. Ce qui importe le plus, c'est que cette note indique clairement que le mot "commercial" doit être interprété au sens large et de façon souple. Sa délégation peut accepter la proposition des Etats-Unis tendant à ajouter dans cette note les mots "ou services" et "quelle que soit la nature ou le caractère des parties", bien que le Groupe de travail ait décidé de supprimer cette dernière précision.

26. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) dit que l'on ne peut atteindre le degré de clarté et de certitude nécessaires pour permettre l'application pratique de la loi type à des litiges commerciaux internationaux qu'en donnant une définition précise au terme "commercial". Cette définition devait figurer dans le texte de la loi type proprement dit, l'endroit approprié étant l'article 2 consacré aux définitions. En ce qui concerne le contenu de cette définition, la délégation bulgare est en mesure d'appuyer les amendements proposés par la délégation américaine. Il faudrait ajouter dans la liste de contrats figurant dans la note de bas de page tous les types de contrats temporaires de coopération économique internationale.

27. M. ILLESCAS (Espagne) pense qu'aucune liste de transactions commerciales comme celle fournie dans la note de bas de page ne pourra jamais être à jour ni être complète, et qu'en conséquence, il est préférable de recourir à une approche conceptuelle. L'article 36 de la loi type qui traite des motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution donne la possibilité de prévoir des exclusions.

28. M. TANG Houzhi (Chine) dit que le Groupe de travail a déjà débattu pendant deux années du mot "commercial" et que comme ce dernier a déjà décidé de supprimer les mots "que les parties soient ou non des commerçants", il craint que la suggestion tendant à rétablir ce libellé ne débouche sur deux nouvelles années de débats. Il est peu probable que la Commission parvienne à un accord sur ce point alors que les tentatives antérieures ont échoué. Il s'agit là d'un problème délicat pour de nombreux Etats et il est préférable de laisser le texte en l'état, c'est-à-dire avec la note de bas de page, de manière à ce que le projet puisse être arrêté définitivement le plus vite possible. En ce qui concerne le champ d'application, sa délégation préfère retenir le critère territorial.

29. M. SAMI (Iraq) demande instamment que le champ d'application de la loi type soit limité aux transactions internationales. Du fait que la Commission essaie de rédiger une loi type que devront adopter tous les Etats malgré des systèmes juridiques différents, il serait indiqué de ne pas préciser le sens du terme "commercial", mais de laisser aux législations nationales le soin de régler la question. Les Etats appliquent de nombreux critères différents pour définir les transactions commerciales. Une liste comme celle qui est donnée dans la note de bas de page ne pourra jamais être exhaustive et un certain nombre de délégations ont déjà des exemples de nouvelles transactions commerciales qui devraient y être incluses. M. Sami Fawzi ne s'opposerait pas au maintien de la note de bas de page, car elle peut guider les législateurs. Il s'opposerait en revanche à la proposition de l'insérer dans le texte même du paragraphe 1 de l'article premier.

30. M. PAES de BARROS LEAES (Brésil) déclare qu'il faut indiquer clairement que la loi type se limite à l'arbitrage commercial international. Il convient qu'il serait dangereux d'essayer de donner une définition du terme "commercial" dans le texte lui-même et appuie donc l'énumération d'exemples dans une note de bas de page.

31. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) estime que, étant donné son importance, le terme "commercial" devrait être défini dans l'article premier et non dans une note de bas de page. En même temps, il a conscience de la difficulté de trouver une définition brève qui convienne et ne s'opposerait donc pas à la formule de la note de bas de page. Il est cependant indispensable de préciser clairement que la loi s'appliquerait, que les parties soient ou non des commerçants. La phrase qui figurait à cet effet dans la version précédente a été supprimée pour la raison qu'elle faisait référence à l'immunité des Etats. Toutefois, si un Etat a déjà accepté un recours à l'arbitrage dans un contrat, la question de l'immunité ne se pose pas.

La séance est suspendue à 16 heures et reprend à 16 h 25.

32. M. GOH (Singapour) demande instamment que la loi type indique clairement qu'elle s'applique à l'arbitrage commercial international. En outre, une définition du terme "commercial" quelque part dans la loi type aidera à réduire les différends ultérieurement, lorsque la loi sera en vigueur. Il est convaincu qu'il n'est pas impossible de trouver une définition satisfaisante qui ne soit pas exagérément restrictive.

33. M. SZASZ (Hongrie) déclare que sa délégation aurait elle aussi souhaité qu'il y ait une définition précise du terme "commercial" dans le corps du texte, mais comme elle est incapable d'en proposer une, elle estime qu'elle doit se contenter du texte tel qu'il se présente. La note de bas de page, ou quelque autre indication, sera mieux que rien. En Hongrie, elle n'aurait aucun effet juridique, encore qu'il ne pense pas que ce soit son objectif de toute façon. Elle aurait en revanche un effet unificateur utile et il est possible que d'autres systèmes législatifs nationaux soient en mesure de s'entendre sur une définition à insérer dans le texte. Les Etats dont les techniques législatives permettent d'insérer la note de bas de page telle qu'elle se présente dans le corps du texte sont évidemment libres de le faire. La solution avancée par le Groupe de travail est donc satisfaisante. M. Szasz n'est toutefois pas favorable à l'introduction d'exemples plus nombreux, car on pourrait alors avoir l'impression que la liste est conçue comme une définition exhaustive.

34. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) dit que sa délégation comprend très bien elle aussi les obstacles que pose la définition du terme "commercial". Etant donné la difficulté de trouver une solution satisfaisante pour tous les Etats, elle a appuyé la décision du Groupe de travail. Il note toutefois que les relations mentionnées dans la note de bas de page se rapportent uniquement à des transactions, et demande si cela signifie que la loi type ne s'appliquera pas aux relations n'ayant pas un caractère contractuel. Le paragraphe 1 de l'article 7 fait référence à "un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel". Il serait indiqué de le préciser dans la note de bas de page également.

35. Les commentaires analytiques du secrétariat et certains des orateurs qui l'ont précédé ont émis l'opinion que la loi type n'abordait pas la question de l'arbitrabilité, mais la délégation soviétique pense au contraire qu'elle l'aborde. Pour M. Lebedev, la loi type suggère que les différends commerciaux internationaux puissent être soumis à l'arbitrage. Cette conviction est à l'origine du commentaire de sa délégation reproduit au paragraphe 9 du document A/CN.9/263, qui coïncide avec les remarques faites par le Mexique et la CNUCED au paragraphe 12. Si la loi type vise bien à traiter ce problème, il faudrait ajouter une réserve excluant du champ d'application de la loi les différends qui, dans l'Etat qui adopte la loi, ne peuvent être réglés par voie d'arbitrage. La question est abordée au paragraphe 1 *b* de l'article 36, mais seulement à propos des motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution d'une sentence arbitrale. Elle devrait l'être dans l'un des premiers articles.

36. Mme VILUS (Yougoslavie) déclare que son pays n'a pas été membre du Groupe de travail et qu'elle ne connaît donc pas bien tous les problèmes rencontrés dans la tentative de définir le terme "commercial". Elle est prête à appuyer la proposition égyptienne ainsi que les adjonctions proposées par les Etats-Unis. Elle considère que les arguments en faveur d'une liste sont convaincants, bien qu'une définition sans exemple soit peut-être préférable. Comme il est difficile de décider sans avoir un texte sous les yeux, elle propose que soit créé un groupe de rédaction.

37. M. STROHBACH (République démocratique allemande) déclare que sa délégation n'approuve pas entièrement la technique consistant à laisser l'explication du terme "commercial" dans la note de bas de page, mais il se rend compte combien il sera difficile de trouver une solution satisfaisante à court terme. Il est donc plus important d'améliorer légèrement la note de bas de page pour qu'elle soit plus précise. Sa délégation appuiera les adjonctions proposées par les Etats-Unis ainsi qu'une déclaration suivant laquelle les relations commerciales peuvent être contractuelles ou non contractuelles. Cela ne constituerait pas un changement majeur et serait conforme à l'approche générale adoptée au sein du Groupe de travail.

38. M. ROEHRICH (France) dit que la définition du terme "commercial" doit être réaliste et il partage le point de vue du Groupe de travail en ce qui concerne les adjonctions à la note de bas de page suggérées par les Etats-Unis et la République fédérale d'Allemagne. Il ne pense pas que la question de l'arbitrabilité doive être soulevée dans le cadre du champ d'application : il suffit de prévoir des motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution à l'article 36. Il estime comme le représentant hongrois que la note de bas de page fait ressortir la portée du paragraphe 1 de l'article premier, tout en reconnaissant que certains Etats pourraient souhaiter exclure certaines activités, comme le financement ou les investissements, du champ de l'arbitrage international. S'agissant du point évoqué par le représentant de l'URSS à propos des relations non contractuelles, il dit que ce point est peut-être suffisamment traité au paragraphe 1 de l'article 7, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de l'inclure également à l'article premier.

39. Le PRÉSIDENT, résumant les débats sur le paragraphe 1, dit que la majorité des orateurs ont été d'avis de limiter le paragaphe au domaine commercial, certains ayant toutefois préconisé d'étoffer un peu la définition du terme "commercial". Un nombre égal d'orateurs ont été opposés à cette proposition, craignant qu'elle ne crée des problèmes par rapport à la législation interne, où le terme "commercial" est employé dans de nombreux autres contextes; ils se sont donc déclarés favorables au maintien de la note de bas de page. Il suggère en conséquence, comme condition préalable à la poursuite des travaux, qu'on envisage de rédiger plus explicitement le paragraphe 1 mais de conserver une note de bas de page énonçant les exemples d'activités envisagées par la Commission. On pourrait étoffer la note de bas de page en y incluant la proposition faite par le représentant des Etats-Unis; la rédaction devrait par ailleurs faire clairement ressortir que l'intention n'est pas de porter atteinte à l'immunité des Etats. Si sa suggestion est acceptée, il pourrait être décidé de créer un petit groupe de rédaction chargé d'élaborer un texte pour le paragraphe 1 et la note de bas de page.

40. M. BONELL (Italie) demande quelles seront les instructions données au groupe de rédaction quant à la modification du paragraphe 1.

41. Le PRÉSIDENT dit qu'il ne tient pas à proposer telle ou telle rédaction; peut-être la proposition faite par le représentant australien pourrait-elle être examinée.

42. M. BONELL (Italie) fait observer que le groupe de rédaction pourrait comparer cette proposition au passage pertinent de la Convention de Genève.

43. Le PRÉSIDENT propose que le groupe de rédaction soit composé de MM. Szasz, Holtzmann et Tang Houzhi. Si personne ne s'y oppose, il considérera que la Commission a décidé de créer un groupe de rédaction ainsi composé.

44. *Il en est ainsi décidé.*

Article premier, paragraphe 2

45. Le PRÉSIDENT invite les participants à examiner la définition de l'internationalité.

46. M. BONELL (Italie) dit que sa délégation a toujours eu quelque difficulté à considérer l'alinéa *b* i comme un critère souhaitable, bien qu'il soit exact, comme l'indique le commentaire du secrétariat, qu'on vise à exclure les cas où le lieu de l'arbitrage serait déterminé par les seuls arbitres. Il se demande toutefois quel sera le résultat lorsque le lieu de l'arbitrage, déterminé en vertu de la convention d'arbitrage, sera différent de l'établissement des parties. Tant qu'il restera indéterminé, de nombreux problèmes, comme les signes de récusation, pourront se poser et un doute subsistera quant à la loi applicable. Si on supprime l'alinéa *b* i, il restera l'alinéa *b* ii qui n'est pas très différent de l'alinéa *c*. On pourrait donc ramener le paragraphe 2 à l'alinéa *a* suivi immédiatement de l'alinéa *c*.

47. Le PRÉSIDENT dit qu'il n'y a guère de problème à propos de l'alinéa *a*, qui couvre la majorité des cas. L'alinéa *b* i envisage deux situations : celle où le lieu de l'arbitrage a été préalablement déterminé et celle où la question n'est pas tranchée et relève peut-être de la décision des trois arbitres.

48. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) est d'accord avec le représentant italien. Sa délégation est favorable à la suppression du membre de phrase "ou déterminé en vertu de cette convention".

49. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que le texte devrait rester tel quel. Les mots "déterminés en vertu de cette convention" ont été inclus pour tenir compte de la situation courante où les parties préfèrent ne pas stipuler le lieu d'arbitrage dans le contrat. Cette attitude s'explique par plusieurs raisons. Dans certaines transactions, les parties estiment difficile de prédire la nature des litiges qui risquent de survenir et pensent que ce n'est qu'au vu des problèmes qu'elles pourront choisir le lieu d'arbitrage le plus approprié. Dans

d'autres cas, il se peut que le lieu d'arbitrage soit un sujet de discorde lors de la négociation du contrat et que les parties jugent opportun de différer la question jusqu'à ce qu'un litige survienne effectivement. C'est notamment pour ces raisons que les parties s'abstiennent souvent de désigner un lieu d'arbitrage dans leur convention mais stipulent que ce lieu sera déterminé ultérieurement selon les procédures prévues au contrat.

50. Le PRÉSIDENT demande si l'expression "déterminé en vertu de cette convention" couvrirait le cas où, comme certains orateurs l'ont affirmé, personne ne sait quelle sera la loi applicable avant que l'arbitre ait décidé de mener l'arbitrage en dehors des pays où les parties ont leur établissement.

51. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que ce serait précisément le cas. S'il était conseil d'une des parties, il préconiserait que le lieu d'arbitrage soit stipulé d'entrée de jeu; si les deux parties préfèrent différer ce choix, elles devraient être libres de le faire.

52. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) déclare que la définition du terme "international" est trop large car elle essaie d'associer deux critères, à savoir le lien de fond entre l'objet de l'arbitrage et le commerce international, d'une part, et le critère de procédure du lieu d'arbitrage. Si l'on adopte ce dernier critère, il est clair à la lecture de l'article premier pris en association avec l'article 28 qu'un différend portant sur un contrat de droit interne pour des marchandises nationales libellé en monnaie nationale pourrait, si les parties au différend en décidaient ainsi, être régi par une loi étrangère. Il ne devrait pas être possible à des parties de se soustraire aux lois de leur propre pays en requérant un arbitrage à l'étranger. L'autonomie des parties en ce qui concerne le lieu d'arbitrage est accepté en droit privé international lorsque le contrat présente un aspect international. Il est donc favorable à la suppression du lieu d'arbitrage en tant que critère d'internationalité.

53. M. SZASZ (Hongrie) déclare que d'une manière générale il est d'accord avec le texte sous sa forme actuelle mais il pense que le sous-alinéa *b* i pourrait rendre le champ d'application trop large. Ce qu'il faut savoir c'est si l'on désire rendre le champ d'application purement territorial ou si l'on désire une approche plus large. Si l'on veut que le champ d'application soit territorial, il est possible d'accepter le texte actuel, peut-être légèrement amendé. Si l'on adopte un concept plus large, alors le libellé actuel du texte présente des dangers.

54. M. ROEHRICH (France) déclare que sa délégation est favorable à l'approche large. Il y a deux principes importants dans l'arbitrage commercial international, à savoir accorder la plus grande autonomie possible aux parties et prévoir la "déterritorialisation" de la relation entre ces parties lorsqu'il y a litige, tout en conservant l'affaire dans un cadre raisonnable. A son avis, cela signifie que le lieu d'arbitrage a un rôle à jouer. En ce qui concerne la politique à suivre quant au champ d'application de l'internationalité, le problème clef a été soulevé par le représentant de la Bulgarie, à savoir faut-il inclure une disposition du genre de celle énoncée dans le texte actuel ou ne pas en inclure du tout ? La question de la suppression ou non des mots "ou déterminé en vertu de cette convention" n'a qu'une importance relativement mineure comparée au véritable problème qui est de savoir s'il faut tenir compte du lieu d'arbitrage pour déterminer si l'arbitrage est "international" ou non. A son avis, du moment que deux parties domiciliées dans un seul pays indiquent, même si cela n'est pas explicitement exprimé, qu'elles souhaitent un arbitrage dans un autre pays, ce fait indique que l'arbitrage a un caractère international. Quant à la question de savoir pourquoi ces parties pourraient désigner un pays tiers, l'orateur convient que cela pourrait parfois être en vue d'éviter l'application de règles obligatoires existant dans le pays où elles ont leur établissement. Cependant, même après le prononcé de la sentence arbitrale, celle-ci pourrait encore ne pas être exécutoire si elle est contraire à la loi du pays de domiciliation des parties concernées. Lorsque des pays conviennent qu'un arbitrage est international et que les parties désignent un autre pays comme lieu d'arbitrage ou s'en remettent à la décision de l'arbitre, il convient que ces options soient prévues dans la loi type. Il faut bien imposer certaines limites à l'autonomie des parties et la délégation française est donc favorable au texte actuel. La suppression des mots "ou déterminé en vertu de cette convention" réduit inutilement la liberté des parties du fait de la complexité de tels cas dans la pratique.

55. M. BONELL (Italie) dit qu'il faut distinguer clairement deux points : le premier est de savoir s'il faut ou non adopter le critère plus large du champ d'application ou convenir que le caractère international pourrait dépendre uniquement du fait que le lieu d'arbitrage est situé en dehors du pays où les deux parties ont leur établissement. Le deuxième problème, qui est indépendant du précédent, consiste à savoir si on s'accordera à reconnaître que le lieu d'arbitrage pertinent pourrait être déterminé à un stade ultérieur. M. Bonell ne comprend pas comment une telle disposition pourrait fonctionner dans la pratique en raison de l'incertitude quant au tribunal qui serait compétent pour trancher de nombreuses questions importantes, y compris la situation envisagée à l'article 8. Il insiste fermement pour que soient supprimés au moins les mots "ou déterminé en vertu de cette convention".

La séance est levée à 17 h 40.

307e séance

Mardi 4 juin 1985, à 9 h 30

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 9 h 35.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264).

1. M. MAGNUSSON (Suède) dit que le paragraphe 2 de l'article premier du projet de loi type (A/CN.9/246, annexe) répond à des préoccupations légitimes mais pourrait être amélioré afin d'éliminer les dispositions qui se chevauchent. Toutefois, le sous-alinéa *b* i doit rester inchangé car il vise des situations que l'on rencontre souvent dans la pratique. Bien qu'il soit fréquent qu'elles ne le fassent pas, il est préférable que les parties se mettent d'accord au préalable sur le lieu de l'arbitrage; si les arbitres choisissent ultérieurement un lieu d'arbitrage étranger, la loi type devrait s'appliquer. Si le lieu

de l'arbitrage n'est pas déterminé par les parties, la question de la loi applicable resterait en suspens et la loi interne s'appliquerait dans l'intervalle.

2. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) dit que le paragraphe 2 devrait rester inchangé. Le sous-alinéa 2 *b* i ne soulèvera pas de problème si l'on donne un champ d'application strictement territorial à la loi type.

3. M. SCHUETZ (Autriche) approuve également le texte actuel du paragraphe 2. En droit international privé, il n'est pas rare que des cas purement internes acquièrent un caractère international. La loi type devrait avoir un champ d'application aussi vaste que possible et s'appliquer également dans les cas où le lieu de l'arbitrage se trouve dans un pays étranger et est déterminé par les arbitres.

4. M. PELICHET (Observateur de la Conférence de La Haye de droit international privé) dit que les mots "ou déterminé en vertu de cette convention" peuvent soulever des problèmes dans la pratique. Or, l'objectif est d'obtenir une loi ayant un champ d'application étendu et de limiter la confusion. D'autres orateurs ont souligné les dangers inhérents au texte actuel, ce qui donne à penser que le maintien du sous-alinéa 2 *b* i pourrait coûter cher. En tout état de cause, les dispositions du projet rendent le lieu de l'arbitrage presque fictif étant donné que le tribunal peut se réunir où il le désire pour n'importe quel motif et qu'il n'est absolument pas tenu de se réunir au lieu de l'arbitrage. Le sous-alinéa *b* i s'en trouve considérablement affaibli de ce fait.

5. M. SAWADA (Japon) dit qu'il n'a aucune difficulté à accepter le texte mis au point par le groupe de travail. Toutefois, si celui-ci devait être modifié, il préférerait que le sous-alinéa 2 *b* ii soit supprimé étant donné que le cas visé est également traité à l'alinéa 2 *c*, et que le texte du sous-alinéa 2 *b* i soit remplacé par le texte suivant : "Le lieu de l'arbitrage choisi par les parties".

6. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit que les mots "ou déterminé en vertu de cette convention" devraient être supprimés en raison des difficultés qu'ils peuvent entraîner.

7. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit qu'il faut faire une distinction entre le champ d'application territorial de la loi type et le caractère international d'un arbitrage. La loi type n'a pas pour objectif de traiter tous les cas où un arbitrage est transféré d'un pays à un autre, mais seulement les cas ayant fait l'objet d'un tel transfert qui revêtent un caractère international; le sous-alinéa 2 *b* i répond à la question de savoir si les arbitres opérant dans le pays dans lequel un arbitrage international a été transféré appliqueront la loi d'arbitrage interne de ce pays ou la loi type régissant l'arbitrage international. En employant les mots "ou déterminé en vertu de cette convention", on reconnaît l'existence d'une incertitude à cet égard en raison des retards pouvant intervenir dans la fixation du lieu de l'arbitrage, mais cette incertitude existe dans la pratique et ne peut être éliminée par la loi type. La Commission rencontrera le même type d'incertitude à propos du champ d'application territorial de la loi type.

8. Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) dit que le paragraphe 2 ne peut manquer de créer une certaine incertitude. Les nombreux cas tombant sous le coup du sous-alinéa *a* ne poseront pas de problème, mais les sous-alinéas *b* et *c* peuvent soulever des difficultés. Quant au sous-alinéa *b* i, il ne soulèvera pas de problèmes plus importants que ceux inhérents aux autres dispositions. En principe, les arbitres pourront s'en accomoder, mais il serait préférable que les mots "ou déterminé en vertu de cette convention" soient supprimés car ils imposent une lourde responsabilité aux arbitres initiaux.

9. M. GRIFFITH (Australie) est également d'avis que les mots "ou déterminé en vertu de cette convention" créent une incertitude et devraient être supprimés.

10. M. SAMI (Iraq) déclare que pour déterminer si un arbitrage est international, il peut accepter le critère de l'établissement des parties et le critère du lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations. Le lieu de l'arbitrage, en revanche, n'est pas un élément indispensable dans un contrat et ne devrait pas être un critère essentiel pour déterminer le caractère international. Pour ce qui est de la suppression des mots "ou déterminé en vertu de cette convention", on ne doit pas oublier qu'il peut être impossible de déterminer à l'avance le lieu de l'arbitrage. De plus, en retenant le lieu de l'arbitrage comme critère principal pour déterminer le caractère international, on risque d'aboutir à une situation dans laquelle des parties de même nationalité pourraient choisir l'internationalité afin de se soustraire aux dispositions impératives de leur loi nationale. Pour importante que soit la liberté de décision dans le processus d'arbitrage, une telle situation est inacceptable; si elle se produisait, le pays auquel les parties appartiennent risquerait de ne pas pouvoir rendre exécutoire la sentence rendue à l'étranger. La meilleure solution serait de supprimer complètement l'alinéa *b* du paragraphe 2. Si l'on veut que la loi type soit acceptable pour tous les pays, il ne faut pas qu'elle soit en contradiction avec la législation ou la souveraineté de ces pays.

11. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) souligne que, le texte étant destiné à devenir une loi type et non une convention, ce sera à chaque Etat qui adoptera la loi type de décider s'il maintient ou non les alinéas *b* ou *c*. La loi type devrait néanmoins comporter une clause stipulant qu'elle ne s'applique pas aux différends commerciaux internationaux dans les cas où une autre disposition de la législation nationale applicable empêche que ces différends ne soient soumis à un arbitrage ou en confie le règlement exclusif à un organe judiciaire ou autre déterminé. La question se pose également à propos d'autres dispositions apparaissant plus loin dans le texte.

12. M. SEKHON (Inde) formule des réserves au sujet du manque de précision de l'alinéa *c*, qui sert à couvrir les cas résiduels. En outre, il devient inapplicable si on le rapproche de la référence qui est faite, dans la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 7, à une convention séparée car on ne peut dire qu'une telle convention intéresse plus d'un Etat.

13. Pour M. HERRMANN (Service du droit commercial international), l'intention des parties, quant à l'objet de l'accord d'arbitrage, devrait ressortir clairement dudit accord, que celui-ci soit distinct du contrat ou fasse l'objet d'une clause compromissoire dans le contrat lui-même. Le Groupe de travail a voulu dire que l'objet d'un accord d'arbitrage, que celui-ci prenne l'une ou l'autre forme, devait désigner le domaine dans lequel un différend risque de se produire, qui sera alors réglé par voie d'arbitrage.

14. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) estime qu'il semblerait, d'après ce qu'a dit l'orateur qui l'a précédé, que le mot "objet", employé à l'alinéa *c*, a plus d'un sens. Il demande si l'objet d'une convention d'arbitrage est l'obligation donnant lieu à un différend ou les biens ou services qui font l'objet du contrat. Cette considération a des incidences sur le caractère international de l'arbitrage. Les mots "lié à plus d'un Etat", qui figurent à l'alinéa *c* doivent être lus en liaison avec le sous-alinéa 2 de l'alinéa *b*, qui fait référence à tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des

obligations. Autrement dit, l'alinéa *c* ne concerne pas le lieu où l'obligation doit être exécutée. Dans ces conditions, quelle est sa signification ?

15. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) explique que le commentaire analytique (A/CN.9/264) ne comprend pas d'exemple pour l'alinéa *c* car on avait jugé que la plupart des cas relèveraient d'autres alinéas. Le libellé de l'alinéa *c* a été proposé par l'observateur de la Chambre de commerce internationale afin d'élargir le champ de l'article premier, paragraphe 2.

16. M. SZASZ (Hongrie) affirme que l'alinéa *c* du paragraphe 2 a une portée pratiquement illimitée, même si son libellé est peut-être assez vague. Pratiquement, tous les cas pratiques sont couverts par le sous-alinéa 2 *b* ii, mais si la Commission tient à ce que le paragraphe 2 ait un champ réellement vaste, il lui faudra rédiger l'alinéa *c* de manière plus précise. La délégation hongroise, quant à elle, propose de supprimer cet alinéa, car il traite implicitement de questions qui ne sont pas du ressort de la Commission tels que les droits des sociétés multinationales dans les pays hôtes.

17. M. ROEHRICH (France) fait observer que l'alinéa *b* ii du paragraphe 2 fait référence à des "obligations issues de la relation commerciale" alors que l'alinéa *c* du paragraphe 2 parle de "l'objet de la convention d'arbitrage"; il serait plus logique dans ce dernier cas de parler de "l'objet du différend". Les deux alinéas ne font pas double emploi. Si l'on conserve l'alinéa *c*, il faudra le rédiger de manière plus précise.

18. M. HOLZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit qu'une société qui exécute un contrat dans un pays autre que le sien s'acquitte en fait d'un contrat de caractère international, qu'elle le fasse par l'intermédiaire d'une succursale ou d'une personne morale constituée selon le droit du pays hôte. C'est ce type de cas que l'alinéa *c* du paragraphe 2 vise à couvrir. C'est donc une clause nécessaire. Pour faire ressortir cette intention, on pourrait compléter l'alinéa *c* pour préciser que, si les parties ont indiqué dans le contrat que celui-ci porte sur des activités dans plus d'un Etat, elles ne pourront ensuite réfuter le caractère international de ce contrat. Par ailleurs, le Gouvernement américain a proposé dans ses observations écrites (A/CN.9/263, p. 13, par. 25) un amendement à l'alinéa *c* pour préciser que l'expression "lié à plus d'un Etat" ne vise pas seulement l'Etat lui-même, c'est-à-dire les activités de la puissance publique, mais plutôt les activités à l'intérieur d'un Etat. A cet effet, M. Holtzmann propose de libeller cette disposition comme suit : "l'objet de la convention d'arbitrage est lié à des activités commerciales dans plus d'un Etat".

19. Mme VILUS (Yougoslavie) estime que les dispositions des alinéas *b* ii et *c* du paragraphe 2 sont trop larges et trop vagues. Si les amendements proposés par le représentant des Etats-Unis peuvent dans une certaine mesure résoudre la situation, sa délégation préférerait que l'alinéa *c* du paragraphe 2 soit entièrement supprimé.

20. M. TANG Houzhi (Chine) est également d'avis de supprimer l'alinéa *c* du paragraphe 2.

21. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) estime que l'alinéa *b* du paragraphe 2 couvre de manière suffisante l'ensemble de la question. L'alinéa *c* du paragraphe 2 ne saurait que prêter à confusion et devrait être supprimé.

22. M. BONELL (Italie) déclare que sa délégation a proposé de supprimer les mots "ou déterminé en vertu de cette convention" à l'alinéa *b* i du paragraphe 2. S'ils ne le sont pas, il convient de supprimer l'alinéa *c*. Il est important que la loi type fasse clairement apparaître qu'un arbitrage ne saurait être considéré comme étant international uniquement parce que l'une des parties est entièrement ou partiellement la propriété d'une société étrangère.

23. M. KNOEPFLER (Observateur de la Suisse) dit que l'alinéa *c* devrait être conservé car il établit de manière claire que le paragraphe 2 doit être interprété au sens le plus large possible.

24. M. MAGNUSSON (Suède) estime lui aussi que l'alinéa *c* devrait être conservé. La notion d'internationalité devrait être interprétée au sens le plus large possible, et pour ce faire, il convient d'affiner la rédaction de l'alinéa. La délégation suédoise estime qu'il pourrait être inspiré de la proposition des Etats-Unis.

25. M. GOH (Singapour) dit que l'alinéa *c* devrait être supprimé.

26. Mme OLIVEROS (Observatrice de l'Argentine) pense que la formule "est lié à plus d'un Etat" est trop imprécise pour être utile; par ailleurs, elle estime qu'en vertu de cet alinéa les affaires nationales risqueraient de ne pas pouvoir être traitées dans un cadre international.

27. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) propose qu'une phrase soit insérée au sous-alinéa ii de l'alinéa *b* du paragraphe 2 stipulant que si, les parties sont convenues que l'objet du litige est de nature internationale, elles ne pourront plus en disconvenir ultérieurement. L'alinéa *c* pourrait alors être supprimé.

28. M. TORNARITIS (Chypre) dit que le projet de texte a été élaboré par des experts et ne devrait être modifié que s'il contient des erreurs patentes ou des ambiguïtés. Le représentant des Etats-Unis a exposé clairement les raisons qui justifient la présence de l'alinéa *c*.

29. M. PAES de BARROS LEAES (Brésil) dit que le critère d'internationalité est défini de manière suffisamment précise aux alinéas *a* et *b* et que l'alinéa *c* devrait par conséquent être supprimé.

30. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) dit que sa délégation retire les observations qu'elle a faites par écrit sur cette question et recommande l'élimination de l'alinéa *c*.

31. M. GRIFFITH (Australie) dit que dans sa forme actuelle l'alinéa *c* devrait être remplacé par une clause d'option positive stipulant qu'une convention d'arbitrage est internationale si les parties en conviennent ainsi. Une telle clause leur laisserait la liberté de choix souhaitée. Cette proposition diffère de celle faite par l'observateur de la Finlande car elle rend plus clairs les effets de la convention d'arbitrage ainsi définie.

32. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) estime, comme d'autres orateurs, que l'alinéa *c* est vague. Il importe que la loi type soit dépourvue de toute ambiguïté et qu'elle contienne une déclaration expresse concernant l'arbitrabilité des litiges. La délégation soviétique propose qu'un nouvel alinéa soit inséré entre les actuels paragraphes 2 et 3 stipulant que la loi type n'a pas d'incidence sur la législation d'un Etat en vertu de laquelle le différend a été soumis à la compétence exclusive d'autorités judiciaires, administratives ou autres, ou bien stipulant qu'elle n'a pas d'incidence sur la législation d'un Etat en vertu de laquelle le différend ne peut pas être réglé par arbitrage. Des dispositions de ce type figurent dans de nombreux instruments internationaux.

33. M. GRIFFITH (Australie) appuie la proposition de l'Union soviétique et dit qu'elle serait un contrepoids utile à la clause d'option positive que sa délégation a proposée en remplacement de l'alinéa *c*.

34. Le PRÉSIDENT demande à la Commission si elle souhaite que l'article premier contienne une disposition du type de celle proposée par le représentant de l'Union soviétique.

35. *Il en est ainsi décidé.*

36. M. ILLESCAS (Espagne) dit que l'alinéa *c* contient une disposition de caractère général en vertu de laquelle tous les facteurs d'internationalité pourraient être pris en considération lorsqu'il s'agit de déterminer l'application de la loi type à un différend. Par conséquent, cette disposition rend le reste du paragraphe superflu. Une fois que le facteur d'internationalité a été établi, il ne semble pas nécessaire de faire état du lieu où les parties ont leur établissement ou du lieu d'exécution des obligations. La délégation espagnole aimerait que la rédaction du paragraphe 2 s'inspire des propositions faites par l'Australie et la Finlande. Si les parties à un différend choisissent un lieu d'arbitrage autre que le lieu de leur résidence, elles affirment ainsi leur volonté de soumettre le différend à l'arbitrage commercial international dans le cadre de la loi type.

37. Le PRÉSIDENT dit qu'il y a une différence entre le sous-alinéa i de l'alinéa *b* du paragraphe 2 et la clause d'option positive proposée. En vertu de cet alinéa, les parties n'auraient pas à prendre de décision sur la loi de procédure applicable mais se contenteraient de déclarer que l'arbitrage se tiendra à l'étranger; en revanche, selon la clause d'option positive, les parties pourraient fixer un lieu d'arbitrage dans leur Etat et choisir néanmoins la loi applicable à l'arbitrage international.

38. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) souscrit pleinement aux vues exprimées par l'Union soviétique. Il est en faveur du remplacement de l'alinéa *c* du paragraphe 2 par une clause d'option positive du type de celle proposée par la délégation australienne. Une disposition du type de celle proposée par l'Union soviétique constituerait une garantie fondamentale au cas où une clause d'option positive était incorporée au texte.

39. M. MAGNUSSON (Suède) dit que sa préférence va à une disposition du type de l'alinéa *c* mais que, puisqu'il est difficile de remanier l'alinéa pour en évacuer les faiblesses, il n'insistera pas pour qu'il soit conservé. La délégation suédoise souhaite elle aussi donner aux parties à un différend la liberté de déterminer si ce différend est international ou non. Elle pourrait accepter la proposition de l'observateur de la Finlande mais préférerait celle du représentant de l'Australie. La délégation suédoise n'est pas opposée à l'ajout proposé par l'Union soviétique.

40. M. BARRERA GRAF (Mexique) appuie la proposition soumise par le représentant de la Finlande. L'alinéa *c* du paragraphe 2 tel qu'il est rédigé a une portée trop étendue. Comme le représentant de l'Espagne, il estime donc que l'alinéa *b* du même paragraphe 2 est superflu. La loi type devrait comprendre une disposition laissant les parties décider du caractère international d'un différend; cette disposition pourrait figurer à l'alinéa *a* du paragraphe 2 ou dans un alinéa distinct entre les alinéas *a* et *b* de ce paragraphe. Il réserve sa position quant à la manière précise dont on pourrait donner effet à la proposition de l'Union soviétique.

41. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) pourrait soutenir soit la proposition de la Finlande, soit celle de l'Australie. S'agissant de la proposition de l'Union soviétique, il préférerait la deuxième version.

42. M. ROEHRICH (France) pense que la proposition de l'Union soviétique devrait constituer une disposition générale dans le cadre de la loi type. Il ne s'oppose pas à l'idée d'une option positive (*opting-in*) suggérée par le représentant de l'Australie mais il craint que cette proposition ne permette à deux parties qui ont l'une et l'autre des établissements dans un pays donné de convenir d'appliquer le droit international même si leurs transactions ne portent pas sur un objet de caractère international.

43. M. SAZSZ (Hongrie) est très favorable à l'idée d'une disposition relative à l'arbitrabilité tel que l'a proposée le représentant de l'Union soviétique. Comme le représentant de la France, il craint les effets d'une clause d'option positive. Les Etats font une distinction entre l'arbitrage étranger et l'arbitrage interne ou ils ne la font pas. Cependant, si la majorité de la Commission est favorable à la proposition, il ne maintiendra pas son objection.

44. M. SAWADA (Japon) considère que l'on peut améliorer l'alinéa *c* du paragraphe 2 mais sa délégation exprime certaines réserves quant à l'opportunité d'autoriser les parties à décider de ce qui est international.

45. Le PRÉSIDENT observe que le paragraphe proposé par le représentant de l'Union soviétique pourrait limiter l'effet de la clause d'option positive.

46. M. HJERNER (Observateur, Chambre de commerce internationale) demande si l'Union soviétique soumettra sa proposition par écrit car les incidences en sont importantes.

47. M. LAVINA (Philippines) appuie cette demande.

48. Le PRÉSIDENT estime que le représentant de l'Union soviétique a exposé sa proposition avec suffisamment de clarté pour qu'elle puisse être examinée en premier lieu par un comité de rédaction.

49. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) dit que sa délégation appuie fermement la proposition de l'Union soviétique.

50. Dans le texte anglais, le mot "otherwise" rend l'alinéa *c* du paragraphe 2 ambigu. Cet alinéa devrait être supprimé à moins que l'on ne le rédige d'une manière différente pour indiquer clairement que l'objet de la convention d'arbitrage doit être lié directement ou indirectement à plus d'un Etat.

51. Le PRÉSIDENT considère que la Commission semble favorable au remplacement de l'alinéa *c* du paragraphe 2 par un texte contenant une clause d'option positive. Elle a déjà accepté qu'un paragraphe sur l'arbitrabilité, fondé sur la proposition de l'Union soviétique, soit ajouté à l'article premier. Il suggère de confier la mise au point de ce paragraphe à un comité 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.

52. *Il en est ainsi décidé.*

Article premier, paragraphe 3

53. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) pense que la loi type devrait contenir une disposition générale

sur la résidence, ce qui serait important dans les cas où une partie n'est pas une entreprise commerciale.

54. M. SEKHON (Inde) dit que les mots "à prendre en considération", à la deuxième ligne du paragraphe, sont redondants eu égard à l'expression "Aux fins du paragraphe 2 du présent article," et à l'article défini qui précède le terme "établissement". Il faut donc les supprimer.

55. Le PRÉSIDENT suggère que le paragraphe 3 de l'article premier soit remanié en conséquence par le Comité de rédaction qui vient d'être créé.

56. *Il en est ainsi décidé.*

57. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) rappelle que son gouvernement a soumis une proposition écrite mentionnée dans le document A/CN.9/263 (p. 10, par. 3), selon laquelle le principe de *lex specialis* devrait être énoncé dans la loi type. Il demande si le Comité de rédaction pourrait examiner cette question en même temps que la proposition de l'Union soviétique.

58. *Il en est ainsi décidé.*

Article 2. Définitions et règles d'interprétation

59. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner les définitions et règles d'interprétation.

60. M. STROHBACH (République démocratique allemande) propose d'ajouter à l'alinéa *a* les mots "*ad hoc* ou appartenant à une institution d'arbitrage".

61. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) rappelle que le paragraphe de l'article 7 contient l'expression "que l'organisation en soit ou non confiée à une institution permanente d'arbitrage" qui apporte la précision que le représentant de la République démocratique allemande veut ajouter à l'alinéa *a*. Il propose que pour tenir compte de la suggestion de la République démocratique allemande, la Commission reprenne le libellé du paragraphe 1 de l'article 7 ou simplement qu'elle y fasse référence.

62. M. STROHBACH (République démocratique allemande) pense que cette précision devrait figurer expressément dans les définitions.

63. *Il en est ainsi décidé.*

64. M. PELICHET (Observateur, Conférence de La Haye de droit international privé) dit que son organisation avait présenté une observation écrite au sujet de l'alinéa *c* selon laquelle le texte de l'alinéa n'était pas compatible avec celui de l'article 28 relatif aux règles applicables au fond du différend. Il se réserve le droit de revenir sur cette question lors de l'examen de l'article 28 et souligne que cela pourrait entraîner une nouvelle rédaction de l'alinéa *c*.

65. Mme RATIB (Egypte) considère que l'article 2 devrait contenir une référence générale à la sentence arbitrale.

66. M. RUZICKA (Tchécoslovaquie) rappelle la proposition écrite soumise par son gouvernement au sujet de l'alinéa *c* et qui figure dans le document A/CN.9/263 (p. 16, par. 4); il suggère que le texte en soit ajouté à la fin de l'alinéa en sorte que l'envoi par lettre recommandée suffise pour que la procédure d'arbitrage puisse s'engager.

67. M. GRIFFITH (Australie) éprouve quelques doutes au sujet de l'alinéa *e* après avoir pris connaisance des observations écrites de la Norvège à ce sujet (A/CN.9/263, p. 16, par. 6). Il suggère que l'alinéa contienne une disposition selon laquelle une annonce serait publiée si aucune adresse n'était trouvée après une enquête raisonnable et de stipuler que les communications seraient réputées reçues au jour où elles ont été remises. Il appelle aussi l'attention sur la proposition écrite de la Norvège, selon laquelle le droit de recours ou d'appel serait prévu dans la loi type pour une partie à un arbitrage qui, sans qu'il y ait faute de sa part, n'a pas reçu la communication.

La séance est levée à 12 h 35.

308e séance

Mardi 4 juin 1985, à 14 h 30

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 14 h 35.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264)

Article 2. Définitions et règles d'interprétation (suite)

1. M. GRIFFITH (Australie) estime que l'alinéa *e* devrait peut-être prévoir un autre type de signification lorsqu'il est sûr que le destinataire ne se trouve pas à son dernier établissement ou à sa résidence habituelle. Toutefois, après réflexion, il estime qu'il vaut mieux soulever ce point à propos du paragraphe 4 de l'article 11.

2. M. STROHBACH (République démocratique allemande) souscrit à la proposition tchèque selon laquelle l'alinéa *e* devrait mentionner que la communication écrite peut être faite par lettre recommandée. En outre, on ne sait pas bien qui est censé connaître l'établissement, la résidence habituelle ou l'adresse postale du destinataire : est-ce l'autre partie ou l'arbitre ? Si c'est l'arbitre, est-ce à lui de prendre contact avec la police, de consulter le registre du commerce ou quelque autre instance ? A son avis, il est entendu qu'il s'agit de la dernière adresse dont l'autre partie a connaissance. En ce cas, il faut l'indiquer clairement à l'alinéa *e*.

3. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) convient qu'il faut éclaircir quelque peu l'énoncé de l'alinéa *e*. En particulier, l'expression "après une enquête raisonnable" lui paraît inappropriée. Il suggère une expression du type "après avoir prouvé qu'une enquête raisonnable a été effectuée" pour que, si le destinataire fait appel, il puisse être démontré qu'on a vraiment essayé de le contacter.

4. Le PRÉSIDENT n'estime pas qu'il soit indispensable, dans une loi type sur l'arbitrage, d'entrer dans les détails de la notification, car c'est là un sujet qui entre plutôt dans le cadre

de la procédure civile. Si l'on veut élargir le champ de l'alinéa *e*, il vaudrait peut-être mieux le transformer en un article distinct sur la notification.

5. Selon M. STALEV (Observateur de la Bulgarie), il s'agit là d'une question importante parce qu'elle touche de près au droit des parties à être entendues. Il appuie donc fortement les propositions visant à garantir que le destinaire recevra réellement la communication. Comme le Président, il est en faveur d'un article distinct sur la notification.

6. M. ROEHRICH (France) fait observer qu'une loi type doit traiter des principes fondamentaux. Elle ne doit pas être trop détaillée, car elle pourrait se heurter aux règles de procédure des législations nationales. L'essentiel, c'est que des tentatives raisonnables soient faites pour informer le destinataire afin que celui-ci puisse faire valoir ses droits. Un certain nombre de conventions internationales contiennent des formules dans ce sens. Il sera difficile d'aller plus loin et de s'accorder sur des règles précises.

7. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) souscrit aux observations du représentant de la France.

8. M. SAMI (Iraq) est d'avis que la procédure mentionnée à l'alinéa *e* peut avoir des conséquences juridiques importantes car les différends commerciaux soumis à des arbitrages internationaux mettent souvent en jeu des sommes d'argent considérables. Il est donc difficile d'accepter le texte en son état actuel; en effet, le simple envoi d'une communication est insuffisant. Cette communication doit être envoyée par lettre recommandée et un certain délai doit s'écouler avant que le destinataire puisse être réputé l'avoir reçue.

9. M. SCHUETZ (Autriche) approuve les idées exprimées par le représentant de la France. Le texte actuel tient compte des intérêts des deux parties et ne porte pas préjudice au destinataire.

10. M. BARRERA GRAF (Mexique) suggère que l'article 2 contienne la définition de la convention d'arbitrage qui figure actuellement au paragraphe 1 de l'article 7. Il faut également inclure à l'article 2 une définition quelconque de la notion de "sentence", qui apparaît au paragraphe 3 de l'article 16 et au paragraphe 1 de l'article 34.

11. Pour Mme OLIVEROS (Argentine), il n'est pas nécessaire d'entrer dans les détails pour ce qui est de la notification dans le cadre de la loi type. La plupart des systèmes juridiques, qu'ils soient de *common law* ou de tradition romaine, comportent des dispositions satisfaisantes à cet égard. Toutefois, comme le représentant du Mexique, elle est favorable à l'introduction d'une définition de la "sentence" à l'article 2.

12. Le PRÉSIDENT dit que l'alinéa *e* devra réaliser un équilibre entre les intérêts de la partie expéditrice et ceux de la partie destinataire et que, par ailleurs, le texte devra être pondéré pour n'être ni trop précis ni trop concis. Il suggère en conséquence que soit constitué pour remanier l'alinéa *e* un petit groupe de rédaction qui comprendrait les représentants de la France, de l'Iraq, du Mexique et de la Tchécoslovaquie.

13. Il a par ailleurs été proposé d'ajouter deux autres définitions à l'article 2. Des définitions des termes en cause figurent effectivement dans la Convention de Genève de 1961 mais elles paraissent aujourd'hui quelque peu étranges.

14. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) rappelle que, lorsque le Groupe de travail a examiné le paragraphe 1 de l'article 7, il était saisi de deux projets, l'un rédigé sous forme de définition, qui est devenu le texte actuel, et l'autre plus proche du paragraphe 1 de l'article II de la Convention de New York de 1958. Il y a certains avantages à maintenir le paragraphe 1 de l'article 7 sous sa forme actuelle. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 de l'article 7, et du paragraphe 1 de l'article 8 suivraient le même ordre que les dispositions correspondantes de la Convention de New York.

15. M. TORNARITIS (Chypre) demande si l'on entend que les Etats adoptent la loi type telle quelle, ou qu'ils l'adaptent à leurs systèmes juridiques internes. Il fait observer que, dans un texte juridique, les définitions donnent habituellement le sens précis qui doit être attribué à tel ou tel mot aux fins du texte, qui diffère du sens courant. Quant à l'alinéa *e* de l'article 2, il devrait constituer un article distinct puisqu'il ne s'agit pas d'une définition.

16. Le PRÉSIDENT relève que la loi type sera employée en fonction des besoins du pays intéressé. Les Etats dépourvus de réglementation sur l'arbitrage international pourraient adopter la loi type telle quelle; les autres l'adapteraient à leur ordre juridique général. L'article 2 pose des définitions aux alinéas *a* et *b*, et des règles d'interprétation aux alinéas suivants. La proposition visant à inclure une définition de la notion de convention d'arbitrage à l'article 2 ne recueille apparemment que peu de suffrages. Quant à la définition du terme "sentence", le Président pense qu'elle serait utile, mais doute de sa commodité vu l'éventail de notions recouvertes par ce terme.

17. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que le Groupe de travail a, à plusieurs reprises, tenté de définir le concept de sentence arbitrale sans toutefois obtenir de résultats satisfaisants. A ce propos, il donne lecture de la définition figurant dans le rapport du Groupe de travail sur sa septième session (A/CN.9/246, par. 192 et 193). Personnellement, il serait enclin à mettre en garde contre l'inclusion d'une définition en tant que telle, qui viserait tous les cas où le terme est employé dans la loi type. La seule question qui doit être régie est celle de savoir quelles décisions pourront être annulées en application de l'article 34. Suivant l'exemple de la Convention de New York de 1958, qui elle non plus ne définit pas la notion de sentence arbitrale, il n'y aurait pas lieu de tenter d'en donner une définition aux fins des articles 35 et 36. La définition du type de décision susceptible d'être annulée en vertu de l'article 34 pourrait être "toute décision réglant une question de fond". Une décision portant strictement sur un point de procédure, y compris sur la compétence du tribunal arbitral, ne relèverait pas de l'article 34. Toutefois, on verra que, pour les questions de procédure où l'assistance ou le contrôle d'un tribunal sont jugés utiles — comme aux articles 11, 13 et 14 —, la loi type prévoit une intervention judiciaire particulière qui porte, à la différence de celle visée à l'article 34, sur leur objet même, à savoir la nomination de l'arbitre, les motifs de récusation ou la carence de l'arbitre justifiant la cessation de son mandat. Reste le problème du paragraphe 3 de l'article 16. On examinera probablement l'opportunité de maintenir le texte dans sa version actuelle, qui prévoit que le contrôle judiciaire de la décision du tribunal arbitral par laquelle il se déclare compétent ne peut prendre la forme que d'une action en annulation de la sentence arbitrale, l'intention étant que ce recours soit joint à la procédure prévue au paragraphe 2 de l'article 34.

18. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) signale qu'en espagnol on entend par "tribunal" un tribunal ordinaire alors qu'un tribunal arbitral s'appelle "corte". De même, plusieurs termes désignent une sentence, notamment "auto" qui s'applique à une décision qui n'a pas réglé une question de fond.

19. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit que si l'on supprime les définitions, il faut éliminer les incohérences de

terminologie apparaissant dans le projet. Par exemple, on trouve au paragraphe 3 de l'article 16 le terme "statuer" ("rule"), au paragraphe 1 de l'article 20 "fixé" ("determine") et aux articles 24 (par. 1) et 25 "décidé" ("decision"). Il importe de revoir tout le texte pour déterminer où — le cas échéant — les différences de formulation sont nécessaires pour indiquer des différences de concept. En outre, le terme "sentence définitive" ("final award"), employé dans l'article 32, n'est défini nulle part. C'est à l'article 34 que ce terme est le plus explicité. Mais il faudrait se préoccuper du sens qu'il a à l'article 31. Une décision de procédure doit-elle avoir la forme d'une sentence ? Doit-elle être motivée et rendue par écrit ? Autre point : l'article 33 s'applique-t-il aux sentences autres que la sentence définitive, objet de l'article 36 ? La question des sentences provisoires n'est également pas résolue. Il existe une certain confusion due au fait que ce terme a deux connotations. Selon la première, il s'agit d'une sentence prononcée avant la sentence définitive et concernant, par exemple, la procédure et non le fond. Selon la seconde, il s'agit d'une sentence portant sur le fond, mais n'en traitant qu'une partie. La pratique en est courante en arbitrage international, surtout dans des cas où il faut d'abord se prononcer sur la responsabilité avant de passer à l'évaluation des dommages-intérêts. Si la décision est négative, il se peut fort bien que la sentence provisoire soit la seule sentence prononcée. Est-elle alors régie par l'article 34 ? Cette question doit être tranchée, mais peut-être vaudrait-il mieux l'aborder au moment où l'on examinera l'article 34.

20. M. BONELL (Italie) rappelle à la Commission les difficultés auxquelles s'est heurté le Groupe de travail lorsqu'il a cherché à définir le terme "sentence arbitrale". Il approuve la proposition selon laquelle il ne devrait pas y avoir de définition générale initiale. Une décision sur ce point pourra être prise lorsque la nécessité d'une définition précise apparaîtra dans le texte.

21. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique), se référant au paragraphe 1 de l'article 32, dit qu'il conviendrait d'examiner la question des différents types de sentences prononcées en dehors des sentences définitives. Peut-être faudrait-il faire une distinction entre les sentences interlocutoires, par lesquelles le tribunal statue sur des questions préalables comme la compétence ou l'établissement de la responsabilité, et les sentences partielles accordant des dommages-intérêts pour une partie de la demande et laissant d'autres points en suspens. Par "sentence provisoire" on entend une sentence rendue sur des questions comme des mesures provisoires ou conservatoires. Tous ces termes figurent à l'article 32 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

22. Mme RATIB (Egypte) estime que la Commission devrait vraiment spécifier à l'article 34 les types de sentences pouvant être annulés.

23. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) dit que la raison d'être d'une définition du terme "sentence" serait de faciliter l'identification de mesures pouvant faire l'objet d'une révision ou d'une exécution. La démarche suggérée par le secrétariat est cependant plus constructive. Si l'on ne définissait pas le terme "sentence", on n'aurait pas besoin de préciser ce que l'on entend par sentences interlocutoires, partielles et autres.

24. M. SEKHON (Inde) estime qu'il n'y a pas lieu de définir le terme "sentence".

25. Le PRÉSIDENT dit que l'alinéa *e* de l'article 2 serait re-rédigé par le groupe de rédaction restreint dont il a proposé auparavant la constitution. Le débat sur l'article 2 est terminé pour le moment, mais l'on pourrait toujours apporter des additions à cet article s'il s'avérait nécessaire, au cours des délibérations, de préciser la terminologie au moyen de définitions. S'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission convient d'adopter ce qui a été suggéré au sujet de l'article 2.

26. *Il en est ainsi décidé.*

Article 4. Renonciation au droit de faire objection

27. M. SEKHON (Inde) désire faire deux remarques. Premièrement, l'article 4 supprime un droit important. Deuxièmement, les expressions "eût dû savoir" ("ought to have known") et "promptement" ("without delay") sont trop vagues et de nature à susciter des controverses. Il propose de compléter la première en ajoutant le membre de phrase "en faisant preuve d'une diligence raisonnable" ("by use of ordinary diligence") et de remplacer la seconde par l'indication d'un délai.

28. M. SAMI (Iraq) dit que l'article 4 est ambigu et de nature à soulever un certain nombre de difficultés. En Iraq, par exemple, les questions de fond afférentes à des conventions d'arbitrage peuvent toujours donner lieu à objections, sans que soit fixé aucun délai. En matière d'arbitrage, où il s'agit de régler un différend à l'amiable, il faut garantir la liberté des parties et ne pas introduire de différences tenant au fait que l'une ou l'autre partie ne serait pas au fait de la législation, de la convention d'arbitrage ou d'autres questions. Lorsque les parties décident de recourir à l'arbitrage conformément à la convention d'arbitrage, elles ne sauraient prendre en considération des éléments impondérables futurs et ne peuvent donc fixer des délais. Quant à l'expression "promptement" ("without delay"), elle est trop vague. Faire intervenir la notion de diligence et fixer un délai laisserait quand même toute latitude aux parties. Pour ces raisons, parmi d'autres, la délégation iraquienne propose que l'on supprime l'article 4.

29. M. HJERNER (Observateur, Chambre de commerce internationale) dit qu'un article de ce type est utile. Les parties qui veulent faire objection devraient le faire en temps opportun. La portée de l'article est cependant trop large, et le concept de présomption de connaissance qu'expriment les termes "eût dû savoir" ("ought to have known") va trop loin. Appliquer cette règle à des dispositions non impératives est trop strict. A l'égard de dispositions impératives, cela n'est pas bien fondé, car une partie désireuse de faire objection devrait le faire au début de la procédure.

30. M. ROEHRICH (France) dit que l'article 4 tel qu'il est rédigé ne pourrait pas être repris dans certaines législations nationales. Nombre de systèmes judiciaires contiennent des dispositions portant sur la question, aussi suffirait-il peut-être d'indiquer qu'il conviendrait de recourir en la matière aux procédures civiles existantes. Peut-être serait-il possible d'identifier les articles à l'égard desquels on pourrait exercer le droit de faire objection, et d'y définir la procédure à suivre.

31. M. MATHANJUKI (Kenya) dit que sa délégation formule des réserves au sujet de l'article 4, en particulier du fait que l'envoi et la réception des communications dont il est question à l'article 2 peuvent modifier la connaissance qu'une partie a de la question. Il semble ne pas y avoir dans la loi type de dispositions concernant les cas où un tribunal pourrait rouvrir tout ou partie de questions réglées par le tribunal arbitral, dispositions qui pourraient être soumises à celles de l'article 4. Compte tenu de ces considérations, la délégation kényenne émet des réserves au sujet de l'article 4 et ne peut l'accepter tel quel.

32. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) estime qu'une renonciation générale serait utile. Une partie ne peut attendre, pour faire objection, que l'on en soit à une étape ultérieure, par exemple après la sentence.

33. M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) se déclare favorable à l'inclusion d'une disposition de caractère général, étant donné qu'il est difficile de prévoir et de définir tous les cas dans la loi type. Quoique le mot "promptement" soit vague, il serait difficile de fixer d'avance un délai; la question pourrait être tranchée dans chaque cas par le tribunal arbitral ou par le tribunal. Selon M. Hoellering, la disposition générale ne devrait s'appliquer qu'aux dispositions non impératives; elle pourrait autrement être trop sévère. Les mots "sache ou eût dû savoir" doivent être conservés et l'adjonction d'une expression telle que "en faisant preuve d'une diligence raisonnable" pourrait être utile. De l'avis de M. Hoellering, la renonciation exerce également ses effets durant les procédures juridiques ultérieures.

34. Selon M. BONELL (Italie), le principe fondamental de l'article 4 est inattaquable; il s'agit en effet d'un principe général bien connu en matière de droit. M. Bonell n'est cependant pas certain de l'utilité de la disposition puisque le projet de loi type prévoit déjà plusieurs exceptions, par exemple le paragraphe 2 de l'article 16. Il se peut que les règles de procédure nationales prévoient encore d'autres exceptions. M. Bonell suggère que la Commission adopte une approche fonctionnelle et considère séparément chaque cas où un défaut d'objection pourrait empêcher une partie de faire objection à un stade ultérieur.

35. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) est en principe favorable à l'article 4, moyennant quelques corrections d'importance mineure, puisque le principe fondamental sur lequel il se fonde est déjà contenu dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Les relations commerciales internationales demandent bonne foi, ponctualité et stabilité.

36. Mme RATIB (Egypte) approuve le fond et la forme de l'article. Le texte corrige la sévérité de la présomption qu'il établit, laissant aux juges la latitude d'apprécier les éléments la composant.

37. M. BROCHES (Observateur, Conseil international d'arbitrage commercial) déclare que l'on trouve le même principe dans l'article 30 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI; ce principe est en outre très répandu dans les législations nationales et il y aurait intérêt à parvenir à une uniformité en retenant l'article 4, solution que M. Broches appuie sans réserve.

38. Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) estime que le principe théorique qui sous-tend l'article 4 est un aspect du consentement. L'article prévoit que les parties peuvent consentir à renoncer au droit de faire objection. L'arbitrage est une procédure consensuelle et l'inclusion d'un tel article est donc justifiée. Il importe en outre de dire à un arbitre qui n'est pas un juriste que les parties qui n'ont pas fait objection en temps voulu ont renoncé à leur droit de le faire. Le maintien de l'article 4 permettrait de favoriser l'uniformité, dans la mesure où les législations nationales ont tendance à introduire des précisions techniques, ce qui va dans le sens d'une plus grande diversité. Pour plus d'uniformité, lord Wilberforce suggère en outre d'omettre les mots "ou eût dû savoir" afin d'harmoniser l'article et la règle d'arbitrage pertinente de la CNUDCI.

39. M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) dit que l'article 4 est fondé sur des principes solides et reconnus; il est donc favorable à son maintien, tout en estimant qu'il faudrait l'éclaircir pour lever toute ambiguïté.

40. M. SZASZ (Hongrie) rappelle à la Commission que le Groupe de travail a pour mandat de se fonder sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et la Convention de 1958 et qu'il n'y a donc aucune raison de s'en écarter de façon radicale. Il suggère de modifier le libellé de la loi type afin d'arriver à une plus grande uniformité avec le Règlement de la CNUDCI.

41. M. SEKHON (Inde), répondant à ceux qui s'opposent au maintien de l'article 4, suggère d'atténuer la sévérité de l'article en donnant latitude au tribunal ou au tribunal arbitral de décider si des raisons suffisantes justifient un retard, lorsque ce retard est excessif.

42. M. LAVINA (Philippines) est favorable au maintien de l'article 4, fondé sur un principe de droit valide et bien établi, sous réserve de certaines modifications.

43. M. GRIFFITH (Australie) se déclare en faveur du maintien de l'article 4.

44. Le PRÉSIDENT note que la majorité semble nettement en faveur du maintien de l'article 4 sous une forme ou une autre. Il invite la Commission à envisager les modifications qui pourraient être apportées à cet article. Il rappelle que certains ont émis des réserves sur l'expression "eût dû savoir".

45. M. HJERNER (Observateur, Chambre de commerce internationale) considère que l'article 4 devrait s'appliquer aux objections à toute disposition de la loi type.

46. Le PRÉSIDENT dit que la Commission semble souhaiter que soient précisées les dispositions de la loi type auxquelles les parties peuvent déroger. Il a été proposé de supprimer l'expression "eût dû savoir".

47. M. HUNTER (Observateur, Association internationale du barreau) dit que le libellé utilisé dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est préférable; il faudrait supprimer les mots "ou eût dû savoir".

48. Le PRÉSIDENT considère que les participants sont convenus de supprimer cette expression. Il invite la Commission à examiner maintenant le mot "promptement". La délégation indienne a proposé que les arbitres soient libres d'excuser un retard, s'il est justifié. Le Président note cependant que, si la disposition de l'article 4 peut être invoquée dans une procédure judiciaire ultérieure, les tribunaux nationaux seront liés par le pouvoir conféré aux arbitres.

49. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) note que l'on avait jugé au sein du Groupe de travail que la renonciation devrait dépasser le champ de la procédure arbitrale proprement dite, bien que cela n'ait pas été expressément déclaré dans l'article 4. Même s'il est possible d'émettre une objection plus tard que "promptement", comme l'a proposé la délégation indienne, cela s'inscrirait toujours dans le cadre de la procédure arbitrale.

50. Le PRÉSIDENT note que, si les arbitres usent de leur pouvoir de refuser une prolongation du délai, le tribunal national compétent en matière d'annulation perdra son pouvoir de contrôle et de supervision mentionné à l'article 6.

51. Pour sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni), il n'y a pas de disposition de la loi type exigeant que des objections soient faites dans un délai donné. L'article 33, qui fixe un délai, ne

porte pas sur les objections en matière de procédure. Si aucun délai n'est déterminé, le mot "promptement" n'a pas d'objet.

52. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que, lorsque l'article 4 a été rédigé, on avait supposé qu'il viserait le non-respect de la convention d'arbitrage ou du règlement d'arbitrage, instruments qui stipulent souvent des délais.

53. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit que, du moins en droit anglais, des expressions vagues telles que "sans délai" ou "promptement" permettent une certaine flexibilité. Il ne serait donc peut-être pas nécessaire de laisser aux arbitres toute latitude en la matière.

54. Le PRÉSIDENT indique qu'il suffirait peut-être d'employer l'expression "sans retard excessif", étant entendu que cette expression serait interprétée d'abord par les arbitres, puis par le tribunal national auquel il serait demandé d'annuler une sentence.

55. M. SZASZ (Hongrie) juge que des mots imprécis tels qu'"excessif" posent des problèmes et que le mot "promptement" suffit.

56. M. BONELL (Italie) estime que le mot "injustifié", tel qu'utilisé dans la Convention de Vienne de 1980, permettrait la souplesse voulue.

57. M. GRIFFITH (Australie) note que deux délais pertinents sont en jeu. L'article 4 ne prévoit pas une prolongation du délai prévu dans la convention d'arbitrage. Il devrait peut-être reprendre l'article 23 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et prévoir l'extension du délai, si cela est justifié.

58. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que peu de délais précis sont fixés dans le projet de texte et que le Groupe de travail a jugé bon de laisser une grande liberté de manœuvre au tribunal arbitral, comme il ressort du paragraphe 2 de l'article 19. M. Herrmann estime que l'article 4 n'est pas aussi rigide qu'il paraît.

59. M. ROEHRICH (France) dit que, selon son interprétation de l'article 4, c'est à la législation nationale de fixer un délai pour l'émission d'une objection. De toute évidence, il faut fixer un délai. Il s'agit là cependant d'une question mineure. L'essentiel, pour ce qui est de l'article 4, concerne son application devant les tribunaux nationaux visés à l'article 6. M. Roehrich juge difficile d'accepter qu'un tribunal saisi en vertu de l'article 34 d'une demande d'annulation de la sentence soit lié par le fait qu'un délai a été fixé pour faire objection à un vice de procédure durant la procédure arbitrale.

60. Il faudrait peut-être préciser, pour ceux qui considèrent que les dispositions de l'article 4 devraient s'appliquer à une procédure ultérieure à la sentence, ouverte devant un tribunal national, que le fait de ne pas émettre d'objection dans un délai donné n'aura pas de conséquences. Il faudrait en fait stipuler clairement que l'article 4 ne s'applique qu'à la procédure arbitrale. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire d'envisager des sanctions au niveau de l'Etat, étant donné que l'intervention des tribunaux nationaux a pour principal objet de contrôler l'application des dispositions impératives de la loi type.

61. Le PRÉSIDENT déclare qu'il n'approuve pas toutes les dispositions du paragraphe 2 de l'article 34 en ce qui concerne la violation de dispositions impératives de la loi type. Par exemple, le tribunal national bénéficie d'une certaine latitude pour déterminer si le tribunal arbitral a pleinement respecté le droit qu'avait la partie demanderesse de présenter ses moyens. Il convient cependant que, si seules des dispositions impératives sont en jeu, l'article 4 n'aura pas d'effet sur la procédure d'annulation. Il ne souhaite pas que la Commission aborde la question de savoir quelles dispositions de la loi type sont impératives — tâche qui prendrait un temps infini — mais il note que, si le délai est rendu suffisamment flexible par l'utilisation d'une expression telle que "retard injustifié", le tribunal national pourra déterminer lui-même le délai qui aurait dû être respecté. Dans ce cas, si les arbitres ont décidé que le délai normal a été dépassé et que le tribunal constate, au vu des circonstances, que cela n'est pas le cas, il sera possible de contrôler la régularité de la procédure arbitrale, comme il est prévu à l'article 34.

62. M. SAWADA (Japon) tient à réitérer les observations de son gouvernement, selon lequel l'effet de la renonciation au droit de faire objection (aux termes de l'article 4) devrait s'étendre aux procédures judiciaires ultérieures.

63. M. BONELL (Italie) dit que le représentant de la France a appelé l'attention sur une faiblesse importante de l'article 4; en effet celui-ci ne stipule pas quelles sont les dispositions impératives et quelles sont les dispositions non impératives. Pour ce qui est de liens entre l'article 4 et les articles 34 et 36, il considère, comme le représentant du Japon, que, si l'article 4 est accepté, l'effet de la renonciation devrait s'étendre aux procédures ultérieures. Il serait donc approprié, lorsque la Commission abordera les articles 34 et 36, d'établir un lien avec les dispositions de l'article 4.

64. Le PRÉSIDENT suppose que le représentant de l'Australie n'insistera pas pour faire adopter sa proposition, qui reviendrait à remanier complètement le texte de l'article, auquel cas la Commission a achevé son débat sur l'article 4. Il ne sera pas nécessaire de constituer un groupe de rédaction pour les autres modifications qui ont été proposées, et dont le secrétariat a pris note. Le Président considérera donc, s'il n'y a pas d'objection, que la Commission approuve l'article 4 tel que modifié.

65. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 17 h 30.

309e séance

Mercredi 5 juin 1985, à 9 h 30
Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 9 h 40.

Arbitrage commercial international (*suite*)
(A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264)

Article 5. Domaine d'intervention des tribunaux

1. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit que le contrôle judiciaire de la procédure arbitrale est une question primordiale. La position du Royaume-Uni à ce sujet ayant été exposée dans ses observations écrites contenues dans le document A/CN.9/263/Add.2, il n'a pas l'intention de la répéter. Chacun conviendra qu'en matière d'arbitrage il est inévitable que les tribunaux interviennent dans une certaine mesure et la notion de loi type serait dénuée de signification en l'absence de tribunaux pour en appliquer les dispositions. Les divergences d'opinions entre les membres de la Commission tiennent moins à l'intervention même des tribunaux qu'au moment de l'intervention. La loi type vise uniquement à aider l'homme d'affaires qui peut avoir à s'adresser à un tribunal pour l'aider à obtenir réparation de l'injustice qui apparaît inévitablement dans toute procédure de règlement de litige. Il est essentiel que l'homme d'affaires, l'arbitre et l'avocat sachent exactement ce que signifie l'article 5. Or, comme il l'a souligné dans ses observations écrites, le Royaume-Uni en ignore quant à lui le sens précis.

2. "Pour toutes les questions régies par la présente Loi", les mots du début de l'article 5, et par lesquels on a voulu dire que la loi type ne régit pas tous les cas dans lesquels les tribunaux et la procédure arbitrale peuvent entrer en contact, soulèvent le premier problème. Dans la pratique, on peut se demander quelles sont les questions qui relèvent de la loi type. Dans l'esprit des rédacteurs, semble-t-il l'article 5 ne signifie pas que les recours prévus par la loi type ne sont les seuls utilisables que dans les cas expressément visés dans la loi type ou que, dans le cas où une question particulière n'est pas expressément traitée par la loi type, le tribunal doit avoir toute liberté d'action ou qu'il ne doit y avoir aucune voie de recours.

3. L'orateur attire l'attention de la Commission sur l'exemple, donné au paragraphe 21 du document A/CN.9/263/Add.2, d'une situation concrète qui n'est pas expressément visée par la loi type. La première possibilité envisagée dans ce paragraphe est que les rédacteurs de l'article ont décidé que cette situation ne devrait pas être traitée par la loi type et pourrait donc être réglée par la loi interne. La deuxième possibilité est qu'ils ont décidé que les tribunaux ne devraient pas être habilités à intervenir dans une telle situation. La troisième possibilité est que cette situation n'a pas été du tout envisagée. Le représentant du Royaume-Uni ne voit pas comment un lecteur de l'article 5 pourrait, sans avoir accès aux travaux préparatoires, connaître la position qu'il devrait adopter en application de l'article. Si en dehors de ses auteurs personne ne comprend le sens exact de cette disposition, il faut conclure à l'échec. Le Royaume-Uni n'a pas proposé d'amendement à l'article 5 parce que la signification de cette disposition n'a jamais été examinée de façon approfondie. L'orateur a soulevé le problème pour que chacun puisse faire connaître son avis. Il souhaite que le secrétariat, sur l'initiative duquel cet article a été inséré, précise le sens du premier membre de phrase. Il a noté avec intérêt les observations présentées par le secrétariat dans le document A/CN.9/264 (p. 19, par. 4), à savoir que les mots en question font référence aux questions régies "expressément ou implicitement" par la loi type, mais il se demande comment cette interprétation pourrait être utilisée dans la pratique.

4. Une deuxième question concerne le contrôle du bon déroulement de la procédure arbitrale. La loi type ne contient pas de disposition relative à l'intervention pendant le déroulement de l'arbitrage : l'article 34 porte sur l'intervention après la sentence et l'article 36 sur une intervention entraînant un refus au stade de l'exécution, mais la loi type est muette quant à la possibilité pour le tribunal d'intervenir avant le prononcé de la sentence. La Commission devrait examiner si l'absence de référence à une intervention des tribunaux pendant l'arbitrage signifie que la question n'est pas traitée par la loi type, ou qu'une telle intervention est implicite, ou encore qu'elle est exclue; elle devrait aussi se demander si elle souhaite que la question soit même abordée par la loi type.

5. La délégation britannique souhaite également soulever la question de la conclusion entre les parties d'une convention visant à ne pas appliquer l'article 5. Le principe fondamental de la loi type est la reconnaissance de l'autonomie des parties. Celles-ci peuvent choisir les procédures qu'elles veulent, et elles peuvent choisir — comme l'ont montré les débats de la veille - d'appliquer la loi type même dans un domaine où il n'y a pas de différend commercial international. L'idée que l'homme d'affaires souhaite abolir tout contrôle judiciaire est une idée fausse. Le Royaume-Uni ne se prononce pas en faveur de la suppression de l'article 5, mais il estime que ce n'est pas à la Commission de dire à l'homme d'affaires ce qu'il veut : la Commission est au contraire au service de l'homme d'affaires.

6. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) déclare que le représentant du Royaume-Uni, en parlant des difficultés qui se posent pour décider si une situation particulière entre dans le champ d'application de l'article 5, a mis en évidence la distinction nette qui existe entre deux problèmes liés mais différents : d'une part quelles questions sont régies par la loi type et lesquelles ne le sont pas; d'autre part quelle est l'étendue du contrôle judiciaire envisagé dans cette dernière. Sur le deuxième point, il y a eu de légères divergences d'opinion au sein du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux. Il semble clairement entendu que l'article 5 ne vise pas à aborder la question de la portée du contrôle judiciaire, mais à obliger les rédacteurs de la loi type ou, à un stade ultérieur, les législateurs à décider des situations dans lesquelles un contrôle des tribunaux devrait être exercé. En ce qui concerne les mots "pour toutes les questions régies par la présente Loi", les problèmes d'interprétation et d'application ne sont pas propres à l'article 5; même en l'absence de cet article, la question se poserait de savoir laquelle des trois interprétations possibles mentionnées par le Royaume-Uni serait la bonne pour l'application de la loi type.

7. Pour ce qui est des dispositions expresses ou implicites, il est impossible que la loi type traite expressément chaque cas susceptible de se poser dans une procédure arbitrale. Le paragraphe 2 de l'article 19, par exemple, donne aux arbitres une certaine latitude dans la conduite de la procédure arbitrale, et

couvre en fait, sans les expliciter, de très nombreux cas possibles. Là encore, la loi type comporte une disposition permettant aux parties de convenir de la procédure de nomination des arbitres, mais il existe un cas où le droit interne stipule que même des arbitres nommés par les parties doivent être confirmés par le tribunal local; cette question de la confirmation n'est pas abordée expressément dans la loi type, mais de l'avis de M. Herrmann, la disposition indiquant que les parties sont libres de s'entendre sur les arbitres implique clairement qu'elles peuvent effectivement les nommer.

8. Le Royaume-Uni s'est étendu sur les difficultés qui risquent de surgir lorsqu'il s'agit de décider comment interpréter l'article 5 dans une situation pour laquelle la loi type ne comporte aucune disposition expresse. Il se peut évidemment que la loi type ne couvre pas telle ou telle situation particulière mais on devra en pareil cas s'intéresser aux dispositions de la loi type traitant du contexte dans lequel s'inscrit cette situation. M. Herrmann convient que les décisions sur des cas individuels seront très difficiles à prendre mais il doute que la loi type puisse faire beaucoup plus qu'employer les mots "Pour toutes les questions régies par la présente Loi".

9. Les observations écrites du Royaume-Uni soulèvent notamment la question (A/CN.9/263/add.2, par. 25) de savoir s'il est réellement dans l'intention des rédacteurs de la loi type que l'article 5 ait pour effet d'exclure le contrôle judiciaire dans des situations non prévues par le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux. Cela n'est manifestement pas le cas puisque l'énumération des domaines dont le Groupe de travail a décidé de ne pas traiter dans la loi n'est de toute évidence donnée qu'à titre d'exemple (A/CN.9/246, par. 188).

10. M. LAVINA (Philippines) dit que sa délégation soutient le principe sur lequel repose l'article 5 car il préfère éviter dans toute la mesure possible l'intervention des tribunaux dans les procédures arbitrales. Cet article pose néanmoins certains problèmes. Ainsi, si la loi type était adoptée dans la législation nationale, cela serait sous la forme d'une *lex specialis* qui l'emporterait donc sur les autres lois internes. Une situation difficile se présenterait alors si l'article 5 entrait en conflit avec des dispositions de la Constitution ou de la loi fondamentale du pays en ce qui concerne les domaines de compétence.

11. M. SEKHON (Inde), tout en partageant les objections du Royaume-Uni en ce qui concerne l'article 5 ne voudrait pas que cet article soit supprimé. Il est important que la loi type soit largement acceptée dans différents pays. En Inde, par exemple, le contrôle judiciaire de l'arbitrage est parfois exercé par la Cour supême. Dans les Etats, les "hautes Cours" exercent en vertu de l'article 227 une surveillance et un contrôle sur différents tribunaux, y compris les tribunaux arbitraux. Il ne faut pas porter atteinte à ce contrôle. Sa délégation est en mesure d'accepter l'article 5 s'il est modifié de manière à permettre aux parties d'exercer une option négative à cet égard.

12. M. GOH (Singapour) déclare que sa délégation n'est pas satisfaite de l'article 5. Un certain contrôle judiciaire doit s'exercer sur la conduite des procédures d'arbitrage et sur les parties à l'arbitrage afin d'éviter que cette procédure n'entraîne des abus. A son avis l'article 5 devrait être soit supprimé, soit modifié pour tenir compte de ce principe.

13. M. SCHUETZ (Autriche) déclare qu'à ses yeux l'article 5 ne pose pas autant de problèmes que l'affirme le représentant du Royaume-Uni. Son but n'est pas d'indiquer que l'intervention des tribunaux n'est pas souhaitable ou devrait être réduite au minimum, mais de préciser que ceux-ci ne devraient pas intervenir sauf dans les cas prévus par la loi type. Afin de dissiper les doutes qui ont été exprimés quant à la signification des mots "pour toutes les questions régies par la présente loi" il propose que ce membre de phrase soit supprimé; ce qui n'enlèverait rien à la substance de l'article. C'est dans les dispositions spéciales qu'il convient de trouver un point d'équilibre entre l'indépendance de la procédure arbitrale et la nécessité d'une éventuelle intervention judiciaire. La Commission pourrait avoir intérêt à envisager, s'il y a lieu, d'augmenter les possibilités d'intervention des tribunaux dans certains domaines spéciaux tout en sachant que le but de l'article 5 est de préciser qu'aucun tribunal ne doit intervenir dans une procédure arbitrale sauf si cette mesure est prévue dans la loi type.

14. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) estime que l'article 5 devrait demeurer inchangé car il traduit la nécessité d'un arbitrage international rapide. A ce jour, le tribunal arbitral de la Chambre de commerce et d'industrie bulgare s'est prononcé sur plus de 7 000 cas sans que la nécessité se soit fait sentir d'un contrôle judiciaire sur la conduite de ses opérations. A son avis, l'extension du contrôle judiciaire pourrait retarder les procédures arbitrales et aller à l'encontre des intérêts du commerce international.

15. M. KIM (Observateur de la République de Corée) appelle l'attention sur la rédaction proposée par son gouvernement pour l'article 5 dans ses observations écrites (A/CN.9/263, p. 18, par. 2). Le libellé actuel de l'article n'est pas assez large pour couvrir les questions d'arbitrage commercial international qui ne tombent pas sous le coup de la loi type.

16. M. BONELL (Italie), tout en comprenant les objections soulevées par le représentant du Royaume-Uni, se prononce néanmoins nettement en faveur du maintien de l'article 5 sous sa forme actuelle, car il convient de réduire au minimum l'intervention des tribunaux dans les procédures arbitrales, notamment si elles sont de caractère international. De plus, les cas où cette intervention est admise devraient être clairement définis, afin que les intéressés connaissent la situation dès le départ. La disposition de l'article 5 n'aurait pas force obligatoire pour les Etats et ils pourraient l'interpréter au moment où ils l'incorporent à leur législation nationale.

17. Il note l'observation écrite du Royaume-Uni (A/CN.9/263/Add.2, par. 37) selon laquelle la loi type doit fixer un minimum de contrôle judiciaire, alors qu'il avait toujours cru comprendre que l'objectif de l'article 5 était d'en instituer un maximum. La Commission pourrait peut-être envisager cette question.

18. M. SZASZ (Hongrie) souligne que le problème fondamental est d'unifier non seulement la procédure mais l'ensemble du droit. Aussi, on ne saurait apporter de réponse simple à la question de savoir quelles affaires seraient touchées par l'article 5. Ainsi, les pays membres du Conseil d'assistance économique mutuelle suivaient la règle selon laquelle lorsque leur loi unifiée ne couvrait pas un point particulier, c'est la loi interne du pays du vendeur qui s'applique. La Commission ne saurait faire plus que reconnaître que l'article 5 soulève l'ensemble des problèmes que pose l'unification. Cet article ne traite pas la question de l'étendue du contrôle des tribunaux et ne devait donc pas être critiqué sur ce point. Si la Commission désire un certain degré d'unification, alors l'article 5 est acceptable; dans le cas contraire, l'article peut être critiqué. Sa délégation est favorable au maintien de l'article, car la loi type doit préciser clairement au lecteur quelles sont les limites exactes du contrôle des tribunaux. Il est d'accord avec l'observation formulée par le Royaume-Uni concernant l'opinion exprimée par le secrétariat dans son commentaire sur la por-

tée de l'article (A/CN.9/264, p. 19, par. 4); là encore, il s'agit d'un problème qui touche à toutes les questions de l'unification.

19. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que le Royaume-Uni a posé la question de savoir quels sujets étaient couverts par la loi type. Il n'est pas sûr que la rédaction de l'article 5 puisse être améliorée sur ce point. Les Etats-Unis ont pour politique de limiter le plus possible l'intervention des tribunaux dans les procédures arbitrales afin d'éviter les retards qu'entraînent généralement ces interventions. Quant à la suggestion du Royaume-Uni selon laquelle les parties auraient le droit de convenir de ne pas appliquer l'article 5, les Etats-Unis se demandent si elles pourraient le faire pour l'intégralité de la procédure arbitrale ou seulement pour une partie de la procédure. Dans un cas comme dans l'autre, les parties pourraient difficilement définir avec précision ce qu'elles souhaitent écarter. La Commission n'aiderait pas les hommes d'affaires en compliquant un peu plus un processus déjà complexe.

20. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) dit qu'il faut adhérer au principe qui sous-tend l'article 5, à savoir que la loi type doit s'efforcer de prévenir les interventions abusives des tribunaux pendant la procédure arbitrale et énoncer clairement les cas dans lesquels cette intervention est possible. On pourrait peut-être utilement remplacer les mots "Pour toutes les questions régies par la présente Loi" par la formule "Pendant la procédure arbitrale", dont la portée est incontestablement plus restreinte.

21. M. HJERNER (Observateur, Chambre de commerce internationale) estime que le principe qui sous-tend l'article 5 est un élément très important de la loi type. La mesure dans laquelle les tribunaux peuvent intervenir a une grande incidence sur le choix du lieu de l'arbitrage. M. Herrmann a laissé entendre que les conditions de l'intervention des tribunaux devraient être définies dans la législation nationale, mais si cela avait pour conséquence de permettre une intervention plus importante que celle que prévoit la loi type, l'objectif de celle-ci, à savoir offrir des procédures adaptées aux besoins des usagers éventuels, risquerait de ne pas être atteint. Les Etats devraient par conséquent éviter de modifier la loi type sur ce point.

22. On pourrait toutefois essayer d'améliorer la rédaction de l'article 5. Le sens du mot intervention, par exemple, n'est pas clair; il faut distinguer entre intervention et assistance. Si, pendant la procédure, le tribunal arbitral demande l'assistance des tribunaux, par exemple pour la comparution d'un témoin, cela ne constitue pas une intervention. La question de l'intervention se pose également pour l'article 18 qui ne devrait pas être interprété comme signifiant que les tribunaux ordinaires ne peuvent pas ordonner de mesures conservatoires.

23. Mme RATIB (Egypte) dit que sa délégation souhaite que l'on conserve l'article 5 en dépit des difficultés inhérentes à la question du contrôle judiciaire. En limitant ce contrôle aux cas couverts par la loi type, la Commission introduirait une certaine homogénéité dans des législations nationales très disparates et rendrait la procédure arbitrale moins complexe. L'exclusion des questions qui ne sont pas couvertes par la loi type crée un équilibre qui pourrait permettre de surmonter les difficultés mentionnées par certains Etats.

24. M. ROEHRICH (France) dit que la proposition du Royaume-Uni est intéressante dans la mesure où elle oblige la Commission à réfléchir sur le degré d'unification qu'il est possible d'atteindre grâce à une loi type. Une telle loi doit énoncer une politique claire en ce qui concerne l'intervention des tribunaux, laquelle doit être limitée aux questions essentielles prévues par la loi. L'ambition de la Commission en ce qui concerne l'unification doit être modeste car l'article 5 n'empêcherait pas les tribunaux d'intervenir dans les questions qui ne sont pas couvertes par la loi type.

25. L'Observateur de la Chambre de commerce internationale a appelé l'attention sur la nécessité de distinguer entre intervention et assistance. Pour la délégation française, il est clair que l'article 5 couvre toutes les procédures engagées devant les tribunaux nationaux, qu'il s'agisse de simples demandes d'assistance ou de demandes d'intervention directe des tribunaux sur la procédure arbitrale. Quant à l'idée d'autoriser les parties à écarter d'un commun accord l'article 5, la délégation française ne pense pas que la législation nationale doive autoriser les parties à renoncer au recours aux juridictions nationales, ou même à opter pour ce recours. Si la législation nationale prévoit un tel recours, il devrait rester ouvert quels que soient les souhaits des parties.

26. La forme actuelle de l'article 5 est peut-être la meilleure qu'on puisse lui donner. La France est opposée à la proposition autrichienne de supprimer les mots "Pour toutes les questions régies par la présente Loi" dans la mesure où en conservant cette formule, on évite toute ambiguïté. La version proposée par l'Observateur de la République de Corée est intéressante mais risque de créer davantage de problèmes qu'elle n'en résout. On pourrait peut-être inclure dans le projet de texte une disposition stipulant que la loi type ne prive pas les Etats du droit d'introduire dans leur législation des recours qui ne sont pas prévus dans la loi type.

27. M. TORNARITIS (Chypre) dit que certains pays, y compris le sien, risquent d'avoir des problèmes d'ordre constitutionnel en ce qui concerne l'article 5. A Chypre, le pouvoir judiciaire est exercé par les tribunaux sous l'autorité de la Cour suprême. La création, en vertu de la loi type, d'un tribunal arbitral entraînant une réduction des prérogatives des tribunaux locaux pourrait se révéler inconstitutionnelle.

28. M. SAMI (Iraq) dit que sa délégation appuie l'article 5 parce que les tribunaux devraient pouvoir être saisis en dernier ressort pour protéger les droits des parties. L'article 5 garantit l'égalité des parties en leur donnant le droit de saisir les tribunaux dans les cas précis prévus dans la loi type. Cette disposition jouerait un rôle très important au cas où le tribunal arbitral ne pourrait pas régler un différend, ou si l'une des parties en refusait la sentence. Le recours à un tribunal local serait alors tout à fait normal. Le représentant iraquien estime, comme le représentant français, que l'article couvre les demandes d'assistance adressées aux tribunaux. Si la Commission décidait de supprimer l'article 5, elle laisserait la porte grande ouverte aux interventions judiciaires faites en application de la législation nationale. Cet article a le mérite de définir la sphère de cette intervention d'une manière claire, aussi n'est-il pas nécessaire de le remanier.

29. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) dit que l'attitude des délégations vis-à-vis de l'article 5 est déterminée par l'idée qu'elles se font des vœux des usagers de la loi type. Certains usagers craignent davantage les abus de procédure de l'autre partie que l'intervention des tribunaux, alors que d'autres craignent surtout que les arbitres n'outrepassent leurs pouvoirs. L'article 5 ne peut pas résoudre ce problème. La Commission doit décider dans quelle mesure ces questions doivent être traitées dans la loi type. La solution consisterait peut-être à utiliser une formule du type "sauf convention contraire" ou "si les parties en conviennent ainsi".

30. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) constate que les problèmes qui se sont posés au cours de l'examen de l'article 5 montrent à quel point la conception

de l'arbitrage varie entre les différents pays. Toutes les délégations sont convaincues de l'importance de l'autonomie des parties, mais pour certaines l'autorité du tribunal devrait être sauvegardée pour éviter toute injustice, tandis que selon d'autres les parties à un arbitrage doivent accepter les risques inhérents à cette procédure et qui n'existent pas dans le cas d'un jugement rendu par un tribunal. Sa délégation ne pense pas que l'article établisse un minimum de contrôle judiciaire sur l'arbitrage et elle préférerait qu'il y ait un degré de contrôle judiciaire encore moindre; cependant, le texte étant une loi type laissera à chaque Etat la liberté de décider lui-même en la matière. Il est important d'examiner le lien qui existerait entre la loi type après son adoption et la législation nationale en vigueur sur l'intervention des tribunaux.

31. Le libellé actuel de l'article 5 est acceptable et conforme à celui de nombreux autres instruments internationaux. Le Comité consultatif juridique africano-asiatique avait suggéré dans son commentaire écrit (A/CN.9/263/Add.1, p. 6) de remplacer le titre de l'article par le titre suivant "Limitations de l'intervention des tribunaux". La délégation de l'Union soviétique préférerait comme titre "Limites de l'intervention des tribunaux". La question pourrait être examinée plus avant en liaison avec d'autres articles, en particulier l'article 34.

32. M. PAES de BARROS LEAES (Brésil) pense que l'intervention des tribunaux dans une procédure d'arbitrage devrait être limitée à un minimum. L'article 5 dans sa forme actuelle exprime fort bien ce principe.

33. M. TANG Houzhi (Chine) observe que l'intervention des tribunaux pourrait être comprise comme signifiant une assistance, ce que le tribunal devrait assurer aussi pleinement que possible, ou un contrôle qui devrait être maintenu à un minimum raisonnable. L'article 5 devrait être maintenu, bien que le libellé puisse être amélioré compte tenu des observations écrites du Royaume-Uni.

34. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) souligne que les parties à un arbitrage ont expressément choisi de se présenter devant des arbitres experts et non devant les tribunaux et que, par conséquent, les tribunaux ne devraient pas avoir le droit d'intervenir dans les cas d'arbitrage. L'article 5 devrait par conséquent être maintenu.

35. M. JEWETT (Observateur, Canada) indique que, dans la partie du Canada qui applique un système issu du droit romain, l'article 5 ne serait pas nécessaire et, dans la partie qui applique la *common law*, il serait difficile à mettre en vigueur. Les mesures visant à empêcher l'intervention des tribunaux ont souvent échoué en raison du pouvoir des tribunaux. Cependant, sa délégation pourrait appuyer l'article 5 s'il était modifié de manière à définir clairement les conditions dans lesquelles les tribunaux pourraient intervenir.

36. M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) est favorable au maintien de l'article 5 tel qu'il se présente. Une modification du libellé ne serait acceptable que si elle ne changeait pas le sens du texte.

37. M. BONELL (Italie) rappelle qu'une proposition avait été faite visant à supprimer les premiers mots de l'article "Pour toutes les questions régies par la présente loi"; selon une autre proposition, ces mots devraient être remplacés par les mots suivants "Au cours de la procédure d'arbitrage". Pour la délégation italienne, ces amendements ne sont acceptables ni l'un ni l'autre. Une autre suggestion a encore été faite visant à ajouter à la fin de l'article les mots "à moins qu'il n'en soit convenu autrement", faisant référence à la convention entre les parties. La délégation italienne ne serait pas prête à accepter non plus cet amendement.

38. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) croit que les problèmes qui se sont posés à propos de l'article 5 ne peuvent être résolus par de simples changements rédactionnels. Sa délégation trouve que le texte de l'article tel qu'il est, s'il n'est pas parfait, est le meilleur que l'on puisse espérer.

39. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) est d'avis qu'un groupe de rédaction composé d'experts, avec éventuellement la participation du représentant du Royaume-Uni lui-même, pourrait peut-être améliorer l'article.

40. Le PRÉSIDENT fait observer que si l'article peut paraître strict, les Etats ne seront pas obligés, lorsqu'ils promulgueront la loi type, de s'y conformer à la lettre. Le fait que son champ d'application ne soit pas défini avec précision laisse aux arbitres et aux juges une certaine latitude. La plupart des délégations ont admis avec le représentant de la France qu'il faudrait comprendre le texte comme s'appliquant à une assistance de la part des tribunaux aussi bien qu'à une intervention à proprement parler. L'article a fait l'objet de l'approbation générale et il estime, par conséquent, que la Commission voudra le maintenir tel qu'il se présente.

41. *Il en est ainsi décidé.*

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

42. Mme RATIB (Egypte) propose de rédiger comme suit l'article 6 "Le tribunal compétent pour s'acquitter des fonctions visées à la présente loi . . .".

43. Le PRÉSIDENT fait observer que le texte devrait être plus précis et commencer par les mots "Le tribunal ou les tribunaux . . .".

44. Pour M. STROHBACH (République démocratique allemande), l'article 6 ne devrait pas être interprété comme une indication de la compétence du tribunal, particulièrement dans les cas de compétence multiple. Référence est faite à l'article 6 dans certains des articles suivants et sa portée devrait être élargie pour englober les critères d'attribution de compétence tels que le lieu de l'arbitrage, le lieu de l'établissement du défendeur ou la résidence habituelle de l'arbitre.

45. M. SZASZ (Hongrie) note que le vrai problème est le champ d'application territorial de la loi type qui devrait être décidé par la Commission pour le texte dans son ensemble et non pour le seul article 6.

46. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) croit que la Commission devrait régler les différentes questions concernant le champ d'application territorial de la loi type sans plus attendre. Le secrétariat a donné un résumé de la question aux paragraphes 4 à 6 de ses observations sur l'article premier (A/CN.9/264, p. 7). La majorité des membres du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux ont été favorables à un critère territorial strict mais une minorité a estimé que les parties devraient avoir une certaine liberté pour décider de la loi applicable à leur arbitrage. La Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères reconnaît l'existence des deux critères dans la législation nationale, mais dans la pratique les parties se prévalent rarement de leur liberté de choix lorsqu'une telle liberté leur est laissée.

La séance est levée à 12 h 35.

310e séance

Mercredi 5 juin 1985, à 14 h 30

Président : M. LOEWE (Autriche)

Le débat faisant l'objet du compte rendu analytique s'ouvre à 14 h 40.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2; A/CN.9/264)

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

1. Le PRÉSIDENT dit que la question de la territorialité a été posée par le secrétariat à propos de l'article 6. Si la Commission estime qu'il se pose un problème important dans ce domaine, il faudrait peut-être prendre une décision et, si nécessaire, établir un texte.

2. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit qu'un certain nombre de problèmes se posent lorsque l'arbitrage a lieu dans un pays en application des règles de procédure d'un autre : par exemple en ce qui concerne l'audition de témoins ou les demandes d'annulation d'une sentence. Le Groupe de travail a estimé dans son ensemble que, pour ce qui est du tribunal compétent, les règles de procédure du lieu de l'arbitrage devraient prévaloir. Le choix de tout autre critère poserait des problèmes insurmontables. Il a jugé qu'il serait bon d'énoncer ce principe explicitement dans la loi type, compte tenu notamment du fait que la Convention de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères envisage la coexistence du critère territorial et du principe de l'autonomie des parties.

3. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) indique que la législation des Etats-Unis présume que les aspects liés à la procédure, qu'ils concernent les arbitres ou les juges chargés de certaines fonctions dans le cadre de l'arbitrage, seront régis par la législation du lieu de l'arbitrage. Il note qu'il existe dans certains Etats des lois qui, dans l'intérêt de l'autonomie des parties, stipulent que celles-ci peuvent choisir d'autres règles de procédure, premièrement pour la procédure suivie par les arbitres et, deuxièmement, dans une certaine mesure, pour la procédure suivie par les tribunaux. Il y a cependant une limite implicite, même lorsque les Etats autorisent les parties à appliquer les règles de procédure de leur choix. Les parties ne peuvent pas, par exemple, importer dans un Etat des règles contrevenant à l'ordre public de cet Etat. Comme l'a noté le secrétariat, le plus simple serait de faire en sorte que les Etats ayant adopté la loi type se trouvent dans la même situation que la vaste majorité des Etats, c'est-à-dire que, si un arbitrage est mené sur leur territoire, dans la mesure où il existe des règles de procédure régissant l'arbitrage, ces règles devraient être appliquées par les arbitres et par les tribunaux. Cela simplifierait grandement la rédaction de la loi type. Si l'on appliquait à la fois le critère de la territorialité et le principe de l'autonomie des parties, il faudrait définir toutes les circonstances possibles. C'est pourquoi le Groupe de travail s'est prononcé pour un strict critère territorial et c'est la position que continue de défendre la délégation américaine. M. Holtzmann estime qu'il serait sage d'énoncer clairement ce principe dans la loi type, dès le début.

4. Pour ce qui est de l'article 6, la délégation américaine approuve les remarques de la République démocratique allemande et les observations écrites de l'Union soviétique, dans lesquelles sont soulignés les problèmes qui se poseront à propos du rôle des tribunaux dans la nomination des arbitres ou en cas de récusation, lorsque le contrat commercial ne spécifie pas le lieu de l'arbitrage. Il serait sage de stipuler expressément un lieu et un tribunal pour les cas où le défendeur refuserait de faciliter l'arbitrage en nommant un arbitre. Dans de telles circonstances, lorsqu'une des parties ne nomme pas d'arbitre et qu'aucun lieu n'a été convenu, le demandeur devrait pouvoir prier son propre tribunal de nommer un arbitre à la place du défendeur. On pourrait logiquement arguer que l'emplacement de l'une ou l'autre partie pourrait être retenu dans une telle situation, mais il serait plus simple de retenir le tribunal du demandeur pour des questions telles que la nomination et la récusation. Une disposition à cette fin devrait donc être ajoutée à l'article 6. Il n'est pas essentiel de trancher la question territoriale pour le moment, mais M. Holtzmann convient avec le secrétariat qu'il serait bon de prendre rapidement une décision.

5. M. ROEHRICH (France) approuve dans une large mesure la position des Etats-Unis, mais il estime qu'il ne serait peut-être pas bon de rédiger une disposition générale énonçant un strict critère de territorialité. Il faudrait laisser une certaine latitude aux parties et admettre que, dans un Etat donné ayant adopté la loi type, les parties peuvent choisir une autre législation applicable à l'arbitrage, bien que, pour ce qui est de l'assistance et du contrôle assurés par un tribunal national, le critère de la territorialité doive s'appliquer. La Commission devrait examiner le projet article par article afin de déterminer s'il est nécessaire dans chaque cas d'énoncer ce critère. Pour M. Roehrich, il faudrait le faire à l'article 6 et avant tout au paragraphe 1 de l'article 34, où il faudra choisir entre les deux expressions laissées entre crochets, "sur le territoire du présent Etat" et "en vertu de la présente Loi". Il apparaît clairement que, pour ce qui est des fonctions du tribunal mentionnées à l'article 10, le critère territorial devrait être stipulé et M. Roehrich appuie donc la proposition de la République démocratique allemande.

6. M. BONELL (Italie) note que sa délégation est partie de l'hypothèse que la loi type devait s'appliquer exclusivement aux arbitrages menés sur le territoire de l'Etat adoptant la loi type; il s'agit là de ce qu'on appelle l'approche territoriale. Il estime donc que l'article 6 devrait être interprété comme signifiant que le tribunal de l'Etat dans lequel l'arbitrage est mené est compétent pour les questions mentionnées à cet article. Dans ses observations écrites sur la compétence du tribunal national (A/CN.9/263, p. 18, par. 1), la délégation italienne a appelé l'attention sur la question, toujours non réglée, de savoir ce qui se passera si des problèmes du type envisagé aux articles 11.3 et 4 et 13.3 se posent avant que le lieu de l'arbitrage ait été déterminé. Aussi l'article 6 devrait-il être rédigé de manière à couvrir ces cas hypothétiques. On pourrait par exemple adopter une disposition similaire à celle du code italien de procédure civile qui stipule dans de tels cas que c'est le tribunal du lieu où la convention d'arbitrage ou le contrat contenant la clause compromissoire a été conclu qui est compétent. La délégation italienne attache une grande importance à l'inclusion d'une telle disposition dans l'article 6, car, sinon, cet article ne pourra être appliqué de manière satisfaisante.

7. D'autres questions intéressantes ont été posées à propos de l'article 6. Il est vrai que la Convention de New York de 1958 n'énonce pas explicitement le critère territorial ni le principe de l'autonomie des parties, mais il n'y avait aucune raison qu'elle le fasse, puisque son objectif est simplement de régir l'exécution de sentences étrangères. L'article premier de la Convention de New York est significatif à ce propos, car il reconnaît qu'il n'y a pas de critère uniforme pour déterminer

la nationalité de la procédure arbitrale. Il mentionne le cas le plus courant, celui d'un arbitrage ayant lieu à l'étranger, mais stipule que la Convention "s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'Etat où la reconnaissance et leur exécution sont demandées". La loi type est plus ambitieuse, car elle vise non seulement la reconnaisance et l'exécution des sentences étrangères, mais également toutes les procédures arbitrales internationales possibles. Elle est conçue de manière à transcender les questions de procédure *stricto sensu*, où les parties devraient pouvoir jouir de la plus grande autonomie possible, pour faire office en quelque sorte de loi constitutionnelle de l'arbitrage commercial international. Il faut donc déterminer dans la loi type si le principe de l'autonomie des parties peut toujours être admis dans un cadre aussi large. De l'avis de la délégation italienne, il ne le faudrait pas et cela ne serait pas possible. Aussi faudrait-il adopter exclusivement l'approche territoriale. La Commission pourrait cependant faire preuve d'une certaine souplesse en adoptant cette approche. Elle pourrait ne pas énoncer ce principe de manière générale et ne trancher la question que lorsque c'est inévitable, comme par exemple à l'article 34. La délégation italienne n'a donc pas de position arrêtée sur cette question. Elle n'émettra pas d'objection si le critère territorial n'est pas énoncé dès le début, mais, pour ce qui est du fond, ce critère devrait être le seul permettant de déterminer l'application de la loi type.

8. Pour M. BROCHES (Conseil international pour l'arbitrage commercial), on semble s'accorder à penser que la Commission devrait examiner chaque cas séparément et qu'il n'est pas encore temps d'élaborer une disposition de portée générale. Si cela n'est pas nécessaire dans le cas de l'article 6, le débat a fait prendre conscience des problèmes qui se posent. Les opinions peuvent être très arrêtées sur certaines questions, par exemple en ce qui concerne l'article 34 relatif au pouvoir qu'a un tribunal d'annuler une sentence non rendue en vertu de sa loi aux motifs qu'elle a été prononcée sur son territoire. La France, par exemple, considère qu'une sentence internationale peut être annulée si elle a été rendue en France. D'un point de vue pratique, il importe que les parties sachent où se tourner pour obtenir une assistance judiciaire ou pour en appeler d'une décision. Aujourd'hui, le lieu effectif de l'arbitrage est de plus en plus une fiction. Par exemple, dans un cas mettant en jeu une société française et une société turque, la Chambre de commerce internationale a décidé que l'arbitrage aurait lieu en Autriche. Jusqu'à ce qu'une action en annulation ait été intentée en Autriche, toute la procédure arbitrale avait en fait été menée en France. La Commission devra se demander dans quelle mesure il faudrait établir une distinction entre le lieu de l'arbitrage aux fins de l'exécution ou de l'annulation et le lieu de l'arbitrage aux fins des autres étapes de la procédure. La Commission devra garder présent à l'esprit toutes ces complications lorsqu'elle examinera le reste du projet.

9. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) convient qu'il est temps pour la Commission de décider si elle devrait prendre pour point de départ un strict critère territorial ou l'approche selon laquelle les parties doivent être libres de soumettre leur arbitrage à une loi autre que celle du lieu de l'arbitrage. La Finlande, par exemple, souhaiterait modifier sa procédure actuelle et accepter le critère territorial en raison des complications extrêmes que peut entraîner l'autre solution. Il serait utile que la Commission s'accorde sur la question de savoir s'il faut ou non retenir le critère territorial, de manière à éviter des problèmes à un stade ultérieur.

10. M. SZASZ (Hongrie) dit que la Commission devrait envisager le cas concret d'un juge, dans un pays où la loi type aurait été incorporée à la législation interne, alors que les parties auraient choisi d'appliquer la procédure d'un autre pays à leur arbitrage. Si ce juge est saisi par une des parties, quelle devra être sa position par rapport aux règles impératives de la loi type ? La Commission doit prendre un parti sur la question de la territorialité et voir ensuite comment l'appliquer aux divers articles. Il sera inévitable de prévoir des exceptions, mais il faut prendre clairement position. La délégation hongroise propose d'adopter un strict critère de territorialité comme point de départ.

11. Mme RATIB (Egypte) dit que l'Egypte tient à exprimer clairement sa position sur deux points liés au problème de la territorialité. Le premier est l'autonomie des parties quant au choix des règles de procédure applicables à leur arbitrage. Sous réserve de considérations d'ordre public, l'Egypte est opposée à toute limitation de cette liberté, qui contraindrait les parties à appliquer la procédure du lieu de l'arbitrage ou restreindrait leur droit d'adopter des règles de procédure issues d'autres sources de leur choix. A l'article 34, la question de la territorialité fait l'objet de deux formulations possibles, entre crochets. Dans ce cas, l'Egypte opte pour la territorialité, c'est-à-dire le maintien du membre de phrase "sur le territoire du présent Etat" et la suppression de l'expression "en vertu de la présente loi". Ce dernier libellé pourrait en fait donner compétence aux tribunaux d'un pays pour statuer sur la validité ou connaître à d'autres égards d'une décision prise hors du territoire national. Une telle compétence extraterritoriale est inacceptable pour un certain nombre de pays, à moins qu'elle ne soit instituée à titre de réciprocité.

12. M. LAVINA (Philippines) approuve la recommandation du Groupe de travail. Il pense que le principe de la territorialité est à la fois logique et pratique. Un critère plus éclectique serait source de confusion et de retard pour les procédures d'arbitrage. L'autonomie des parties est souhaitable mais, dans le cas envisagé, elle doit être rapportée à d'autres considérations fondamentales, comme l'ordre public de l'Etat du lieu de l'arbitrage. Le choix de la procédure d'un autre Etat risquerait d'entamer le crédit porté au droit procédural interne. Il y a par ailleurs la question de la souveraineté. Normalement, une législation a un champ d'application exclusivement territorial.

13. M. KNOEPFLER (Observateur de la Suisse) dit que, pour certains cas où les parties n'ont pas préalablement stipulé le lieu de l'arbitrage, la proposition des Etats-Unis est intéressante. Il est moins favorable à l'idée de retenir le lieu de la conclusion du contrat ou de la convention d'arbitrage, vu que ce lieu a rarement un rapport avec le fond du contrat. Il est partisan du principe de la territorialité, mais ne souhaite pas qu'on l'oppose à l'autonomie des parties. Il ne devrait pas être interdit à celles-ci de choisir certaines règles de procédure d'un pays autre que celui du lieu de l'arbitrage. La délégation suisse préconise la territorialité pour éviter un conflit de compétence positif.

14. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) partage le point de vue de la majorité selon lequel le facteur déterminant devrait être le lieu de l'arbitrage, puisque les articles 27 et 34 de la loi type traitent du rôle des tribunaux. Ceux-ci ne pourraient être que ceux de l'Etat où l'arbitrage a eu lieu et ils appliqueraient toujours leurs propres règles de procédure. Il faut en déduire que les tribunaux d'un Etat où la loi type n'est pas applicable ne pourraient être obligés de remplir les fonctions prévues aux articles 27 et 34. L'accord des parties quant à l'application de la loi d'un autre Etat ne pourrait concerner que le tribunal arbitral et uniquement dans les limites de son mandat propre. Pour cette raison, et pour éviter toute incertitude, M. Schumacher est partisan du critère territorial, au moins s'agissant du rôle éventuel des tribunaux nationaux. Une décision sur la territorialité devrait être prise immédiatement pour ce qui est de l'article 6.

15. Le PRÉSIDENT dit que la majorité semble favorable à une territorialité stricte, mais quelque peu atténuée. Une fois le lieu de l'arbitrage déterminé, les tribunaux de l'Etat intéressé seront compétents. Il faudra que la Commission décide ultérieurement quelle doit être l'instance compétente pour nommer les arbitres lorsque le lieu de l'arbitrage n'a pas encore été déterminé. Les participants semblent par ailleurs s'accorder pour estimer qu'une telle décision n'empêche pas les parties de choisir la procédure d'un autre Etat, au moins dans la mesure où il s'agit de celle applicable à l'arbitrage lui-même.

16. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit qu'il doit apporter une réserve à l'affirmation générale selon laquelle les parties pourraient convenir d'adopter la procédure d'un Etat autre que celui du lieu de l'arbitrage. Pour sa délégation, cette disposition doit être subordonnée à la condition que la procédure étrangère ne soit pas contraire à l'ordre public des Etats-Unis et qu'elle ne viole pas les lois des Etats-Unis. Peut-être d'autres délégations partagent-elles ce point de vue.

17. M. HJERNER (Observateur, Chambre de commerce internationale) dit que la territorialité est un simple principe, mais que la simplicité n'est pas le seul critère. Dans le cadre d'arbitrages internationaux où des organismes publics sont souvent en cause, tant les parties que les procédures d'arbitrage sont plus complexes. Il se peut que les parties choisissent la procédure d'un Etat autre que celui du lieu de l'arbitrage, ou qu'elles optent pour l'application de principes généraux, ou pour toute autre combinaison. La volonté des parties à cet égard doit être pleinement respectée, non seulement pour ce qui est de la procédure d'arbitrage elle-même mais aussi quant à la possibilité de contester ladite procédure au motif que les arbitres n'ont pas respecté le droit local.

18. M. ROEHRICH (France) relève l'affirmation du Président selon laquelle le tribunal désigné par l'Etat du lieu de l'arbitrage est compétent, mais que cela n'empêche pas les parties de choisir une procédure différente. Il pense qu'en complément de cette affirmation, il faut noter que cela n'empêche nullement les tribunaux de l'Etat dont la loi a été choisie par les parties pour la procédure d'arbitrage de se déclarer compétents. Sans peut-être ériger cette observation en règle, il faudrait toutefois adopter une formulation qui n'exclut pas cette possibilité.

19. Le PRÉSIDENT n'est pas du tout favorable à l'insertion dans la loi type de règles concernant les conflits de compétence. En effet, s'il en était ainsi, la Commission finirait par attribuer à chaque tribunal la compétence qu'il possède déjà. Il espère que la Commission pourra parvenir à un accord sur la loi type, étant entendu que les arbitres appliqueront les règles souhaitées par les parties, à moins que ces règles soient incompatibles avec l'ordre public de l'Etat auquel les parties devront s'adresser pour faire annuler ou exécuter la sentence. A l'usage, on a vu avec la Convention de Genève qu'il n'est pas souhaitable d'entrer par trop dans le détail.

20. Pour M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique), certains orateurs considèrent apparemment que les parties peuvent choisir la loi nationale applicable par les arbitres, mais non pas celle applicable par les tribunaux. En fait, un exemple montrera que cette dichotomie peut ne pas exister. Supposons que les parties choisissent l'Autriche comme lieu de l'arbitrage, mais optent pour la loi de procédure des Etats-Unis. La loi fédérale sur l'arbitrage prévoit qu'un arbitre peut faire prêter serment à un témoin et aussi le citer à comparaître sous peine de sanction. Il s'ensuit que les peines prévues en cas de faux témoignage ou de refus d'obéir aux ordres du tribunal sont aussi applicables. Dans de nombreux pays dotés d'un système juridique issu du droit romain, l'exercice de tels pouvoirs par les arbitres serait contraire à la loi nationale.

21. Comme le Président, M. BONELL (Italie) estime que la loi type ne doit pas contenir de règles sur les conflits de compétence. De toute évidence, la loi type doit prévoir des critères permettant de déterminer sa compétence territoriale, ce qui est approuvé par la majorité. Toutefois, dans ce cadre, une grande partie de la loi type n'est pas censée être impérative. Les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par l'arbitrage proprement dit, comme il est prévu expressément à l'article 19, et même pour d'autres aspects de l'arbitrage.

22. Selon M. SAMI (Iraq), la liberté des parties est un principe admirable mais il ne peut y avoir de liberté sans limites. Comme il est ressorti des débats, les parties sont libres de choisir les règles qui leur conviennent pour la procédure à suivre par le tribunal arbitral, mais elles ne peuvent pas imposer une loi aux tribunaux nationaux du lieu d'arbitrage qu'elles ont choisi.

23. Le PRÉSIDENT note que la discussion porte maintenant sur la mesure dans laquelle les parties ont le droit de choisir la procédure qu'elles souhaitent. En ce qui concerne le point soulevé par la délégation des Etats-Unis, il estime que l'Autriche — ou quelques autres pays — n'admettront pas certains actes de la part des arbitres s'ils vont au-delà des pouvoirs qui leur sont attribués par la législation nationale. En revanche, même si la loi autrichienne ne reconnaît pas le témoignage écrit, et si le tribunal arbitral suit une procédure étrangère qui le reconnaît, le témoignage écrit sera probablement considéré comme recevable, s'il n'est ni obtenu par la contrainte ni contraire à l'ordre public. D'une façon générale, il sera probablement possible d'appliquer environ 90 % de la procédure étrangère choisie par les parties intéressées. La question du conflit de compétence soulevée par le représentant de la France est un problème actuel que la formulation d'une règle n'est pas susceptible de résoudre. Le Président cite l'exemple d'une sentence arbitrale rendue en République fédérale d'Allemagne, mais selon la procédure autrichienne. En Allemagne (où la loi choisie par les parties est le critère), la sentence est considérée comme une sentence étrangère et en Autriche (où le lieu de l'arbitrage est l'élément déterminant), il s'agit aussi d'une sentence étrangère qui ne peut pas être annulée. Toutefois, elle sera exécutée partout en tant que sentence étrangère.

24. Le Président suggère de demander au secrétariat de rédiger un mémoire indiquant les principes sur lesquels il y a accord, à savoir le principe strict de territorialité, mais avec possibilité de décider d'appliquer la législation d'un autre Etat à condition que cela n'empiète pas sur le fonctionnement des tribunaux nationaux et que ce ne soit pas contraire à l'ordre public de l'Etat du lieu de l'arbitrage. Ce mémoire sera utile lors de l'examen par la Commission d'autres articles de la loi type. L'article 6 n'est peut-être pas la disposition idéale pour étudier cette question, puisqu'il a été conçu à d'autres fins. Le Président espère donc que la Commission est disposée à accepter l'article 6 fixant la compétence territoriale de tout Etat qui accepte la loi type, compte tenu de la décision qui vient d'être prise sur les principes de la territorialité et de l'extraterritorialité.

25. M. SAWADA (Japon) dit que la délégation de son pays approuve l'exposé récapitulatif que vient de faire le Président, à savoir que le choix par les parties d'une procédure d'arbitrage ne doit pas porter atteinte aux pouvoirs des tribunaux de l'Etat du lieu de l'arbitrage.

Le débat faisant l'objet du compte rendu analytique est suspendu à 16 h 55 et reprend à 17 heures.

26. Le PRÉSIDENT présente une suggestion d'ordre rédactionnel qui fait suite à la proposition tendant à prier le secrétariat d'établir un mémoire. De l'avis de certains, l'application du critère territorial serait difficile dans des situations où aucun lieu d'arbitrage n'aurait été déterminé. C'est pourquoi il est peut-être inapproprié de faire mention des articles 11.3 et 4, 13.3, 14 et 34.2. Le Président suggère de modifier le texte, qui se lirait comme suit : "s'acquitter des fonctions mentionnées dans la présente Loi", puis d'introduire dans les articles en question une exception, étant entendu qu'il s'agirait d'une exception réelle qui ne serait pas en contradiction avec la règle générale énoncée à l'article 6.

27. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que l'idée d'énumérer à l'article 6 ces articles ainsi que les fonctions envisagées pour le tribunal vise à indiquer clairement que la possibilité de désigner un ou plusieurs tribunaux particuliers à cette fin ne vaut que pour ces fonctions et non pas pour les autres fonctions du tribunal dans le cadre de la loi type, comme celles visées aux articles 8, 9, 27, 35 et 36. L'article 6 vise à centraliser certaines questions devant une juridiction spécialisée; il permettrait ainsi que certaines questions urgentes, comme la nomination et la récusation des arbitres, puissent être soumises à une seule personne, par exemple le président du tribunal. Ces considérations ne s'appliquent pas à d'autres fonctions.

28. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) soulève la question de savoir quels organes s'acquitteront des fonctions d'assistance et de contrôle au titre de l'article 6. Il a le sentiment que l'exercice de ces fonctions ne devrait pas être limité à un tribunal. La souplesse serait plus grande si certaines fonctions comme la nomination des arbitres, leur révocation ou leur récusation, pouvaient être confiées à d'autres organes qu'un tribunal, par exemple à des chambres de commerce ou des associations professionnelles, conformément à la législation nationale de chaque Etat. Dans ce contexte, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI permet de désigner tous organes ou autorités compétents. La délégation de l'URSS propose que l'article 6 indique que le tribunal ou tout autre organe compétent pourront se voir attribuer ces fonctions, ce qu'elle a déjà suggéré dans les observations qu'elle a présentées par écrit.

29. M. PARK (Observateur de la République de Corée) dit que sa délégation accepte dans leur principe les dispositions de l'article 6, mais qu'elle prévoit deux problèmes. Premièrement, il est permis de se demander si l'article 6 a un caractère impératif car, quand les parties s'accordent sur l'autorité compétente, leur accord devrait être respecté. En l'absence d'un tel accord, le tribunal devrait être désigné par le pays ayant adopté la loi type. Le projet de loi type n'est pas clair sur ce point et il convient donc de le préciser. Deuxièmement, quand il y a plusieurs tribunaux sur lesquels les parties se sont accordées ou qui ont été désignés par l'Etat, le texte ne dit pas clairement quel tribunal exercera les fonctions visées à l'article 6. M. Park propose d'ajouter un second paragraphe stipulant que, quand plus d'un tribunal est compétent en application du premier paragraphe, la compétence sera attribuée au premier tribunal auquel les parties ou l'arbitre se seront adressés.

30. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner en premier la proposition de la délégation de l'URSS qui tend à donner aux Etats qui adoptent la loi type un choix plus large quant à l'attribution des fonctions mentionnées à l'article 6 en remplaçant au début du texte les mots "Le Tribunal" par "le Tribunal ou un autre organe compétent" (A/CN.9/263, p. 20, par. 9).

31. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) dit ne pas partager l'opinion de la majorité sur le champ d'application territorial. Il appuie la proposition tendant à ce que les fonctions visées à l'article 6 soient assignées au tribunal ou à un autre organe compétent.

32. M. SAMI (Iraq) appuie la proposition selon laquelle les fonctions visées à l'article 6 devraient être assignées au tribunal ou à un autre organe compétent, car cette formule laisserait davantage de latitude aux Etats pour désigner les institutions compétentes.

33. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) appuie la proposition de l'URSS tendant à laisser aux Etats adoptant la loi type une plus grande liberté dans l'attribution des fonctions visées à l'article 6, car cela s'accorderait bien avec la situation à Cuba, où la loi sur l'arbitrage charge de ces fonctions le tribunal arbitral international attaché à la Chambre de commerce. Il suggère que davantage de précisions soient apportées au texte de cette proposition.

34. M. HJERNER (Chambre de commerce internationale) dit que la proposition tendant à permettre la désignation de tribunaux ou autres organes compétents aux fins de l'exercice des fonctions visées à l'article 6 aurait pour effet de donner un caractère quelque peu plus réaliste à la loi type. Il est peu probable qu'un Etat adoptant la loi type accepte l'idée qu'il ne pourrait être désigné qu'un seul tribunal, surtout s'il s'agit d'un Etat où coexistent plusieurs systèmes juridiques comme c'est le cas dans les Etats fédéraux. Il est réaliste d'assigner ces fonctions, qui portent principalement sur la nomination et la récusation des arbitres, à des organes comme les chambres de commerce. Il est peu vraisemblable, toutefois, qu'une chambre de commerce soit habilitée à annuler une sentence. En ce qui concerne l'article 13, la Chambre de commerce internationale est préoccupée par le point de savoir si, lorsque les parties conviennent d'une procédure de récusation devant une institution arbitrale, comme celle de la Chambre, la décision de cette institution sera bien définitive, sans possibilité de recours ultérieur, par exemple devant un tribunal local.

35. M. MAGNUSSON (Suède) estime approprié d'assigner les fonctions visées à l'article 6 à des institutions autres que les tribunaux et n'a donc pas d'objection à l'égard de la proposition examinée. Il ne découle cependant pas nécessairement de l'article 6 qu'il ne pourrait être désigné qu'un seul tribunal. Selon le commentaire, les pays sont libres d'en désigner plusieurs. Ils peuvent aussi décider s'il pourrait ou non être fait appel des décisions du tribunal de première instance devant une juridiction supérieure.

36. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner si, dans des cas où les parties conviennent qu'un autre organe, par exemple une chambre de commerce, devrait statuer sur la récusation, la décision de cet organe est définitive ou susceptible de recours.

37. M. MAGNUSSON (Suède) dit que, si les parties désignent un organe donné, il ne peut y avoir appel puisqu'elles ont dans ce cas choisi ledit organe elles-mêmes. Par contre, si la récusation relève du système judiciaire normal du pays et est, par exemple, prononcée par un tribunal d'instance, la décision de récusation doit être susceptible de recours devant une juridiction supérieure.

38. M. ROEHRICH (France) dit que la proposition de laisser aux Etats une plus grande liberté dans l'attribution des fonctions visées à l'article 6 est acceptable, parce qu'elle assure une certaine souplesse, utile eu égard aux différences entre les organes législatifs nationaux. Il préfère cependant

l'expression "autorité compétente" au terme "organe", car elle reflète la relation avec la législation de l'Etat. Les répercussions de la proposition sur l'article 13 pourraient être étudiées lors de l'examen de cet article. Les tribunaux ou d'autres organes pourraient être désignés par les Etats pour exercer les fonctions visées à l'article 6, mais cela ne signifierait pas pour autant que les autres organes auraient le même statut que les tribunaux et que leurs décisions devraient donc être susceptibles de recours devant une juridiction supérieure. Par ailleurs, en prévoyant davantage de souplesse dans l'article 6, on risquerait de compliquer l'interprétation d'articles ultérieurs.

39. Si le principe consistant à autoriser la désignation d'un organe autre qu'un tribunal est étendu à l'ensemble de la loi type, il n'y aura pas de raison de faire une distinction entre les tribunaux et les autres autorités, à condition que la législation nationale pertinente les autorise à agir. Il conviendrait, selon M. Roehrich, de spécifier dans l'article 6 que les désignations faites au titre dudit article doivent être en conformité avec la loi nationale.

40. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) appuie la proposition tendant à ce que l'article 6 emploie l'expression "le tribunal ou un autre organe compétent"; cependant, s'il peut s'agir d'un organe n'appartenant pas au système judiciaire, ce fait devrait être mentionné dans l'article. La question, soulevée en relation avec l'article 13, de savoir si les parties peuvent convenir d'exclure le tribunal en désignant un organe n'appartenant pas au système judiciaire devrait être débattue au moment où l'on examinera cet article.

41. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) demande si la proposition tendant à autoriser des institutions autres que les tribunaux à remplir les fonctions visées à l'article 6 s'applique aussi à l'annulation d'une sentence, car telle ne lui paraît pas en être l'intention.

42. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) rappelle à la Commission que les détails de la proposition faite par sa délégation sont exposés dans les observations qu'elle a présentées par écrit (résumées dans le document A/CN.9/263, p. 19, par. 9). La proposition se rapporte spécifiquement aux fonctions visées aux articles 11, 13 et 14 concernant la nomination, la récusation et le remplacement des arbitres. Manifestement, il entre dans la compétence de chaque Etat de désigner une autorité appropriée pour remplir ces fonctions. Il serait cependant utile de le préciser dans la loi, pour mettre en évidence la notion de souplesse et rendre ainsi la loi type plus intéressante pour les Etats.

43. M. SEKHON (Inde) appuie la proposition tendant à laisser aux Etats une plus grande liberté dans l'attribution des fonctions visées à l'article 6. Il se rallie également à l'opinion selon laquelle si l'on ne désigne pas un tribunal, l'organe nommé devrait être une autorité compétente.

44. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'autres observations, il considérera que la Commission convient d'adopter la proposition tendant à laisser aux Etats une plus grande liberté dans l'attribution des fonctions visées à l'article 6; le passage pertinent de l'article serait libellé eu égard à la proposition écrite de l'URSS (A/CN.9/263, p. 19, par. 9).

45. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 17 h 40.

311e séance

Jeudi 6 juin 1985, à 9 h 30

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 9 h 35.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264)

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

1. M. PARK (Observateur de la République de Corée), rappelant les remarques qu'il avait faites à la séance précédente en ce qui concerne le tribunal habilité à exercer les fonctions visées à l'article 6 (A/CN.9/SR.310, par. 29), tient à souligner qu'à son avis ce tribunal doit d'abord être celui que les parties ont accepté d'un commun accord.

2. Le PRÉSIDENT fait observer que les deux suggestions faites par l'orateur précédent à la 310e séance pouvaient, si elles n'étaient pas déjà traitées dans les législations nationales, être prises en compte par les Etats lors de l'adoption de la loi type.

3. M. TORNARITIS (Chypre) appuie la proposition de l'Union soviétique.

4. Le PRÉSIDENT note que cette proposition a été très favorablement accueillie. Il suggère d'inviter le représentant de l'Union soviétique à aider le Secrétariat à l'incorporer dans le projet de texte.

5. *Il en est ainsi décidé.*

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

6. M. SEKHON (Inde) propose de modifier comme suit le libellé du paragraphe 1 de l'article 7 ". . . tous les différends existants ou futurs entre elles . . .".

7. M. GRIFFITH (Australie) fait observer que le paragraphe 1 contient une définition qui relève en fait de l'article 2.

8. Le PRÉSIDENT rappelle que le Mexique a proposé de transférer cette définition à l'article 2 lors des débats sur cet article (A/CN.9/SR.308, par. 10), mais que cette suggestion n'a pas été appuyée.

9. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) demande si une requête et une réponse à cette requête présentées à un tribunal arbitral constitueraient un échange de lettres aux fins du paragraphe 2 de l'article 7 et témoigneraient ainsi de la volonté des parties de soumettre leur différend à l'arbitrage. Il

propose d'ajouter à ce paragraphe que la convention écrite peut se présenter sous la forme d'un extrait des minutes d'un tribunal arbitral. Une telle disposition pourrait aider les Etats à adopter une interprétation libérale de la Convention de New York pour ce qui est de savoir ce que l'on entend par convention écrite.

10. Le PRÉSIDENT ne pense pas qu'un tel extrait puisse constituer une convention écrite, à moins d'être signé par les parties.

11. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit qu'à son avis une requête et la réponse à cette requête constitueraient un échange de lettres aux fins de l'article 7. Il pense également qu'un extrait des minutes d'un tribunal arbitral constituerait une convention écrite s'il était signé par les parties. En l'absence de convention d'arbitrage expresse entre les parties, celles-ci pourraient récuser la compétence du tribunal arbitral en vertu du paragraphe 2 de l'article 16 et le fait qu'elles ne se prévalent pas de cette possibilité signifierait qu'elles acceptent la compétence du tribunal arbitral.

12. Mme VILUS (Yougoslavie) reprend la suggestion que son gouvernement a présentée par écrit (A/CN.9/263/Add.1, p. 7, par. 7), à savoir que la loi type devrait habiliter une partie à valider une convention d'arbitrage au moyen de certains actes qui ne se présentent pas sous forme écrite. Au cas où cette suggestion serait adoptée, il faudrait faire figurer dans l'article 35 une disposition stipulant qu'une partie doit prouver que l'autre a accepté la compétence du tribunal arbitral.

13. Dans ses commentaires écrits (A/CN.9/263, p. 21, par. 6), le Gouvernement argentin a exprimé l'opinion que la possibilité d'incorporer une clause compromissoire à un contrat en y faisant référence, comme le prévoit le paragraphe 2, devrait être subordonnée à la condition que la partie à qui est opposée cette clause sait qu'elle a été incorporée dans le contrat. Cela est particulièrement important dans le cas des contrats de vente de marchandises. Sa délégation estime que le contrat lui-même doit signaler aux parties qu'une telle clause y a été incorporée.

14. M. ILLESCAS ORTIZ (Espagne) considère que la Commission est saisie de deux problèmes distincts qu'il importe de ne pas confondre, à savoir la forme de la convention d'arbitrage d'une part et la preuve de l'existence de cette convention devant le tribunal arbitral d'autre part.

15. M. NEMOTO (Observateur, Comité consultatif juridique afro-asiatique) indique que dans certains systèmes juridiques, un document écrit ne constitue pas une preuve suffisante qu'un acte a été passé; au Japon, par exemple, un tel document doit comporter un sceau officiel. A son avis, il est préférable de s'en remettre à la législation nationale pour cette question.

16. Pour M. BONELL (Italie), la loi type ne peut donner que des indications générales sur ce qu'il faut entendre par convention écrite. Il appuie la proposition présentée par le Royaume-Uni dans ces observations écrites (A/CN.9/263/Add.2, p. 5, par. 16), à savoir qu'il faudrait se baser sur le libellé de l'article 17 de la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements, telle qu'elle a été modifiée.

17. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) appuie la proposition bulgare. En effet, elle est la traduction du concept juridique selon lequel certains comportements — en l'occurrence la participation à la procédure — constituent une preuve de l'acquiescement. La délégation américaine souscrit à l'avis émis par le représentant italien.

18. Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) dit que la Norvège a fait par écrit une proposition pour le paragraphe 2 (A/CN.9/263, p. 19, par. 5) qui pourrait convenir aux connaissements mais qu'une clause plus générale est nécessaire. La meilleure solution semble être offerte par l'article 17 de la Convention de Bruxelles de 1968, telle que modifiée. Il est important d'établir que les contrats conclus par les parties conformément aux usages commerciaux constituent une convention écrite suffisante aux fins du paragraphe 2. Lord Wilberforce prie instamment les membres de la Commission de se pencher attentivement sur ce point et de lui donner un écho dans le paragraphe.

19. M. RUZICKA (Tchécoslovaquie) appuie la proposition bulgare qui présente des avantages pratiques.

20. M. HUNTER (Observateur, Association internationale du barreau) souscrit pleinement à l'idée d'élargir la notion de convention d'arbitrage. Toutefois, il met en garde la Commission contre un trop grand laxisme car un problème pourrait se poser si, après qu'un arbitrage a eu lieu dans un pays ayant adopté la loi type, une partie cherchait à le faire exécuter en application de la Convention de New York de 1958 dans un pays qui n'aurait pas adopté la loi type.

21. M. AYLING (Royaume-Uni) dit que l'article 17 de la Convention de Bruxelles de 1968 règle un problème courant dans le commerce international et que, à la connaissance de la délégation britannique, c'est le seul exemple de ce type. Il y a peut-être de meilleurs moyens de régler ce problème.

22. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) souscrit aux observations faites par l'observateur du Chartered Institute of Arbitrators. Il se félicite de la mise en garde faite par l'observateur de l'Association internationale du barreau à propos du problème qui risque de se poser en matière d'exécution en application de la Convention de New York. Ce problème risque d'être moins grave qu'il n'y paraît toutefois car la définition d'une convention écrite que donne le paragraphe 2 de l'article II de la Convention n'est pas limitative dans la version anglaise.

23. M. SCHUETZ (Autriche) souscrit à l'approche prudente recommandée par l'observateur de l'Association internationale du barreau. La nécessité de faire preuve de prudence n'est en aucune manière atténuée par ce qu'a dit le représentant des Etats-Unis, étant donné en particulier que la version allemande du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York revêt une forme très impérative. L'adoption de la proposition bulgare éliminerait l'exigence de l'écrit pour la convention, exigence qui protège les parties et la délégation autrichienne ne peut l'accepter que si, en contrepartie, on stipule que les parties à un arbitrage doivent être informées à l'avance par le tribunal arbitral que l'une ou l'autre des parties peut exiger une convention écrite si elle le souhaite.

24. M. BONELL (Italie), intervenant à propos de la proposition bulgare, dit qu'il n'est pas nécessaire que la loi type exige qu'une convention expresse soit conclue avant ou pendant la procédure arbitrale, en particulier lorsque, une fois que la procédure a commencé, les parties se comportent d'une manière qui montre sans la moindre équivoque qu'elles sont convenues de se soumettre à l'arbitrage. La délégation italienne estime que la loi type devrait peut-être énoncer ce principe dans le détail. Elle ne pense pas que l'adoption de la proposition bulgare entraînerait la moindre difficulté en ce qui concerne le fonctionnement de la Convention de New York.

25. En ce qui concerne l'idée d'utiliser le libellé de la Convention de Bruxelles de 1968, telle que modifiée, la délégation italienne estime qu'il conviendrait d'étudier la possibilité d'arriver à une certaine uniformité des diverses propositions concernant l'exigence de l'écrit pour les clauses de compétence et d'arbitrage. L'article 17 de la version révisée de la Convention de Bruxelles est le moyen le plus avancé et le plus perfectionné de traiter ce problème très complexe.

26. M. ROEHRICH (France) souscrit aux remarques du représentant de l'Autriche quant à l'exigence de l'écrit. Il est vrai qu'en ce qui concerne les accords sur le commerce international, la Convention de Bruxelles de 1968, telle que modifiée, en dispense au profit de la forme sanctionnée par la pratique commerciale, mais elle le fait à propos du choix de la juridiction. La Commission, en revanche, traite de la question plus importante de la preuve de l'existence entre les parties d'un accord visant à soustraire leur différend à la juridiction d'un Etat particulier et à faire en sorte qu'il soit réglé par une procédure conventionnelle. L'observation faite par le représentant des Etats-Unis à propos de la version anglaise du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York de 1958 ne s'applique pas à la version française, qui a la même formulation que la version allemande. Sa délégation est favorable à une approche prudente, fondée sur la nécessité d'un accord écrit, pour ce qui est de la façon dont la loi type devrait aborder la question de la preuve de l'existence d'une convention d'arbitrage. En tout état de cause, elle souhaiterait voir la proposition de la Bulgarie sous forme écrite. Elle ne peut donner son appui à la suggestion écrite de la Norvège ni à celle de l'Autriche (document A/CN.9/263, p. 21, par. 5 et p. 21, par. 8).

27. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) déclare que si les parties sont d'accord pour recourir à l'arbitrage, l'arbitre n'aura aucune difficulté à obtenir leur consentement par écrit. Un extrait des minutes de la procédure arbitrale ne fournirait par la même preuve, et il préférerait que la loi type n'en fasse pas mention.

28. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) déclare que puisque les moyens de télécommunication constituent des formes de preuve acceptables, il ne voit pas pourquoi les minutes de la procédure arbitrale ne seraient pas elles aussi acceptables.

29. M. HJERNER (Observateur, Chambre de commerce internationale) appuie la proposition de la Bulgarie, mais déclare que la proposition de la Yougoslavie a elle aussi ses mérites. La philosophie dont s'inspirent les deux propositions est la même, à savoir qu'une partie ne devrait pas avoir la possibilité de faire objection à la compétence du tribunal si elle a accepté de participer à une procédure arbitrale pendant un certain temps sans soulever d'objection.

30. M. LEBEDEV (Union des républiques socialistes soviétiques) appuie lui aussi la proposition bulgare, qu'il considère bien fondée quant aux idées et quant au fond.

31. Le PRÉSIDENT constate que la proposition de la Bulgarie semble recueillir un large assentiment. S'il n'y a pas d'objection, il considérera que cette proposition est approuvée par la Commission. Il suggère que la proposition yougoslave soit reprise lors de l'examen de l'article 16.

32. *Il en est ainsi décidé.*

33. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) signale que, si l'on élargit la notion d'un accord écrit, des situations risqueraient de se produire où une sentence ne pourrait pas être exécutée dans le cadre de la Convention de New York, mais il faudrait au moins l'étendre de manière à inclure une référence aux connaissements. Il ne faudrait cependant pas aller jusqu'à employer le libellé de l'article 17 de la Convention de Bruxelles de 1968, telle que modifiée, car il s'ensuivrait des interprétations divergentes de la loi type dans différents Etats.

34. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) dit qu'il comprend certes l'intérêt d'étendre la notion d'accord écrit à tout accord établi sous une forme conforme à la pratique commerciale, mais que la Commission devrait reconnaître que cette pratique n'est pas nécessairement d'application universelle. En fait, il est douteux que, dans de nombreux pays en développement, les parties aient une connaissance suffisante de ces formes de pratique commerciale qui se sont constituées essentiellement dans les pays développés. La loi type devrait pouvoir être facilement adoptée par la plupart des pays si ses dispositions se bornent à consacrer des notions connues et incontestées. L'article 7 doit être aussi clair que possible. M. Mtango est donc favorable au libellé actuel, plus restreint.

35. M. MAGNUSSON (Suède) estime qu'il convient d'élargir la notion d'accord par écrit, mais lui aussi craint que l'utilisation du libellé de la Convention de Bruxelles n'aille trop loin. La proposition norvégienne représente peut-être la meilleure solution et il propose qu'un groupe de rédaction l'examine.

36. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) signale que le commentaire du Secrétariat (A/CN.9/264) ne traite pas de l'interprétation à donner à la disposition contenue dans la dernière phrase du paragraphe 2. Faut-il considérer que seule une forme écrite de contrat, non signé par les deux parties, est suffisant pour que la disposition de cette phrase s'applique ? S'il en est ainsi, elle pourrait justifier l'opinion selon laquelle une clause compromissoire dans un connaissement signé uniquement par le transporteur a force obligatoire pour le réceptionnaire de la marchandise également.

37. M. HERRMANN (Service du droit international commercial) déclare que, pour autant qu'il le sache, ce point n'a pas été examiné par le Groupe de travail.

38. M. ROEHRICH (France) croit savoir que dans l'esprit du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux la dernière phrase du paragraphe 2 ne s'applique qu'aux contrats types et aux conditions générales. La proposition norvégienne va trop loin : la mention d'un accord d'arbitrage dans un connaissement ne devrait pas constituer un accord d'arbitrage valable à moins qu'il ne soit signé par les deux parties. Si l'on désire avoir une certitude quant à l'existence d'un accord d'arbitrage, rien n'empêche qu'un tel accord soit conclu. Le texte actuel est raisonnable et ne devrait pas être changé.

39. M. TORNARITIS (Chypre) constate qu'il y a unanimité sur au moins un point : il ne saurait y avoir d'arbitrage sans accord des parties. Mais sous quelle forme faire apparaître cet accord ? S'il s'agit d'une forme écrite, est-ce que cela signifie qu'en son absence il n'y a pas d'accord, ou simplement que la forme écrite est exigée pour prouver qu'il y a eu accord ? Sans s'écarter de l'idée d'un écrit, la Commission pourrait considérer que dans certains cas on pouvait présumer qu'un écrit a existé, en s'inspirant de la théorie du "lost grant" en droit anglais. Si devant un tribunal arbitral les parties ne soulèvent aucune objection à l'arbitrage, on peut considérer qu'elles sont d'accord pour avoir recours à cette procédure. Si l'intention du Groupe de travail a été que certaines présomptions de l'existence d'un accord écrit pourraient être fournies, cette suggestion devrait répondre à la situation.

40. Mme DASCALOPOULOU-LIVADA (Observateur de la Grèce) partage les doutes exprimés au sujet de l'utilisation du libellé de la Convention de Bruxelles. Les mots "ou auraient dû avoir connaissance" sont particulièrement dangereux dans un instrument qui doit avoir une application aussi large que possible. Le texte devrait donc demeurer tel qu'il est.

41. M. ILLESCAS ORTIZ (Espagne) pense que la procédure arbitrale devrait être menée sur la base d'une convention entre les parties concernant le règlement de leur différend. Une déclaration unilatérale provenant d'un contrat préexistant ne devrait pas être acceptée comme base pour un arbitrage en raison des conséquences peu souhaitables qui résulteraient du rejet par l'une des parties de cette déclaration. La délégation espagnole est donc favorable au texte tel qu'il a déjà été élargi.

42. Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) estime que le problème n'est pas de décider ce qui constitue une convention, ou même une convention sous forme écrite, mais de savoir si la convention est signée par les deux parties au sens de l'article 7. Dans le commerce d'aujourd'hui il existe de nombreux contrats, même sous forme écrite, qui ne sont pas signés par l'une et l'autre partie. Rédiger la loi type d'une manière tellement étroite qu'elle exclut de l'arbitrage ces contrats au titre de cette même loi type ne serait certes pas un progrès. Le représentant de l'Union soviétique a suggéré que cette question pourrait être réglée par la troisième phrase du paragraphe 2 mais il n'en demeure pas moins que la deuxième phrase prévoit la signature par l'une et l'autre partie. Une solution pourrait être de compléter la dernière phrase du paragraphe 2, comme l'a proposé la délégation norvégienne.

43. Le PRÉSIDENT fait observer que la proposition de la Norvège implique que l'acceptation d'un connaissement vaut un accord sur l'arbitrage. Il ne s'agit donc pas simplement d'une question de rédaction.

44. M. SAMI (Iraq) hésite à accepter un amendement au paragraphe 2 à moins que des réponses puissent être trouvées à certaines questions. Un document signé par une partie et exprimant son acceptation de recourir à un arbitrage équivaut à une offre qui reste ouverte à l'acceptation. La deuxième partie doit-elle indiquer son acceptation sous forme écrite ou l'acceptation peut-elle être tacite ? Et quelle interprétation juridique pourrait-on donner à son silence ? Une convention d'arbitrage suppose le consentement des parties à régler leurs différends à l'amiable. Une telle convention doit être explicite et sous forme écrite.

45. M. RUZICKA (Tchécoslovaquie) souligne que l'article 7 devrait exposer le principe selon lequel un tribunal arbitral ne peut régler un différend que sur la base et dans le cadre d'une convention d'arbitrage. Ce principe est contenu implicitement à l'article 4 qui traite des conséquences de l'application du principe.

46. Le PRÉSIDENT suggère que la Commission examine ce principe dans le cadre de la procédure d'arbitrage. Elle pourrait ensuite décider d'inclure le principe convenu à l'article 7 si elle le souhaite. Il observe que la Commission n'a pu se mettre d'accord sur une modification du projet de libellé de l'article, exception faite de la proposition de la Bulgarie qu'elle a acceptée. Il propose que le représentant de la Bulgarie et le secrétariat rédigent à nouveau la deuxième phrase du paragraphe 2 et y insèrent également la modification rédactionnelle au paragraphe 1 proposée par le représentant de l'Inde.

47. *Il en est ainsi décidé.*

48. M. HJERNER (Observateur, Chambre internationale de commerce) note que si aucun accord ne s'est réalisé sur la proposition de la Norvège, un nombre important de délégations se sont montrées favorables à cette proposition.

La séance est levée à 12 h 25.

312e séance

Jeudi 6 juin 1985, à 14 heures

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 14 h 10.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263, Add.1 et 2; A/CN.9/264)

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

Article 8, paragraphe 1

1. M. GRIFFITH (Australie) dit que la formule "sur une question" est trop étroite et propose de la remplacer par les mots "intéressant une question". En effet, bien que cette question puisse ne pas faire elle-même l'objet de la convention d'arbitrage, elle peut être liée à une autre qui en fait l'objet.

2. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que l'emploi d'expressions comme "ayant trait à une question" ou "intéressant une question" pourrait apporter des modifications de fond, car la question qui fait l'objet d'une convention d'arbitrage ne sera pas nécessairement celle qui fait l'objet d'un litige particulier. La définition de l'objet d'un différend varie considérablement selon les systèmes juridiques. S'il ne s'agit que d'une question de rédaction, il recommande à la Commission de conserver le libellé actuel qui est celui utilisé dans la Convention de New York de 1958.

3. Mme RATIB (Egypte) juge le paragraphe 1 acceptable. Le tribunal ne doit cependant pas être habilité à renvoyer les parties à l'arbitrage, une demande de renvoi à l'arbitrage présentée en dehors des délais est irrecevable.

4. M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) pense que le paragraphe 1 est acceptable. Il propose de modifier le paragraphe 2 de l'article 8 de manière à habiliter le tribunal à suspendre la procédure d'arbitrage. Il propose en outre que la Commission réexamine les articles 8, 16, 34 et 36 afin d'éviter qu'une partie puisse

invoquer ces dispositions pour récuser plusieurs fois la validité de la convention en se fondant sur les mêmes motifs.

5. Le PRÉSIDENT souligne que le pouvoir qu'a un tribunal de suspendre la procédure d'arbitrage dépend des règles de procédure nationales. En outre, dans certaines procédures, une décision concernant la validité d'une convention d'arbitrage lierait par la suite tous les tribunaux de même rang.

6. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) note que la remarque du Président illustre bien les problèmes que sa délégation a soulevés à propos de l'article 5 ainsi que celui des requêtes multiples non fondées. Lorsque les règles nationales et procédure permettent à un tribunal de suspendre la procédure, ne s'agit-il pas là d'un cas d'intervention du tribunal ?

7. Le PRÉSIDENT fait observer que le paragraphe 1 stipule que le tribunal doit renvoyer les parties à l'arbitrage. On a suggéré que le tribunal soit habilité à statuer sur le fond, ou à renvoyer les parties à l'arbitrage et il a été proposé de lui donner une troisième possibilité consistant à renvoyer les parties à l'arbitrage tout en maintenant sa procédure ouverte jusqu'à une phase ultérieure. A son avis, le texte n'est pas explicite et la question de savoir si la procédure restait ouverte en théorie dépendrait des règles nationales de procédure.

8. Sir Michael MUSTILL dit que le débat en cours met en évidence le problème que soulève l'interprétation des mots "régis par la présente loi" figurant dans l'article 5. La question de savoir ce qu'un tribunal devrait ou pourrait faire si l'action intentée présente un rapport avec l'objet d'une convention d'arbitrage est régie par cette loi. D'après l'explication fournie par le secrétariat, après avoir établi qu'une question relève de la loi type, le tribunal peut se référer uniquement à celle-ci et non à la législation nationale. Le tribunal n'a aucun pouvoir pour prendre des mesures non prévues à l'article 8.

9. Le PRÉSIDENT estime que cette conception de l'article 8 est trop étroite. Le tribunal doit d'abord déclarer une action recevable avant de décider si la convention est nulle et non avenue; en pareil cas, il suivra la procédure judiciaire normale. S'il établit la validité de la convention, il renvoit les parties au tribunal arbitral. Toutefois, il n'est pas possible de décrire la procédure judiciaire de façon détaillée dans une loi uniforme, car il s'agit là d'une question relevant de la procédure civile de chaque Etat. L'article 5 ne limite que le type d'intervention.

10. Pour M. MOELLER (Finlande) il y a incompatibilité entre l'article 8 et l'article 16 lorsque le tribunal arbitral a pris une décision mais n'a pas rendu de sentence et que le tribunal est saisi d'une action. Lorsqu'elle envisagera s'il y a lieu de donner la préférence à l'article 8, la Commission devra veiller à assurer l'harmonie avec le paragraphe 3 de l'article 6 de la Convention de Genève de 1961.

11. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) observe que ce problème est en partie atténué par la définition du "début de la procédure arbitrale" énoncée dans l'article 21 de la loi type.

12. Le PRÉSIDENT, notant que plusieurs versions ont été proposées pour le paragraphe 1, propose de laisser le texte inchangé mais de signaler dans le rapport de la session que le déroulement de la procédure judiciaire n'est pas décrit dans ce paragraphe, si bien qu'il est tout à fait possible à la fois qu'une décision tendant à renvoyer les parties à l'arbitrage intervienne et que l'instance reste ouverte en attendant qu'une nouvelle requête soit éventuellement présentée. En l'absence d'objection, il considérera que la Commission accepte cette proposition.

13. *La proposition du Président est acceptée.*

Article 8, paragraphe 2

14. M. SEKHON (Inde) propose d'insérer les mots "à moins que le tribunal n'ordonne une suspension" à la fin du paragraphe 2 de l'article 8. Bien qu'à son avis l'intervention du tribunal soulève des difficultés, cette question sera régie par la législation nationale.

15. M. HJERNER (Observateur, Chambre de commerce internationale) pense que si les critiques du paragraphe 2 de l'article 8 sont compréhensibles, la disposition devrait être maintenue dans l'intérêt de l'efficacité de la procédure arbitrale qu'une action ait été ou non engagée par l'une des parties devant un tribunal national ou étranger pour retarder ou empêcher cette procédure.

16. M. SEKHON (Inde) indique qu'il a soulevé cette question car il faudrait selon lui exprimer sans le moindre doute que la procédure arbitrale doit se poursuivre même si une action a été engagée devant un tribunal, à moins que ce dernier n'ordonne la suspension de ladite procédure.

17. M. SZASZ (Hongrie) considère que le texte devrait prévoir que le tribunal arbitral peut rendre une sentence en application de la convention puisque l'article 16 lui permet de décider de sa propre compétence.

18. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) croit qu'il n'y a pas de raison de poursuivre la procédure si la convention d'arbitrage n'est pas valide.

19. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) ne peut accepter que le paragraphe 1 de l'article 8 implique une décision selon laquelle les questions concernant le tribunal ne devraient pas être traitées. Il propose que le paragraphe 2 de l'article 8 soit remplacé par deux dispositions. Aux termes de la première, même si une partie a déjà saisi le tribunal, l'autre partie pourrait engager la procédure arbitrale. D'après le texte actuel on pourrait conclure à tort que si la procédure arbitrale n'a pas été engagée avant que le tribunal ne soit saisi, cette procédure ne pourrait plus être engagée tant que l'affaire est pendante devant le tribunal. La deuxième disposition, inspirée du paragraphe 3 de l'article 6 de la Convention européenne de 1961, pourrait énoncer que, si une procédure arbitrale a été engagée avant la saisine d'un tribunal, ce dernier devrait surseoir à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence.

20. Il n'est guère réaliste de prévoir uniquement la possibilité de poursuivre la procédure arbitrale car dans la plupart des cas les arbitres sachant que le tribunal doit se prononcer sur leur compétence, préfèreront ne pas poursuivre la procédure. Des retards seraient évités si la procédure arbitrale pouvait être menée à son terme. Une partie a toujours la possibilité de demander au tribunal d'annuler la sentence en application de l'article 36.

21. M. RUZICKA (Tchécoslovaquie) propose que la procédure devant le tribunal soit menée à son terme avant de poursuivre la procédure arbitrale. La décision du tribunal devrait, bien entendu, être définitive. Cependant, l'essentiel est de faire clairement un choix entre le tribunal judiciaire et le tribunal arbitral et la délégation tchécoslovaque pourrait accepter la vue opposée, c'est-à-dire que le tribunal arbitral devrait avoir

la préférence si tel était l'avis général. La procédure arbitrale pourrait alors se poursuivre jusqu'à la sentence.

22. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) est favorable au principe selon lequel l'arbitrage devrait se poursuivre sans être interrompu par le tribunal. Il appuie la proposition de la Hongrie qui apporte des éclaircissements et également celles de l'Union soviétique.

23. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) appuie sans réserve la proposition de l'Union soviétique qui aurait pour effet de rendre la procédure arbitrale plus claire et plus efficace.

24. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) appuie les propositions de l'Union soviétique. Il souligne que le différend soumis au tribunal, selon les termes du paragraphe 1 de l'article 8, n'est pas le problème de sa compétence et que le paragraphe 2 du même article devrait être modifié en conséquence. Ce n'est pas d'une question de compétence que le tribunal est saisi. La convention peut être valide mais le tribunal peut n'être pas compétent car les conditions exposées dans la convention ne sont pas remplies. Le paragraphe 2 de l'article 8 est ambigu et il faudrait donc trouver un autre libellé.

25. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) estime qu'en principe l'arbitrage ne devrait pas être interrompu par une procédure devant un tribunal. Les raisons en ont été parfaitement bien exposées par l'observateur de la Chambre de commerce internationale et tous ceux qui se sont exprimés dans le même sens. La délégation des Etats-Unis approuve par conséquent la proposition de la Hongrie qui donne plus de clarté au texte actuel et permet de mieux en appliquer le principe. Les propositions de l'Union soviétique sont également intéressantes pour la même raison.

26. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) estime qu'il faudrait suivre de plus près le texte de la Convention européenne de 1961 sur l'arbitrage commercial international et il soutient donc les propositions de l'Union soviétique.

27. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) appuie également les propositions de l'Union soviétique. Le caractère ambigu du paragraphe 2 de l'article 8 a été souligné par Chypre dans ses observations écrites et la question du libellé a également été mentionnée dans les observations de l'Union soviétique (A/CN.9/263, page 22, paragraphe 6). Une distinction doit être établie entre les deux problèmes différents et s'il est vrai que le paragraphe 1 de l'article 8 est clair, le paragraphe 2 ne l'est guère.

28. Mme RATIB (Egypte) croit qu'il serait bon de donner pouvoir aux tribunaux d'ordonner la suspension de la procédure arbitrale lorsqu'ils considèrent que l'issue la plus probable sera que la convention est nulle et de non-effet. Cela permettrait de gagner du temps et d'éviter des dépenses. La délégation égyptienne suggère par conséquent de rétablir l'expression à moins que le tribunal "n'ordonne une suspension de la procédure arbitrale" qui figurait dans le texte original mais a été supprimée par le Groupe de travail.

29. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) craint que l'attention n'ait été détournée de la nature de la situation sur laquelle porte le paragraphe 2 de l'article 8 et qui est définie par le titre de ce même article. L'article 16 du projet visait une situation dans laquelle un tribunal se trouve saisi parce que l'une des parties à un arbitrage soulève l'exception d'incompétence du tribunal arbitral. La situation visée à l'article 8 est tout à fait différente : elle concerne l'action visant à obtenir d'un tribunal une décision quant au fond du différend même. Si les deux suggestions de l'Union soviétique étaient adoptées, le résultat serait que le même différend serait soumis à deux instances différentes : le tribunal se saisirait du différend s'il statuait que le tribunal arbitral n'a pas compétence et il rendrait une décision mais la procédure arbitrale ne s'en poursuivrait pas moins. Il n'est certainement pas souhaitable d'avoir une double décision sur la même question de fond. Le représentant du Royaume-Uni est favorable à l'idée suggérée par la représentante de l'Egypte qui de toute façon est implicite dans le texte actuel. Il insiste donc pour que le texte soit maintenu tel qu'il se présente.

30. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) explique que le but de la proposition présentée par sa délégation est précisément d'éviter la possibilité de deux décisions quant au fond : si l'une des parties a intenté une action quant au fond devant un tribunal, celui-ci ne devrait pas statuer sur la compétence de l'arbitre tant que n'a pas été rendue la sentence arbitrale, ainsi ne pourrait-il y avoir deux décisions de fond sur la même question.

31. Le PRÉSIDENT dit que si la Commission estime incohérent de limiter le paragraphe 2 de l'article 8 au cas où la procédure d'arbitrage est déjà engagée, le texte pourrait être modifié pour se lire "va être engagée ou est déjà engagée". Le deuxième problème a trait au point de savoir jusqu'où le tribunal arbitral devrait pouvoir mener sa procédure. La proposition soviétique est plus proche de la Convention de 1961, selon laquelle lorsque la procédure a déjà été engagée avant tout recours à un tribunal, celui-ci doit surseoir à statuer sur la compétence des arbitres jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale. Selon l'autre interprétation, non seulement les parties seraient autorisées à saisir un tribunal, mais encore la procédure arbitrale pourrait se poursuivre même si le tribunal estimait la convention d'arbitrage non existante ou nulle et non avenue.

32. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit qu'à son sens, la question est de savoir s'il s'agit de protéger le demandeur contre le risque de retard dû à une exception non fondée, ou le défendeur contre le risque de perte de temps et d'argent liée au fait d'être traduit devant un tribunal arbitral qui serait en fin de compte considéré comme sans existence réelle. Les deux parties y perdent si le différend doit être examiné deux fois. Selon sa délégation, le tribunal devrait pouvoir décider dès le début si l'arbitrage doit se poursuivre; dans l'affirmative, le tribunal se déclarerait incompétent. Par contre, si le tribunal décidait que la convention est nulle, il poursuivrait son examen de l'affaire.

33. Le PRÉSIDENT fait remarquer que d'après l'article, la procédure arbitrale peut, et non pas doit, être poursuivie. Cependant, il se pose aussi de délicates questions de compétence internationale : par exemple la décision du tribunal pourrait ne pas être reconnue dans l'autre pays intéressé. Si le tribunal considère que la convention est nulle et non avenue, la décision pourrait n'avoir force obligatoire que sur le territoire du "présent Etat". Le défendeur pourrait considérer que, même en présence d'une décision du tribunal, si la procédure arbitrale était poursuivie jusqu'à la sentence, il serait possible de la faire exécuter, sinon dans le pays où la décision du tribunal a force obligatoire, du moins peut-être dans un autre pays.

34. M. SZASZ (Hongrie) dit que la question est de savoir quelle est la partie dont il convient de protéger les intérêts. Le plus sage serait, selon lui, de ne pas laisser place à des manœuvres purement dilatoires et de permettre au demandeur de décider s'il y a lieu de poursuivre la procédure arbitrale.

35. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) est absolument d'avis qu'il ne devrait y avoir qu'une seule procédure en cours à un moment donné et que ce devrait être la procédure arbitrale. Il s'agit de favoriser non pas le demandeur ou le défendeur, mais la formule de l'arbitrage. La question de la validité de la convention d'arbitrage peut être tranchée par les arbitres eux-mêmes en tant que question préjudicielle, et il est à présumer qu'ils la trancheront le cas échéant.

36. M. MTANGO (Tanzanie) estime que la loi type devrait garantir dans toute la mesure possible que les parties sont soumises à une seule procédure. En conséquence, il appuie la proposition du Royaume-Uni tendant à laisser le texte comme il est.

37. Selon M. SEKHON (Inde), il n'est pas exact que, comme on en a donné l'impression, la disposition en question est inspirée de la Convention européenne de 1961. Il donne lecture de l'article VI, paragraphe 3, de cette convention en insistant sur l'expression "sauf motifs graves". Cela n'est pas exactement ce que dit l'article 8, paragraphe 2. Certains arguments présentés reposent sur la présomption que les tribunaux n'agiraient pas objectivement, impartialement et équitablement — présomption erronée, selon M. Sekhon.

38. Le PRÉSIDENT dit que la plupart des délégations ayant participé à l'élaboration de la Convention de 1961 avaient estimé que le membre de phrase dont il vient d'être donné lecture l'affaiblissait considérablement.

39. Selon M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques), l'article VI de la Convention européenne de 1961 représente un compromis très utile et il conviendrait peut-être de rédiger exactement de la même manière le paragraphe 2 de l'article 8. Au sujet de l'affirmation selon laquelle la proposition de sa délégation n'empêcherait pas les parties de saisir un tribunal une fois engagée la procédure arbitrale, le représentant soviétique fait remarquer que l'une des parties pourrait avoir besoin de saisir un tribunal pour obtenir une suspension du délai de prescription afin de protéger ses droits. Ce dont il s'agit, c'est — comme l'a fait observer le représentant des Etats-Unis — de protéger non pas les intérêts du demandeur ou du défendeur, mais l'institution même de l'arbitrage.

40. Le PRÉSIDENT dit qu'aucune majorité définie ne semble se dégager en faveur d'une modification du texte et que le débat est très similaire à celui du Groupe de travail, dont l'aboutissement a été l'article 8. Pour éviter un prolongement des délibérations, il propose que l'on maintienne le texte de l'article 8.

41. *Il en est ainsi décidé.*

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

42. Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) dit qu'à première vue, l'article 9 est assez énigmatique. Dans le paragraphe 1 du commentaire analytique du secrétariat sur cet article (A/CN.9/264, p. 25) on a cherché à expliquer que le fait pour les parties d'avoir conclu une convention d'arbitrage ne signifie pas qu'elles ont renoncé à leur droit de recourir à un tribunal pour obtenir des mesures provisoires. Si tel est tout le contenu de l'article, celui-ci est anodin, et peut-être même inutile. Par contre, au cas où les parties se mettraient d'accord, dans leur convention d'arbitrage, pour ne pas recourir à un tribunal afin d'obtenir des mesures provisoires, il se poserait la question de savoir si un tel accord serait invalidé par l'article 9. Une disposition excluant ce recours au tribunal figure dans le règlement du tribunal d'arbitrage international de Londres, et elle a été jugée utile et acceptable. Si l'on n'entend pas invalider des accords de ce genre, il faut apporter quelque clarification, par exemple en libellant le texte comme suit "... ne sont pas incompatibles avec le fait de soumettre un différend à l'arbitrage".

43. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) déclare que l'intention du Groupe de travail, en rédigeant l'article 9, a posé le principe que la simple existence d'une convention d'arbitrage ne devait pas empêcher une partie de demander des mesures provisoires conservatrices à un tribunal, ni un tribunal d'octroyer de telles mesures. L'article a été jugé nécessaire, car il y a eu des cas, dans la pratique judiciaire, où l'existence d'une convention d'arbitrage a entraîné l'incompétence totale des tribunaux. L'article ne vise pas à priver d'effets les accords que pourraient conclure les parties pour s'interdire tout recours aux tribunaux visant à en obtenir des mesures provisoires.

44. M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) déclare que sa délégation a noté que la gamme des mesures provisoires qu'un tribunal peut octroyer est très vaste et comprend les saisies conservatoires. Il pense qu'il faudrait aussi indiquer clairement que dans des circonstances appropriées, la protection s'étend aux secrets d'affaires et autres renseignements exclusifs, eu égard en particulier aux articles 26 et 27 relatifs à la fourniture de pièces, marchandises, ou autres biens à soumettre à des fins d'examen à un expert nommé par le tribunal arbitral ou demandé par un tribunal. La délégation américaine pense qu'une telle précision serait utile vu la complexité croissante des transactions commerciales internationales qui suscitent des litiges relevant de l'arbitrage; ces transactions comprennent aujourd'hui des accords à long terme complexes portant sur des questions telles que la construction d'installations industrielles, ou encore le transfert de techniques.

45. M. LAVINA (Philippines) dit que l'objet de l'article 9 ne vise pas seulement la question de la réponse favorable d'un tribunal à la demande par une partie de mesures provisoires. Aussi propose-t-il que le membre de phrase "l'octroi de telles mesures par un tribunal" soit remplacé par "la suite donnée par un tribunal à cette demande".

46. M. ROEHRICH (France) déclare qu'il y a eu une proposition d'amendement de fond à l'article 9 qui tendrait à appuyer l'interprétation selon laquelle les tribunaux nationaux seraient tenus de respecter une convention préalable entre les parties de ne pas demander aux tribunaux de mesures provisoires. La délégation française est satisfaite du libellé actuel de l'article 9 précisément parce qu'il laisse cette question ouverte. Cette possibilité est également dans l'intérêt des parties elles-mêmes, qui ne peuvent prévoir chaque éventualité. Elle propose que le texte original soit maintenu.

47. M. AYLING (Royaume-Uni) pense que l'on pourrait peut-être améliorer le texte en remplaçant "la convention d'arbitrage", à la dernière ligne, par "une convention d'arbitrage".

48. M. ROEHRICH (France) dit qu'il n'a aucune objection à cet amendement.

49. M. HJERNER (Observateur, Chambre de commerce internationale) fait observer qu'il y a un petit problème si l'on rapproche les articles 5, 9 et 18. Si une partie demande des mesures provisoires, d'abord au tribunal arbitral, puis à un tribunal, il y a un risque que soient ordonnées des mesures provisoires contradictoires.

50. Le PRÉSIDENT déclare qu'une loi type ne peut entrer dans des détails de cette nature. S'il n'y a pas d'autres commentaires, il considérera que l'article 9 est retenu, étant entendu que la modification rédactionnelle proposée par le Royaume-Uni y sera incorporée.

51. *Il en est ainsi décidé.*

Chapitre III. Composition du tribunal arbitral

Article 10. Nombre d'arbitres

52. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) indique que sa délégation a soumis une proposition écrite (A/CN.9/263, p. 24) selon laquelle il serait bon de mentionner au chapitre III que la composition du tribunal arbitral doit garantir l'impartialité de la sentence; cela semble être le principe directeur le plus important de l'arbitrage. Sa délégation retire cette proposition car elle poserait des problèmes pour l'interprétation des articles 12 et 13, dont il ressort que chaque arbitre, même s'il est nommé par une partie, doit être impartial et indépendant. Il s'ensuit que le tribunal lui-même doit être impartial.

Article 11. Nomination des arbitres

Article 11, paragraphe 1

53. Le PRÉSIDENT note qu'il n'y a aucun commentaire sur le paragraphe 1 de l'article 11.

Article 11, paragraphe 2

54. M. HJERNER (Observateur, Chambre de commerce internationale) demande s'il ne serait pas souhaitable de stipuler expressément au paragraphe 2 de l'article 11 que tous les arbitres doivent être impartiaux et indépendants, étant donné les importantes différences existant dans la pratique.

55. Le PRÉSIDENT souligne que le manque d'impartialité ou d'indépendance sont des motifs de récusation des arbitres et d'annulation de la sentence.

56. M. SEKHON (Inde) déclare qu'il serait préférable de commencer le paragraphe par la phrase "sans préjudice des dispositions . . . du présent article".

Article 11, paragraphe 3

57. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) attire l'attention sur l'amendement écrit à l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 11 (A/CN.9/263, p. 24) que sa délégation a proposé, à savoir remplacer les mots "dans un délai de 30 jours après avoir été priée de le faire par l'autre partie", par les mots "dans un délai de 30 jours après réception de la demande que l'autre partie lui a adressée à cet effet".

58. Le PRÉSIDENT déclare que le secrétariat fera le nécessaire.

59. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) suggère que, pour accélérer la procédure, on insère également un délai à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 11, à propos de la nomination d'un arbitre unique.

60. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que le Groupe de travail a, dans toute la mesure possible, évité de fixer des délais car il est difficile de choisir une période qui convienne dans tous les cas. En outre, la situation prévue à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 11 n'est pas exactement la même que celle prévue à l'alinéa *a*. Elle résulte de l'impossibilité des parties d'arriver à un accord, dont la meilleure preuve est la demande de nomination d'un arbitre faite par l'une d'entre elles auprès du tribunal.

61. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) retire sa proposition.

62. Le PRÉSIDENT estime que dans les cas où le lieu de l'arbitrage a été déterminé, le tribunal mentionné aux alinéas *a* et *b* de l'article 31 devrait être le tribunal national approprié du pays intéressé.

63. *Il en est ainsi décidé.*

64. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que la Commission doit décider quel serait le tribunal compétent dans le cadre du paragraphe 3 de l'article 11 au cas où les parties n'auraient pas encore convenu du lieu de l'arbitrage. Il faut opérer un choix entre les tribunaux nationaux soit du pays où le défendeur a son établissement, soit du pays où le demandeur a son établissement. La délégation américaine penche pour l'Etat du demandeur car le défendeur n'a pas nommé d'arbitre en application de l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 11.

65. Le PRÉSIDENT fait remarquer que dans la Convention européenne de 1961, c'est le pays du défendeur qui a été retenu. Il serait par conséquent difficile pour les Etats qui sont parties à la Convention européenne d'accepter un arrangement différent. On pourrait toutefois, si le tribunal compétent du pays du défendeur ne nommait pas d'arbitre, confier cette responsabilité au tribunal compétent du pays du demandeur.

66. Le PRÉSIDENT suggère au secrétariat, en consultation avec le représentant des Etats-Unis, de proposer une rédaction qui convienne. La question semble être réglée en ce qui concerne l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 11. Quant à l'alinéa *b*, dans les cas où le lieu de l'arbitrage n'a pas été déterminé, le problème semble plus difficile et il a d'ailleurs fait l'objet d'une annexe complète dans la Convention européenne.

67. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) fait remarquer que cette situation, qui peut être couverte par la décision qui vient d'être adoptée — à savoir que la question relèverait de l'autorité compétente du pays du défendeur — ne se présentera que jusqu'à ce que le lieu de l'arbitrage soit convenu ou que les parties exercent leur droit de choisir une autre loi de procédure; le problème sera alors résolu et on peut donc se demander s'il est nécessaire de prévoir une disposition spéciale dans la loi type. Les parties ne sont pas dans un vide juridique car il existe des lois concernant l'arbitrage qui procureraient une assistance similaire à celle qu'offre la loi type.

68. M. EYZAGUIRRE (Observateur, Association interaméricaine des avocats) dit que le cas envisagé n'a que très peu de chances de se poser et que des dispositions appropriées existent dans les arrangements institutionnels en matière d'arbitrage. Il est relativement peu important que la décision soit prise par le tribunal compétent de l'Etat du demandeur ou de celui du défendeur ou par un tiers.

69. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) fait remarquer que dans le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, chaque partie peut demander au Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye de désigner une autorité de nomination.

70. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) estime que, compte tenu de la rareté du cas envisagé, il serait raisonnable de retenir le tribunal du pays dans lequel le défendeur a son établissement, c'est-à-dire la solution adoptée à l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 11.

71. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) fait observer que la loi type ne peut qu'indiquer, dans le cas des Etats qui l'ont adoptée, si le Tribunal visé à l'article 6 doit ou non s'acquitter de cette tâche. Aussi pourrait-on adopter une disposition ainsi formulée : "que, d'une manière générale, la présente Loi s'applique ou non, avant que le lieu d'arbitrage et, le cas échéant, la loi de procédure ne soient choisis, le Tribunal visé à l'article 6 peut accorder son assistance conformément à l'article 11, sous réserve que le défendeur ait son établissement sur le territoire national". Grâce à une telle disposition, il sera difficile au tribunal de refuser d'agir.

72. Le PRÉSIDENT dit que le tribunal risque d'avoir des doutes quant à la validité de la convention d'arbitrage.

73. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) dit que le tribunal risque de ne rien faire pendant un temps considérable.

74. Le PRÉSIDENT, notant que des cas de ce type sont très rares et que les dispositions complexes de la Convention européenne de 1961 n'ont jamais été appliquées dans la pratique, propose qu'une même disposition soit adoptée pour les alinéas *a* et *b*. Lorsque le lieu de l'arbitrage n'a pas été convenu, la nomination de l'arbitre unique devrait incomber au tribunal compétent de l'Etat où le défendeur a son établissement, et si ce tribunal refuse d'agir, à celui de l'Etat où le demandeur a son établissement.

75. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 4 de l'article 11

76. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) fait observer qu'il y a aussi au paragraphe 4 de l'article 11 une référence au Tribunal visé à l'article 6.

77. Le PRÉSIDENT propose que l'on adopte les règles adoptées pour le paragraphe 3 de l'article 11.

78. M. STROHBACH (République démocratique allemande) fait observer que l'alinéa *c* du paragraphe 4 de l'article 11 mentionne une "autorité de nomination". Il serait peut-être bon qu'une définition de ce terme figure à l'article 2.

79. Le PRÉSIDENT fait observer que les définitions figurant à l'article 2 couvrent les termes utilisés dans plusieurs dispositions. Si l'expression "autorité de nomination" n'apparaît que dans l'article 11, il serait préférable de la définir dans l'article même.

80. M. STROHBACH (République démocratique allemande) dit qu'il vérifiera si ce terme est utilisé ailleurs dans le texte.

La séance est levée à 17 h 5.

313e séance

Vendredi 7 juin 1985, à 9 h 30

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 9 h 35.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264)

Article 11. Nomination des arbitres (suite)

Paragraphe 4 (suite)

1. M. ROGERS (Australie) rappelle qu'au cours de l'examen de l'alinéa *e* de l'article 2, la délégation de son pays a noté qu'il était possible de prévoir un autre type de signification lorsque l'on savait que le destinataire ne se trouvait pas à son dernier établissement connu ou à sa dernière résidence habituelle. Le problème est que la disposition sur la réception des communications est si prudemment formulée à l'alinéa *e* de l'article 2 qu'un tribunal pourrait penser qu'elle lui interdit d'ordonner un autre type de signification. M. Rogers propose que la Commission insère une disposition à l'article 11 pour qu'il soit bien clair que tel n'est pas le but recherché.

2. Le PRÉSIDENT dit qu'à son avis, les notifications prévues à l'alinéa *e* de l'article 2 se limitent à celles effectuées au cours de la procédure d'arbitrage, notamment la notification du choix de l'arbitre et la notification de la sentence et excluent une signification ordonnée par un tribunal. Il vaudrait peut-être mieux que ceci soit précisé à l'alinéa *e* de l'article 2.

3. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) appuie la suggestion du Président.

4. M. ROGERS (Australie) accepte cette suggestion.

Article 12. Motifs de récusation

Paragraphe 1

5. M. KADI (Algérie) dit que, bien que le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux ait déjà traité cette question, la délégation algérienne estime que le paragraphe 1 devrait faire allusion aux qualifications d'un éventuel arbitre. Il propose de modifier comme suit le début du paragraphe : "Lorsqu'une personne est pressentie, à propos de ses qualifications, en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale . . .".

6. M. SAWADA (Japon) propose de modifier comme suit le début du paragraphe 1 : "Une personne pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre signale . . .".

7. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) préfère le libellé actuel parce qu'il traduit la nécessité d'agir vite.

8. Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) dit que les articles 12 à 15 présentent un intérêt particulier pour les arbitres. Il estime que le Groupe de travail a fait un excellent travail sur des dispositions qui sont de nature essentiellement mécanique.

Paragraphe 2

9. Mme VILUS (Yougoslavie) dit que les mots "ne . . . que" semblent avoir été inclus dans la première phrase du paragraphe 2 pour limiter les récusations aux cas où il y a doute sur l'impartialité ou l'indépendance d'un arbitre. Cette solution se révélera peut-être par trop restrictive dans certains cas. Il pourrait être utile d'élargir le champ du paragraphe en autorisant les récusations pour d'autres motifs.

10. M. SZASZ (Hongrie) dit que les motifs de récusation devraient être limités et que les mots "ne . . . que" contribuent à préciser ce fait. La délégation hongroise approuve néanmoins la proposition écrite des Etats-Unis (A/CN.9/263, art. 12, p. 25, par. 3) tendant à ajouter à la phrase les mots "ou pour un motif convenu par les parties".

11. M. SEKHON (Inde) dit ne pas être satisfait des mots "un arbitre ne peut être récusé", au début du paragraphe 2. La récusation devrait porter sur la nomination de l'arbitre et non sur sa personne. Il propose de modifier en conséquence le libellé de cette phrase. Il considère que les mots "ne . . . que" pourraient être supprimés, mais que la référence dans la phrase à un troisième facteur, comme l'ont proposé les Etats-Unis, est une question toute différente.

12. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) approuve les observations du représentant de la Hongrie.

13. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) souhaiterait que les mots "ne . . . que" soient supprimés. Il est vrai que, dans la plupart des cas, les récusations sont fondées sur les questions liées à l'impartialité ou à l'indépendance, mais d'autres facteurs peuvent entrer en jeu; dans certains cas, par exemple, sans que l'intégrité de l'arbitre soit mise en doute, sa nationalité pourra être considérée comme un motif valide de récusation, au vu de certaines politiques suivies par son gouvernement.

14. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que ce paragraphe — comme le paragraphe correspondant du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI — n'est pas incompatible avec l'observation faite par le représentant de la Tanzanie, car il comprend les mots "doutes légitimes". Il est donc superflu de supprimer les mots "ne . . . que". M. Holtzmann convient que de tels doutes puissent être suscités dans certains cas exceptionnels du fait de la nationalité d'une personne. Il estime que la dernière phrase du paragraphe 4 du commentaire du secrétariat sur l'article 12 (A/CN.9/264, p. 30) est d'une portée trop vaste pour être reprise en compte par la Commission, car une référence générale à l'impartialité ou à l'indépendance ne peut être considérée comme couvrant tous les motifs de récusation mentionnés dans les législations nationales.

15. Mme VILUS (Yougoslavie) note que le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international comporte une disposition permettant de récuser un arbitre s'il retarde la procédure ou ne s'acquitte pas de son mandat conformément audit règlement. Les mots "ne . . . que" rendent le projet de texte plus restrictif que le règlement de la CCI.

16. Le PRÉSIDENT dit que l'observation faite par l'orateur précédent semble trouver sa réponse à l'article 14.

17. M. TANG Houzhi (Chine) comprend l'observation du représentant de la Tanzanie, mais n'a pas d'idée très arrêtée sur la suppression ou le maintien des mots "ne . . . que". Il ne pense pas que l'addition proposée par les Etats-Unis soit nécessaire.

18. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) dit que les parties risquent de ne pas s'accorder sur la légitimité de certains doutes. Dans ce cas, qui tranchera ? Il approuve par ailleurs l'addition proposée par les Etats-Unis.

19. Le PRÉSIDENT dit que le paragraphe 1 de l'article 11 autorise une récusation au motif de la nationalité, si cela est conforme aux vœux des parties. Lui aussi estime que la nationalité d'un arbitre peut susciter des doutes légitimes quant à son impartialité ou à son indépendance. Si la disposition énoncée au paragraphe 1 de l'article 11 figure dans le projet de texte, c'est naturellement parce que, en vertu des lois de certains pays, des étrangers ne peuvent être nommés arbitres.

20. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit que, si la nationalité d'un arbitre suscite des doutes légitimes quant à son impartialité ou son indépendance, celui-ci devrait être récusé en application du paragraphe 2 de l'article 12. Cette situation ne sera pas modifiée si l'on supprime les mots "ne . . . que".

21. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) en convient. Il ne pense pas que la suppression des mots "ne . . . que" modifie en rien le texte. Cependant, le paragraphe correspondant du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne comporte pas ces mots et on pourrait envisager que la Commission suive cet exemple.

22. M. LAVINA (Philippines) est lui aussi favorable à la suppression des mots "ne . . . que". Il approuve la proposition d'ordre rédactionnel faite par le représentant de l'Inde.

23. M. EYZAGUIRRE (Observateur, Association interaméricaine du barreau) dit qu'il faudrait conserver les mots "ne . . . que" car, s'ils étaient supprimés, les interprétations divergeraient selon les pays. Il approuve la proposition écrite des Etats-Unis.

24. M. KADI (Algérie) dit que, si la Commission, avec toutes les compétences dont elle dispose, ne peut s'accorder sur l'interprétation de l'article, les gouvernements éprouveront des difficultés à bien le comprendre.

25. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) approuve les remarques du représentant de la Hongrie et de l'observateur de l'Association interaméricaine du barreau. Il approuve la proposition écrite des Etats-Unis.

26. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) note que la Commission avait décidé à sa douzième session que la loi type devrait tenir dûment compte du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et que le paragraphe correspondant dudit règlement ne comporte pas les mots "ne . . . que".

27. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que, si le Groupe de travail a inclus les mots "ne . . . que", c'est pour préciser le sens de l'article. Il est important de garder présent à l'esprit la différence qu'il y a entre une loi type, qui doit être adoptée en tant que législation nationale, et un ensemble de règles facultatives pouvant être incorporé à un contrat. M. Herrmann estime que la question qui se pose en fait n'est pas le maintien ou la suppression des mots "ne . . . que", mais l'élargissement ou non du champ de l'article.

28. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) dit que la suppression des mots "ne . . . que" ne modifiera pas le sens de la phrase. L'addition proposée par les Etats-Unis rendrait l'article moins restrictif.

29. M. SEKHON (Inde) dit que la notion de doutes légitimes sur l'impartialité ou l'indépendance d'un arbitre ne semble pas du tout restrictive.

30. Mme RATIB (Egypte) dit que le paragraphe 5 de l'article 11 stipule que, lorsqu'il nomme un arbitre, le tribunal tient compte de toutes les qualifications requises par convention des parties et de toute considération propre à garantir l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre. Peut-être pourrait-on retenir une formulation similaire au paragraphe 2 de l'article 12.

31. M. ROEHRICH (France) dit que l'impartialité et l'indépendance sont déjà des notions d'une grande portée. Si la proposition des Etats-Unis est retenue, on pourra conserver les mots "ne . . . que".

32. M. SZASZ (Hongrie) dit que, dans son pays, la phrase sera interprétée dans un sens restrictif, même si on supprime les mots "ne . . . que".

33. M. ILLESCAS (Espagne) dit qu'il faudrait conserver les mots "ne . . . que", car ils précisent le caractère restrictif de l'article. Dans la plupart des cas, une partie récusant un arbitre spécifiera pourquoi elle doute de son impartialité ou de son indépendance. Les législateurs nationaux seront libres d'énoncer d'autres motifs que ceux mentionnés au paragraphe 2 de l'article 12 lorsqu'ils adopteront la loi type. Cependant, la délégation espagnole ne s'oppose pas à l'addition proposée par les Etats-Unis.

34. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit que les problèmes que pose à la Commission le paragraphe 2 de l'article 12 tiennent à la question non encore résolue du sens réel des mots "questions régies par la présente Loi" employés à l'article 5. S'il est vrai qu'une récusation pour un motif convenu par les parties ne constitue pas une récusation pour un motif figurant dans la loi type, l'article 5 ne signifie rien et ne fait que souligner l'absence de clarté qui transparaît dans tout le texte de la loi type.

35. M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) propose d'ajouter au paragraphe 2 de l'article 12 une disposition aux termes de laquelle les parties pourraient convenir d'autres motifs de récusation.

36. M. LAVINA (Philippines) dit qu'il serait bon de savoir si la Commission souhaite ou non supprimer les mots "ne . . . que". En conséquence, il propose officiellement que la Commission procède à un "vote indicatif" sur cette question. Cette façon de faire n'est pas nouvelle et a déjà été employée par la Commission dans le passé.

37. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) note que la proposition tendant à supprimer ces mots a reçu un certain appui.

38. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la majorité de la Commission souhaite que les mots "ne . . . que" soient conservés. On pourrait expliquer dans le rapport que les intentions du paragraphe 2 de l'article 12 sont les mêmes que celles du paragraphe 1 de l'article 10 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. La proposition écrite des Etats-Unis semble avoir de nombreux partisans. Il faudrait peut-être préciser, lorsqu'on l'incorporera dans le projet de texte, que, dans des cas exceptionnels, la notion de "doutes légitimes" peut s'étendre à la nationalité d'un arbitre. Le Président propose que les représentants des Etats-Unis, de l'Inde et de l'Algérie, et d'autres représentants intéressés, se réunissent avec le secrétariat afin de décider de la meilleure manière d'incorporer la proposition des Etats-Unis dans l'article.

39. *Il en est ainsi décidé.*

Article 13. Procédure de récusation

Paragraphe 1

40. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) note que, comme le secrétariat l'a indiqué dans son commentaire (A/CN.9/264, p. 32, par. 4, deuxième phrase), l'article 13 ne règle pas le problème d'un arbitre unique qui a été récusé et refuse de se déporter. Il suggère d'ajouter après les mots : "rejetant la récusation", au paragraphe 3, le membre de phrase suivant : "ou du refus de l'arbitre unique de se déporter".

41. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) rappelle que son pays a proposé en ce qui concerne le paragraphe 1 (A/CN.9/263, p. 25, par. 8), qu'une décision prise selon la procédure de récusation convenue par les parties soit définitive.

42. Le PRÉSIDENT demande s'il faut en déduire que la décision ne pourrait être infirmée par un tribunal.

43. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) répond que, s'il peut y avoir dans des cas isolés des motifs d'exercer un recours contre une telle décision, dans l'ensemble il convient de présumer qu'elle est définitive et s'impose aux parties.

44. Pour M. ROEHRICH (France), la proposition des Etats-Unis semble signifier qu'il y aura une règle uniforme fixant les conséquences du choix d'une procédure de récusation par les parties. Dans ce cas, il hésiterait à l'accepter, car il est impossible de prévoir quelle procédure de récusation celles-ci pourront choisir. Si on laisse aux parties une telle liberté de choix en vertu du paragraphe 1 — selon un point de vue qu'il partage — il ne voit pas pourquoi on devrait régler la question du recours éventuel contre une décision en matière de récusation. Il préférerait laisser le paragraphe 1 tel qu'il se présente.

45. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) partage les doutes du représentant de la France. A son avis, la loi type devrait exclure tout recours à un tribunal pendant la procédure arbitrale et donner aux parties le droit de contester la sentence après son prononcé, mais le Groupe de travail a rejeté cette idée. M. Moeller peut néanmoins accepter le texte dans sa forme actuelle, qui ne pose pas de problème. Si les parties ont décidé par exemple que la question de la récusation sera tranchée par un organe et que ledit organe rejette une demande de récusation, la partie qui a échoué hésitera à saisir un tribunal, sachant qu'alors, ses chances de succès seront faibles. Ainsi, le texte actuel ne devrait pas avoir un effet dilatoire sur la procédure arbitrale.

46. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) indique que la proposition écrite de sa délégation, reproduite sous la cote A/CN.9/263 (p. 27, par. 10), qui vise à supprimer ou au moins limiter considérablement le paragraphe 3, se rapporte directement au paragraphe 1. Indépendamment du sort réservé au paragraphe 3, il estime néanmoins que la proposition des Etats-Unis est justifiée. Si les parties sont convenues d'une procédure devant un certain organe pour récuser un arbitre, la procédure devra être appliquée sans recours au tribunal. L'article 34 semble permettre un recours contre une sentence arbitrale s'il est fait grief à un arbitre de manquer d'impartialité ou d'indépendance. Dans ce cas, M. Lebedev se demande s'il est opportun de prévoir à l'article 13 également une procédure judiciaire applicable à ce

cas. Son point de vue est étayé par les commentaires de la Chambre de commerce international, reproduits sous la cote A/CN.9/263/Add.1 (p. 10, par. 1).

47. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) pense, comme le représentant de l'Union soviétique, que tout recours judiciaire pendant la procédure arbitrale devrait être évité.

48. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit que son gouvernement n'est pas de cet avis, pour des raisons qui ressortiront de ses interventions sur d'autres articles.

49. Le PRÉSIDENT propose que la question soit examinée dans le cadre du paragraphe 3.

50. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 2

51. M. STROHBACH (République démocratique allemande) se réfère à la déclaration faite par l'Observateur de la Bulgarie. Alors que la deuxième phrase du paragraphe 2 définit la procédure de récusation de l'un des arbitres, la question de la récusation continue de se poser lorsqu'il y a un seul arbitre. A son avis, la solution la plus simple consisterait à prévoir au paragraphe 2 qu'un arbitre unique qui est récusé a la possibilité de se déporter, faute de quoi, il est mis fin à son mandat.

52. Le PRÉSIDENT fait observer qu'une pareille disposition pourrait ouvrir la voie à une série interminable de récusations.

53. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que, de l'avis du secrétariat, un arbitre unique qui est récusé et qui ne se déporte pas se range implicitement à la décision prévue au paragraphe 2. Le paragraphe semble donc suffisamment complet et d'application simple.

54. M. MAGNUSSON (Suède) croit qu'il ne serait peut-être pas souhaitable de donner à un arbitre récusé en cours de procédure la possibilité de se déporter volontairement car une telle décision prise à un stade aussi avancé de la procédure, pourrait entraîner des dépenses considérables et des délais importants. Peut-être vaudrait-il mieux stipuler que le tribunal arbitral décidera si un arbitre récusé doit réagir à la récusation immédiatement ou à la fin de la procédure.

55. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) estime que, dans le cas où l'un des arbitres a été récusé, le mieux est que cet arbitre ne prenne pas part à la décision sur la récusation. L'application de la règle du paragraphe 2 posera des problèmes à son pays car ce principe figure dans sa législation nationale.

La séance est levée à 12 h 30.

314e séance

Vendredi 7 juin 1985, à 14 heures
Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 14 h 5.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264)

Article 13. Procédure de récusation (suite)

1. Le PRÉSIDENT rappelle que l'article 13 constitue un compromis entre deux approches différentes de la question de la récusation. Selon l'une de ces approches, les décisions du tribunal arbitral sur la récusation d'un de ses membres peuvent faire l'objet d'un appel immédiat au tribunal. La procédure arbitrale est alors suspendue jusqu'à ce que la récusation soit confirmée (auquel cas la composition du tribunal arbitral serait modifiée avant que celui-ci puisse poursuivre ses travaux) ou rejetée (auquel cas le tribunal arbitral original poursuivrait ses travaux). Selon la seconde approche, c'est au tribunal arbitral lui-même de décider d'une récusation, mais une récusation rejetée peut constituer un motif de contestation de la sentence finale. L'article 13 présente une solution de compromis par laquelle la décision finale à propos de la récusation appartient au tribunal, mais le tribunal arbitral peut poursuivre l'arbitrage en attendant ladite décision.

2. Mme RATIB (Egypte) propose que les derniers mots du paragraphe 3 de l'article 13 soient modifiés 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'ordonne sa suspension". Il serait préférable d'habiliter le tribunal à ordonner la suspension de la procédure arbitrale lorsqu'il a connaissance de motifs pouvant justifier une telle mesure.

3. M. SEKHON (Inde) approuve la proposition égyptienne. Si la procédure arbitrale se poursuit en attendant la décision du tribunal et que ce dernier confirme la récusation, des dépenses et des retards inutiles auront été occasionnés. Le délai de 15 jours énoncé aux paragraphes 2 et 3 de l'article 13 est peut-être trop bref pour l'arbitrage commercial international. M. Sekhon propose un délai de 30 jours, à moins que les dispositions du paragraphe 1 de l'article 11 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne soient scrupuleusement respectées. Enfin, à la quatrième ligne du texte anglais du paragraphe 2 de l'article 13, le mot "the" avant "later" semble inutile.

4. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) dit que la proposition de sa délégation relative au paragraphe 3 de l'article 13 est, de toutes les observations qui ont été faites par les gouvernements sur l'article 13, celle qui a la plus grande portée (A/CN.9/263, p. 27, par. 10). Le texte actuel ne constitue en fait pas un compromis lorsqu'on le compare aux dispositions en vigueur dans les pays tels que l'URSS, qui n'envisagent pas la possibilité de demander au Tribunal de statuer sur la récusation avant le prononcé de la sentence. La proposition de la délégation soviétique consiste à supprimer totalement le paragraphe 3 de l'article 13, le paragraphe 1 s'appliquant alors si les parties convenaient d'une procédure de récusation et le paragraphe 2 si elles n'en convenaient pas. Il est clair cependant que le paragraphe 2 ne peut s'appliquer que lorsqu'il y a un minimun de trois arbitres et que la récusation ne vise que l'un d'entre eux. Le représentant de la République démocratique allemande a fait remarquer à juste titre qu'il ne peut s'appliquer s'il y a un arbitre. L'autre

proposition soviétique consisterait à conserver le paragraphe 3, mais à le limiter aux cas où la procédure de récusation n'a pas été convenue au préalable par les parties et où la récusation vise un arbitre unique, ou plus d'un arbitre lorsqu'ils sont trois.

5. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) dit qu'il serait possible, à titre de compromis, d'accepter la pleine autonomie des parties pour ce qui est de la procédure de récusation en supprimant du paragraphe 1 de l'article 13 les mots "sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article". Dans la pratique, cela signifierait qu'en cas d'arbitrage organisé, il ne serait pas possible de recourir à un tribunal si les règles de l'institution d'arbitrage l'interdisaient. Pour ce qui est des arbitrages *ad hoc*, la délégation bulgare est disposée à accepter la procédure énoncée aux paragraphes 2 et 3 de l'article 13. M. Stalev propose que l'on examine ultérieurement le problème de l'arbitre unique.

6. M. MTANGO (Tanzanie), Rapporteur, dit préférer le compromis élaboré par le Groupe de travail, qui tient compte du fait que les différents systèmes juridiques ont des attitudes différentes envers l'intervention des tribunaux. Il est souhaitable d'adopter un arrangement qui facilite l'adoption de la loi type par tous les pays. Lorsque l'intervention des tribunaux n'est pas usuelle dans une législation nationale, il n'y a pas de raison de l'y introduire.

7. M. BROCHES (Observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial) propose de modifier le libellé de l'article 13 en insérant à la fin de la deuxième ligne du paragraphe 2 de l'article 13 les mots "notification de la", entre les mots "15 jours à compter de la date de la" et "constitution". La proposition des Etats-Unis est acceptable : si M. Broches la comprend bien, le paragraphe 2 de l'article 13 s'appliquera à tous les cas, sauf lorsque la récusation concerne un arbitre unique ou une majorité d'arbitres. Il n'approuve pas la proposition du représentant de la République démocratique allemande, aux termes de laquelle, si un arbitre unique refusait de se déporter, il faudrait l'y contraindre.

8. M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) approuve l'amendement proposé par la représentante de l'Egypte.

9. M. AYLING (Royaume-Uni) appuie le compromis du Groupe de travail, pour les raisons énoncées dans le commentaire du secrétariat sur l'article 13 (A/CN.9/264, p. 32 et 33). Si le débat est rouvert, il appuiera sans doute l'amendement égyptien.

10. Mme DASCALOPOULOU-LIVADA (Observateur de la Grèce) dit que le paragraphe 3 de l'article 13, dans son libellé actuel, laisse le tribunal arbitral libre de poursuivre ou non la procédure. Il n'est pas éloigné de la proposition égyptienne, qui est utile et qui a donc son appui.

11. M. GRIFFITH (Australie) se déclare du même avis que le représentant du Royaume-Uni.

12. Le PRÉSIDENT dit que la proposition tendant à supprimer le paragraphe 3 ne semble pas avoir reçu un accueil favorable. Pour ce qui est des deux autres propositions, elles pourraient être combinées en un amendement unique stipulant que les parties peuvent exclure le recours au tribunal mais que, lorsqu'une récusation est soumise au tribunal, ce dernier peut interrompre la procédure arbitrale. Le Président se demande si la Commission considérera que cette solution constitue un compromis plus acceptable que celui que représente l'article 13 actuel.

13. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que la proposition du Président est peut-être trop complexe.

14. Mme RATIB (Egypte) accepte la proposition du Président.

15. M. ROEHRICH (France) demande s'il ne serait pas possible de conserver le texte actuel. La délégation française tient à éviter que les tribunaux nationaux puissent émettre des injonctions durant la procédure arbitrale. Ils devraient avoir un rôle plus général : annulation des sentences, reconnaissance ou exécution des sentences étrangères et fourniture d'une assistance (le cas échéant) en ce qui concerne la composition des tribunaux arbitraux. En outre, M. Roehrich se demande quelles sanctions pourraient être envisagées si les tribunaux se voyaient accorder le pouvoir concret de suspendre la procédure arbitrale. Le paragraphe 3 de l'article 13, assorti de la réserve énoncée au paragraphe 1 du même article, laisse sagement au tribunal arbitral le choix de poursuivre ou non la procédure.

16. Le PRÉSIDENT dit que l'amendement égyptien risque de placer les tribunaux dans une position difficile. Si un juge rend une ordonnance provisoire de suspension de la procédure d'arbitrage, ne sera-t-il pas enclin à faire droit à la récusation dans sa décision définitive. S'il décidait en effet de la rejeter, il aurait causé une grande perte de temps et d'argent aux parties.

17. M. SEKHON (Inde) indique que, manifestement, il existe en Autriche des contraintes qui expliquent que les juges soient réticents à accorder une suspension. Dans la *common law*, il existe certains principes régissant l'octroi d'une ordonnance de suspension. Tout d'abord, la requête doit être fondée sur un grief apparemment justifié. Deuxièmement, des considérations pratiques doivent militer en faveur de la partie qui demande la suspension. Troisièmement, la partie requérante doit risquer de subir un préjudice irréparable si la suspension n'est pas accordée. S'il était personnellement juge dans une telle espèce, M. Sekhon ordonnerait que le tribunal d'arbitrage poursuive la procédure sans toutefois rendre de sentence.

18. M. SCHUETZ (Autriche) dit que sa délégation est favorable au compromis rédigé par le Groupe de travail car il présente l'avantage de prévoir l'assistance des tribunaux en cas de récusation, tout en minimisant le risque de manœuvres dilatoires de l'une ou l'autre des parties, et il tient compte par ailleurs de l'ensemble des points de vues et des intérêts de toutes les parties. M. Schuetz n'est pas partisan de la proposition tendant à ce que le juge soit habilité à ordonner provisoirement la suspension, la responsabilité de l'Etat risquant éventuellement d'être mise en cause si cette décision est ensuite réformée.

19. M. GRIFFITH (Australie) déclare que sa délégation soutient la suggestion du Président visant à combiner les propositions des délégations de la Bulgarie et de l'Egypte. Il ne voit aucune difficulté dans un système de *common law* à ce qu'il soit fait droit provisoirement à la demande. Aucun problème de responsabilité judiciaire ni étatique ne risquerait de se poser, vu qu'un tribunal qui envisage de rendre une décision provisoire de suspension obligera probablement la partie requérante à garantir l'autre partie de tout préjudice éventuellement subi par elle si la décision est ultérieurement réformée. Bien que cela oblige à remanier le dispositif du paragraphe 3 de l'article 13, la délégation australienne préfère que le tribunal soit habilité à ordonner la suspension, ainsi qu'il a été proposé.

20. Le PRÉSIDENT invite la Commission à envisager l'hypothèse où le tribunal ordonnerait une suspension provisoire, mais où le tribunal arbitral poursuivrait la procédure en passant outre à la décision du tribunal et rendrait une sentence. Si par la suite, le tribunal concluait définitivement que la récusation, sur la base de laquelle il a ordonné la suspension, n'est pas fondée, la sentence serait-elle alors nulle comme rendue au mépris de la décision provisoire du tribunal ou serait-elle validée par la décision définitive rendue ultérieurement par celui-ci ?

21. Mme RATIB (Egypte) dit que le jugement du tribunal devrait prévaloir dans tous les cas.

22. M. LAVINA (Philippines) indique que, dans la plupart des systèmes judiciaires, les tribunaux sont habilités à faire exécuter leurs décisions. S'agissant de la question de la responsabilité judiciaire, il pense qu'un juge ne serait responsable qu'en cas d'abus de pouvoir.

23. M. KNOEPFLER (Observateur de la Suisse) dit qu'il est improbable, concrètement, que les arbitres, qui sont censés être des personnes dignes de foi et d'une certaine réputation, passent outre à la décision du tribunal.

24. M. SAWADA (Japon) est favorable au texte rédigé par le Groupe de travail, qu'il considère comme la meilleure solution.

25. M. TANG Houzhi (Chine) dit que l'article 13 tel que rédigé par le Groupe de travail constitue un compromis raisonnable sur la question de l'intervention du tribunal et que sa délégation y est favorable.

26. Selon M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques), la Commission devrait clarifier ce qu'elle entend par décision "définitive". Ce terme signifie-t-il que la décision est définitive pour les parties, ou bien qu'il s'agit d'une décision non susceptible de recours devant une juridiction supérieure ? Il faut que la Commission précise clairement si une décision concernant une récusation serait ou non susceptible de recours devant une juridiction supérieure.

27. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que le Groupe de travail entendait, afin de minimiser les retards, que les décisions concernant des questions de nature plus administrative, comme une récusation, soient définitives et non susceptibles de recours devant une juridiction supérieure.

28. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) demande si le caractère définitif de la décision sera interprété par chaque pays en fonction de son propre code de procédure, permettant ainsi éventuellement un recours devant une juridiction supérieure. Il n'est pas expressément indiqué à l'article 13 que la décision n'est pas susceptible de recours. Il est important que la Commission prenne une décision sur ce point pour éviter tout malentendu ultérieur.

29. M. ROEHRICH (France) dit qu'il est difficile de préciser dans le libellé qu'une décision n'est pas susceptible de recours. Sa délégation juge l'emploi du terme "définitif" (*final*) ambigu. Toutefois, on risque de passer beaucoup de temps à essayer de trouver un libellé plus précis et il serait plus avisé de maintenir "définitif".

30. Le PRÉSIDENT dit que, si un Comité de rédaction est nommé, il s'efforcera de trouver une formule d'où il ressorte clairement que la décision est sans recours. Si l'exercice se révèle impossible, les termes "définitif" (en français) et "*final*" (en anglais) seront maintenus.

31. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) dit qu'il comprend l'intention d'écarter tout recours, mais il se demande si la loi type pourra prévaloir sur les lois internes de procédure qui autorisent un recours devant les juridictions supérieures dans de tels cas.

32. Le PRÉSIDENT dit que l'on espère que la plupart des pays accepteront les dispositions de la loi type, mais qu'ils s'en écarteront de toute évidence dans certains cas. Le texte concernant le caractère définitif de la décision relative à la récusation sera rédigé aussi clairement que possible, mais le compromis sera conservé. Il ne faut surtout pas perdre de vue que l'arbitre unique sera dans une position difficile quand il devra se prononcer sur sa propre impartialité.

33. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) souligne que l'article 13 ne lui paraît pas régler le cas de l'arbitre unique.

34. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) fait observer que la question de savoir quel tribunal est compétent reste à trancher, dans les cas où le lieu de l'arbitrage n'a pas encore été déterminé.

35. Le PRÉSIDENT croit comprendre qu'il a déjà été décidé que, dans le cas où le lieu d'arbitrage est connu, le tribunal compétent sera celui du lieu d'arbitrage. Dans les autres cas, ce sera le tribunal du pays de la partie ayant désigné l'arbitre récusé.

36. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) émet des réserves au sujet de l'utilisation de cette formule dans une législation nationale, car il n'est à son avis pas possible que cette législation énonce des règles aux termes desquelles le tribunal d'un autre pays serait compétent. Selon lui, si le lieu d'arbitrage n'est pas connu, le tribunal compétent sera celui de l'Etat qui adopte la loi type.

37. Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) estime qu'il serait également envisageable de recourir aux mécanismes prévus dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et de demander au Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de désigner une personnalité indépendante remplissant les conditions voulues.

38. Le PRÉSIDENT n'est pas du tout certain que le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage soit disposé à assumer cette fonction.

39. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) pense au contraire que le Secrétaire général serait disposé à le faire et croit savoir qu'il existe des précédents en ce sens.

40. M. ROEHRICH (France) dit qu'avec une loi type, contrairement à ce qui se passerait avec une convention, il appartient aux divers pays adoptant la loi type de désigner, en application de leur législation nationale, les tribunaux qui seront compétents. Il n'est pas possible de traiter de questions de compétence internationale dans ce contexte. Le même problème se pose au sujet de l'article 11, bien que la Commission n'ait pas soulevé d'objection lorsqu'elle l'a examiné, ainsi que de l'article 14. M. Roehrich estime que la Commission n'a pas pour mandat de traiter la question de savoir quel tribunal est compétent quand le lieu d'arbitrage n'est pas connu.

41. M. SZASZ (Hongrie) dit que la loi type ne doit pas être invoquée devant des organes extérieurs et que son application doit être limitée aux tribunaux de l'Etat qui l'adopte. Quant au tribunal visé à l'article 6, il a le sentiment qu'il ne sera pas trop difficile de préciser dans quelles circonstances ce tribunal doit agir.

42. M. BONELL (Italie) partage les doutes déjà exprimés. La loi type doit être incorporée dans la législation de chaque Etat et il ne saurait être question d'attendre de quelque Etat que ce soit qu'il renonce à ses prérogatives en matière de compétence.

43. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) souscrit à l'opinion selon laquelle il ne serait pas approprié de déterminer dans le contexte d'une loi type la compétence d'organismes internationaux comme l'a proposé l'observateur du Chartered Institute of Arbitrators.

44. M. SAWADA (Japon) demande s'il y aura un débat sur le point de savoir si un arbitre qui a été récusé peut participer à la prise de décision sur cette récusation. Dans la négative, il souhaite appeler l'attention de la Commission sur les observations écrites de son pays relatives à la question (A/CN.9/263, p. 25, par. 2, observation relative à l'article 13, deuxième phrase).

45. Le PRÉSIDENT dit que l'avis général semble être que l'arbitre récusé doit rester et donc participer à la prise de décisions sur la récusation. Si aucune observation n'est formulée, il considérera que la Commission est d'accord sur ce point.

46. *Il en est ainsi décidé.*

47. Le PRÉSIDENT fait observer qu'il n'y a pas d'autres observations au sujet de l'article 13; cet article peut donc être considéré comme approuvé, étant entendu que les diverses propositions d'ordre rédactionnel devront être dûment prises en considération.

48. *Il en est ainsi décidé.*

Article 14. Carence ou incapacité d'un arbitre

49. M. BONELL (Italie) fait remarquer que, si l'article 14 est bref, ses répercussions sont considérables. Dans les commentaires qu'elle a soumis par écrit, la délégation italienne a proposé d'ajouter après les mots "de ses fonctions" les mots "d'une façon prompte et efficace" (A/CN.9/263, p. 32, par. 1). Une proposition assez analogue a été faite par la Suède en ce qui concerne l'article 19 touchant l'invitation du tribunal "à faire diligence" (A/CN.9/263, p. 33, par. 1). La délégation italienne attache une grande importance à sa proposition; en effet, faute de spécifier les responsabilités des arbitres, le texte présenterait une importante lacune. Presque toutes les législations nationales ou tous les règlements d'arbitrage contiennent une disposition de cette nature et l'article 14 est l'endroit tout désigné pour l'insérer. La délégation italienne accueillera toute suggestion d'insérer ces mots dans une autre clause mais, en tout état de cause, elle demande instamment l'approbation du fond de la proposition.

50. Pour M. SCHUETZ (Autriche), il va de soi que la loi type suppose que l'on peut se fier à la promptitude et à l'efficacité des arbitres. Si l'addition proposée par l'Italie était incluse dans l'article 14, cela risquerait de donner à penser que la Commission a admis que les arbitres pourraient s'acquitter d'une autre façon de leurs fonctions. De l'avis de M. Schuetz, l'expression "ne s'acquitte pas de ses fonctions" est assez large pour couvrir un retard inacceptable. La délégation autrichienne se prononce donc pour le maintien de l'article tel qu'il est actuellement rédigé.

51. M. SEKHON (Inde), souscrit entièrement à la proposition italienne. L'expression "pour d'autres raisons" souffre d'une imprécision à laquelle on pourrait remédier par l'adjonction d'une expression telle que "avec la diligence voulue" ("with due diligence" ou "with due despatch"). L'orateur se demande aussi s'il faut bien mettre une virgule, dans le texte anglais, après "fails to act". Le texte serait, de l'avis de l'orateur, plus clair s'il était rédigé comme suit "son mandat prend fin s'il ne s'acquitte pas de ses fonctions avec la diligence voulue ou s'il se déporte ou si les parties conviennent de mettre fin à son mandat".

52. M. SAMI (Iraq) déclare que sa délégation estime aussi que la procédure d'arbitrage doit se dérouler avec rapidité et efficacité. C'est précisément pour cette raison que les parties recourent à la procédure d'arbitrage. Un retard indu pour cause de prévarication de la part de l'un des arbitres pourrait fort bien être pour l'autre partie un motif de recours et de demande de remplacement de l'arbitre. La délégation iraquienne appuie en conséquence la proposition de l'Italie. M. Sami ne juge toutefois pas très claire la phrase suivante, qui pourrait être interprétée de plusieurs façons. Comme M. Sami la comprend, la phrase ne porte pas sur les motifs de carence ou d'incapacité d'un arbitre, mais sur une situation ou une condition qui ne permet pas à l'arbitre de s'acquitter avec promptitude de ses fonctions. Peut-être la phrase pourrait-elle être rédigée comme suit : ". . . si l'arbitre ne peut s'acquitter avec promptitude et efficacité de ses fonctions...".

53. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) fait observer que rapidité ne signifie pas toujours efficacité. C'est pourquoi il propose de ne retenir et de n'insérer que le mot "efficacité".

54. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) signale que le libellé de la proposition était "diligence voulue". En ce qui concerne la suggestion qu'une promptitude et une efficacité voulues pourraient déjà être implicitement admises, M. Moeller estime que quelques mots supplémentaires introduits dans la phrase pourraient la rendre parfaitement claire.

55. M. ROEHRICH (France) appuie sans réserve la proposition de l'Italie.

56. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) est préoccupé de la portée du terme "efficacité" qui lui paraît ouvrir la voie à un examen de la nature même de la procédure d'arbitrage. Les arbitres, qui ont la latitude de décider comment doit se dérouler la procédure, peuvent, par exemple, demander plus de preuves écrites qu'il n'en a été fourni. La possibilité d'un examen par un tribunal de l'efficacité d'une procédure ouvre tout un domaine qui va bien au-delà de la question de la diligence. M. Holtzmann ne connaît aucune loi nationale d'arbitrage qui prévoie de soumettre l'efficacité à l'examen d'une instance judiciaire.

57. La question de la diligence est différente. Dans bien des lois nationales figurent des délais spécifiés. L'insertion de l'expression "avec la diligence voulue" ("due despatch") pourrait peut-être faciliter la procédure d'arbitrage. De l'avis de M. Holtzmann, l'article pertinent du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI suppose que les délais appropriés sont respectés. Bien que l'orateur ne voit pas la nécessité d'une adjonction, s'il est bien entendu que l'article 14 ne modifie pas le Règlement de la CNUDCI, la délégation des Etats-Unis d'Amérique ne s'opposera pas à une expression telle que "promptitude raisonnable" ou "diligence voulue" ("due despatch").

58. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) estime que l'article serait amélioré si on ajoutait des mots tels que "avec la diligence voulue" ("debida diligencia").

59. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) déclare que sa délégation est vivement préoccupée par la proposition d'in-

troduire une notion d'"efficacité". Cela semblerait inviter toute partie qui n'est pas satisfaite de la manière dont la procédure se déroule à s'adresser à un tribunal sous prétexte qu'il y a eu inefficacité. Il s'oppose donc à l'emploi de ce mot. Sur la question de la "promptitude", il est d'accord avec le représentant de la Tanzanie. Il estime que la loi sur l'arbitrage du Royaume-Uni telle qu'elle est appliquée depuis quelque 50 ans, couvre ce point de manière satisfaisante.

60. M. STROHBACH (République démocratique allemande) pense que l'article devrait demeurer inchangé. La référence à l'accomplissement de la mission de l'arbitre implique que toutes les mesures nécessaires seront prises en temps voulu.

61. Mme VILUS (Yougoslavie) préconise la prudence à l'égard de la proposition italienne. Il pourrait être difficile d'interpréter les termes "prompte et efficace".

62. M. SAWADA (Japon) partage la préoccupation qui a inspiré la proposition italienne. Le libellé exact nécessaire pour atteindre ce but pourrait peut-être être laissé au soin d'un petit groupe de rédaction *ad hoc*. Il pense que les mots "due despatch" (diligence voulue) pourraient convenir en l'occurrence.

63. M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) estime que le mot "efficace" pourrait créer des problèmes car il laisserait entendre que l'on porte un jugement sur le travail des arbitres avant même que celui-ci ne soit terminé. Il ne s'oppose pas à l'emploi du mot "prompte", mais préférerait que l'on s'en tienne au libellé actuel de l'article.

64. M. BONELL (Italie) dit que sa délégation est prête à retirer le terme "efficace" en raison des critiques qui ont été exprimées à cet égard. Il souligne néanmoins que la proposition de sa délégation préconise une promptitude "appropriée", qualification qui reste importante. Si la Commission préfère le libellé proposé par l'Inde, sa délégation est toutefois tout à fait disposée à l'accepter.

65. M. ROEHRICH (France) souligne qu'il est impossible de traduire en français les mots "due despatch".

66. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) déclare que les mots "due despatch" sont utilisés depuis 50 ans dans l'un des systèmes d'arbitrage. De nombreux spécialistes estiment que le mot "approprié" n'a aucune signification en droit.

67. M. LAVINA (Philippines) dit que l'expression "carence" ("failure to act") a une signification juridique et que tout adjectif qu'on pourrait lui ajouter serait contestable.

68. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit que sa délégation appuierait l'inclusion de l'un des mots suivants : "raisonnable", "appropriée" ou "due".

69. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que sa délégation pourrait accepter que l'on ajoute le mot "raisonnable", étant entendu que son inclusion dans la loi type ne signifierait pas que l'on pourrait s'en passer pour l'interprétation du paragraphe 2 de l'article 13 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

70. Le PRÉSIDENT dit que la proposition d'amendement visant à insérer les mots "promptitude raisonnable" dans le texte est adoptée, et qu'il s'agit d'expliciter, et non de modifier, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

71. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) rappelle que le représentant de l'Iraq a évoqué une ambiguïté possible dans la deuxième phrase de l'article touchant au mot "motifs". La référence se rapporte aux trois exemples fondamentaux de carence mentionnés dans la première phrase.

72. Mme RATIB (Egypte) suggère que l'article soit subdivisé en deux paragraphes.

73. Le PRÉSIDENT déclare qu'étant donné le nombre de points de langage qui ont été soulevés, il conviendrait de nommer un petit groupe de rédaction *ad hoc* comprenant les représentants de l'Iraq, de l'Inde et de la Tanzanie qui seraient chargés d'examiner avec le secrétariat les termes employés et d'établir un texte convenu.

74. *Il en est ainsi décidé.*

75. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) tient à réaffirmer la proposition écrite de sa délégation, qui rejoint celle de l'Autriche, d'insérer les mots "sauf convention contraire des parties" à l'article 14 (A/CN.9/263, p. 27, par. 1 et 2).

76. M. SCHUETZ (Autriche) dit que, dans l'intérêt de l'autonomie des parties, celles-ci devraient avoir toute latitude pour se mettre d'accord sur une procédure dans les cas relevant de l'article 14.

77. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) retient avec intérêt la suggestion écrite du représentant de la République fédérale d'Allemagne. On trouve au paragraphe 1 de l'article 13 les mots "les parties sont libres de convenir de la procédure . . ."; or la question traitée à l'article 14 n'est guère différente de la récusation. La proposition de la République fédérale d'Allemagne ne vise pas à signifier qu'il ne devrait y avoir aucune possibilité de recours à un tribunal. Les parties, qui devraient être libres de décider de leur autorité de nomination, devraient également pouvoir décider si l'affaire est menée avec la promptitude voulue, et c'est ce qu'il faudrait faire ressortir en premier lieu avec possibilité de recours à un tribunal dans une phase ultérieure.

78. Le PRÉSIDENT note qu'il s'agit là d'une proposition entièrement nouvelle dont l'acceptation entraînerait d'importants changements dans la rédaction du texte.

La séance est levée à 17 h 5.

315e séance

Lundi 10 juin 1985, à 9 h 30

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 9 h 45.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264)

Article 14. Carence ou incapacité d'un arbitre (suite)

1. M. SONO (Secrétaire de la Commission) rappelle que la Commission n'a plus qu'une semaine pour mettre définitivement au point la loi type. Il demande aux orateurs de s'en souvenir lors de la discussion du reste du texte, dont la totalité a été examinée de façon détaillé par le Groupe de travail sur les pratiques en matière de contrats internationaux.

2. M. SCHUETZ (Autriche) retire la proposition écrite de son gouvernement (A/CN.9/263, p. 27, par. 1) afin d'accélérer les travaux de la Commission.

3. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) déclare qu'il retirera la proposition écrite de son gouvernement (A/CN.9/263, p. 27, par. 2) si elle n'est pas largement appuyée.

4. M. SEKHON (Inde) indique que le texte approuvé à la précédente séance (A/CN.9/SR.314, par. 73) sera distribué. Ce texte éliminera certaines répétitions dans les articles 14 et 15 en transférant certains termes du deuxième au premier, et comportera également un projet de libellé pour l'article 15.

5. M. LAVINA (Philippines) dit, à propos de la remarque du Secrétaire, qu'il se rend bien compte de la nécessité de faire progresser rapidement l'examen du projet de texte. Toutefois, beaucoup de pays en développement n'ont pu assister aux réunions du Groupe de travail, et ils souhaitent naturellement faire connaître aux autres pays leurs points de vue sur le projet de texte au cours de la session.

6. M. RAMADAN (Egypte) attire l'attention sur la modification que sa délégation, lors de la séance précédente, a proposé d'apporter à l'article (A/CN.9/SR.314, par. 71). Lui aussi voit bien la nécessité pour la Commission d'avancer rapidement, mais il tient à souligner que la Commission doit tenir compte du fait que certains pays en développement n'ont pu examiner le projet de texte au sein du Groupe de travail.

7. M. PAES de BARROS LEAES (Brésil) propose que l'on supprime, dans la première phrase les mots "de droit ou de fait" et que l'on ajoute les mots "avec la diligence voulue" après les mots "de ses fonctions"; il propose également que l'on supprime dans la deuxième phrase le mot "otherwise" (dans la version anglaise).

8. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) indique que le Groupe de travail a ajouté les mots "de droit ou de fait" pour que la disposition soit bien claire et corresponde au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. En fait, les mots "dans l'impossibilité" couvriraient bien sûr les deux cas.

9. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) est favorable à la proposition de la République fédérale d'Allemagne, car elle explicite l'objet de l'article sans toutefois en modifier le fond. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dispose d'une façon générale que les parties peuvent décider de la meilleure façon de conduire leur arbitrage; dans le projet de texte, la première phrase de l'article 14, considérée en liaison avec l'alinéa *c* de l'article 2, exprime également cette idée, de façon compatible avec le paragraphe 2 de l'article 13 du Règlement d'arbitrage.

10. Le PRÉSIDENT note que la Commission attend le texte que rédige le Groupe *ad hoc* de rédaction constitué à la précédente séance.

Article 14 bis

11. *La Commission ne présente pas d'observations sur l'article 14* bis.

Article 15. Nomination d'un arbitre remplaçant

12. M. SEKHON (Inde) observe que le texte de l'article 14 proposé par le Groupe *ad hoc* de rédaction entraîne la suppression à l'article 15 des mots "ou lorsqu'il se déporte pour toute autre raison, ou lorsque son mandat est révoqué par accord des parties". Il faudrait en outre modifier l'article 15 afin d'y inclure un délai pour la nomination d'un arbitre remplaçant et remplacer les mots "étaient applicables" par les mots "sont applicables".

13. Le PRÉSIDENT déclare que la Commission examinera ces amendements lorsqu'elle aura reçu le texte des articles 14 et 15 proposé par le Groupe *ad hoc* de rédaction.

14. M. REINSKOU (Observateur de la Norvège) attire l'attention sur la proposition écrite de son gouvernement (A/CN.9/263 (p. 28, par. 2), qui vise à simplifier le libellé de l'article 15 en supprimant le membre de phrase commençant par les mots "conformément à l'article 13 ou 14" et se terminant par les mots "où il est mis fin à son mandat".

15. Le PRÉSIDENT suggère que l'observateur de la Norvège discute cette proposition avec le Groupe *ad hoc* de rédaction en vue d'unifier le texte des articles 14 et 15.

16. *Il en est ainsi décidé.*

17. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) croit qu'il faudrait examiner attentivement le texte de synthèse pour s'assurer qu'il ne contient pas de modifications de fond. L'article 14 envisage les cas où il doit être mis fin au mandat d'un arbitre et, en l'occurrence, la loi type devrait permettre que le litige qui s'ensuivra éventuellement soit réglé judiciairement. L'article 15, en revanche, vise certains cas où un arbitre se déporte pour des raisons qui lui sont propres, hypothèse qui exclut tout litige susceptible d'être porté devant un tribunal.

18. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) appelle l'attention sur une situation anormale que pourrait créer l'article 15 : si le requérant s'abstient de désigner l'arbitre remplaçant, l'effet de la première partie du projet de texte serait que le tribunal du pays du défendeur nommerait cet arbitre remplaçant. L'article 15 devrait donc contenir une disposition pour prévenir une telle situation.

19. Le PRÉSIDENT pense qu'il serait possible de résoudre le problème en apportant des modifications au texte de l'article 11 et il suggère de laisser ce soin à un comité de rédaction.

20. *Il en est ainsi décidé.*

21. M. PAES de BARROS LEAES (Brésil) propose de supprimer à la fin de l'article l'expression "sauf convention contraire des parties" qui laisserait se créer une situation dans laquelle rien ne serait prévu pour la nomination d'un arbitre remplaçant.

22. Le PRÉSIDENT observe que cette modification mettrait les parties dans la même situation qu'il s'agisse de la nomination d'un arbitre suppléant ou de celle de l'arbitre désigné à l'origine, et ce seront les dispositions de l'article 11 qui s'appliqueront. La suggestion du Brésil lui paraissant répondre au vœu de la Commission, il propose à celle-ci de l'accepter.

23. *Il en est ainsi décidé.*

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

Paragraphe 1

24. M. SEKHON (Inde) suggère d'ajouter les termes "sauf si les parties en ont décidé autrement" en tête du paragraphe pour que cette disposition soit plus largement acceptable.

25. Le PRÉSIDENT pense que la Commission préférera peut-être indiquer dans le rapport que les parties ont latitude de conclure des contrats autres que ce que prévoit la disposition du paragraphe 1.

26. M. BONELL (Italie) appuie la suggestion du Président.

27. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) dit que l'expression "le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence" est trop absolue et risque d'être incompatible avec les législations nationales. Si la Commission entend élaborer une loi type à l'intention des Etats sans que doivent être modifiées les structures actuelles des législations nationales, peut-être devrait-elle rédiger en termes moins vigoureux pour des dispositions qui peuvent être l'occasion de conflits de ce genre. Aussi suggère-t-il de remplacer les termes "peut statuer" par "peut être habilité à statuer".

28. M. SZURSKI (Observateur de la Pologne) craint que la première phrase du paragraphe 1 ne donne l'impression qu'un tribunal arbitral n'a pas le pouvoir de statuer sur sa propre compétence à moins qu'une exception n'ait été soulevée par une des parties. A cet égard, d'après le paragraphe 3 de la section A du commentaire du secrétariat sur l'article (A/CN.9/264, p. 38), le tribunal arbitral devrait pouvoir se prononcer d'office par exemple au sujet de l'arbitrabilité d'un différend. C'est pourquoi il suggère de remplacer "exception" par "question".

29. Le PRÉSIDENT reconnaît que le tribunal arbitral doit pouvoir prendre des décisions de cet ordre de son propre chef — il est évident qu'elles n'auront pas un caractère définitif puisqu'il existe une procédure d'annulation par l'instance judiciaire — mais il se demande si la modification suggérée par l'Observateur de la Pologne rendra ce point plus clair.

30. M. RAMADAN (Egypte) précise que sa délégation interprète l'article 16 comme permettant implicitement aux parties de saisir le tribunal en vertu de l'article 8 pour qu'il statue sur la validité d'une convention d'arbitrage. Toutefois, le projet de texte contient également l'article 34, qui vise à n'ouvrir aux parties qu'un seul recours judiciaire. Sa délégation fera une proposition lors de l'examen de l'article 34 pour supprimer toute possibilité de saisir plus d'une fois un tribunal d'exceptions relatives à la validité d'une convention d'arbitrage.

31. A son avis, il n'est pas nécessaire que la Commission adopte la suggestion de la Tanzanie puisque le législateur national aura la possibilité de supprimer les conflits entre la loi type et la législation interne en vigueur.

32. Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) souligne que l'article 16 présente une très grande importance pour les arbitres : un tribunal arbitral doit être clairement fixé sur son pouvoir de statuer sur sa propre compétence. Le représentant de la Tanzanie a suggéré que les termes de la règle soient atténués. Pour sa part, il ne pense pas que la formulation actuelle crée un problème pour l'Institut ni pour la plupart des Etats, mais il laisse entendre que la substitution de "may" à "has the power to" dans la version anglaise permettrait peut-être de résoudre l'objection.

33. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) accepte cette suggestion.

34. M. MATHANJUKI (Kenya) rappelle que le Groupe de travail sur les pratiques en matière de contrats internationaux a supprimé de la loi type les dispositions relatives au contrôle concomitant du tribunal, qui faisaient l'objet de l'article 17. Il paraît donc nécessaire que la Commission précise le rôle du tribunal en cas de différend entre les parties portant sur la compétence. En vertu de l'article 5, les tribunaux ne pourraient intervenir que dans les cas où la loi type le prévoit. Il faudrait donc que l'article 16 prévoie le mode éventuel d'intervention du système judiciaire quant aux décisions d'un tribunal arbitral sur sa compétence.

35. M. HOLTZMANN (Etats-Unis) pourrait accepter le remplacement de "has the power to" par "may", étant entendu que cette modification ne devra pas avoir pour effet d'affaiblir le texte par rapport au paragraphe 1 de l'article 21 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui emploie les termes "*shall have the power to*".

36. Le PRÉSIDENT constate qu'il n'y a aucune objection à la suggestion faite par le Chartered Institute of Arbitrators, et que cette formulation n'affaiblit pas le texte.

Paragraphe 2

37. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) invite la Commission à se reporter aux commentaires écrits de sa délégation (A/CN.9/263, p. 29, par. 3). Il est essentiel que les exceptions de compétence soient soulevées rapidement, aussi sa délégation propose-t-elle de remplacer la troisième phrase du paragraphe 2 par le libellé suivant, qui reprend le paragraphe 1 de l'article V de la Convention européenne de 1961 : "Les exceptions prises de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs de l'arbitre doivent être soulevées aussitôt que sera soulevée, dans la procédure arbitrale, la question qui excéderait ces pouvoirs." Cette modification ne modifierait pas le paragraphe quant au fond et en rendrait le sens plus clair.

38. M. MOELLER (Observateur de la Finlande), M. LOEFMARCK (Suède) et M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) approuvent la proposition de l'Union soviétique.

39. M. LAVINA (Philippines) précise que dans certains systèmes juridiques, les exceptions de compétence peuvent

être soulevées à tout stade de la procédure, mais il admet que, dans le cadre de la loi type, elles devraient être soulevées le plus tôt possible.

40. M. ILLESCAS (Espagne) indique que le paragraphe 2 est dans l'ensemble acceptable pour sa délégation. Il suggère que, dans le texte espagnol, à la deuxième phrase, l'expression "*cuestión de competencia*" soit substituée au mot "*declinatoria*".

41. M. BONELL (Italie) approuve la proposition de l'Union soviétique. Dans sa formulation actuelle, la troisième phrase du paragraphe 2 pourrait être interprétée à tort comme signifiant que l'exception prise de ce que le tribunal outrepasserait son mandat ne pourrait être soulevée avant que les arbitres eux-mêmes aient déclaré leur intention de le faire. Il est toutefois possible que, pendant la procédure, une partie soulève une question ne relevant pas de la convention d'arbitrage initiale. Si l'autre partie n'accepte pas que le mandat des arbitres soit élargi pour couvrir la question, elle doit immédiatement soulever son objection. Le texte de la Convention européenne de 1961 est en l'occurrence plus net que le libellé actuel du paragraphe. Il importe que celui-ci indique clairement qu'une exception tenant au fait que le tribunal outrepasse son mandat peut être soulevée non seulement à l'initiative ou à la suite d'une initiative des arbitres, mais aussi en raison d'un acte d'une partie.

42. M. ROEHRICH (France) dit que, pour les motifs indiqués par le représentant de l'Italie, la délégation française appuie la proposition de l'Union soviétique.

43. M. SEKHON (Inde) appuie lui aussi la proposition de l'Union soviétique. Il suggère de supprimer le mot "in" dans le texte anglais du paragraphe 2, ce mot lui paraissant inutile et risquant de conduire à des malentendus parce qu'il peut faire penser qu'une exception d'incompétence ne peut être soulevée que lors du dépôt des conclusions en défense.

44. Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) estime que le paragraphe 2) couvre bien les deux possibilités — que le tribunal arbitral n'ait pas compétence ou qu'il outrepasse son mandat. Lord Wilberforce pourrait accepter la proposition de l'Union soviétique bien qu'il ait une légère préférence pour le texte tel qu'il est.

45. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) fait remarquer que c'est pour de bonnes raisons que le Groupe de travail a adopté le libellé actuel. Il semble cependant que la Commission soit nettement favorable à la proposition de l'Union soviétique et la délégation du Royaume-Uni ne s'y opposera pas.

46. M. SZASZ (Hongrie) appuie la proposition de l'Union soviétique, mais fait observer que le système prévu dans la Convention européenne de 1961 est moins souple que celui qui est proposé dans la loi type.

47. M. LAVINA (Philippines) signale que la Convention traitait du cas d'un arbitre qui outrepasse son mandat, tandis que la loi type parle d'un tribunal arbitral. M. Lavina ne voit pas très bien comment la proposition de l'Union soviétique résoudrait cette difficulté.

48. Pour M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie), si la Commission adoptait le libellé de la Convention, elle introduirait une procédure rigide qui pourrait entraîner des problèmes, surtout dans les pays en développement où les parties à une procédure d'arbitrage peuvent ne pas avoir assez d'expérience pour bien comprendre la nécessité d'agir rapidement. M. Mtango préfère le texte actuel, plus souple que celui de la Convention.

49. M. MARTINEZ CELAYA (Observateur de l'Argentine) appuie la modification proposée par l'Union soviétique. En ce qui concerne la suggestion de modifier le libellé de la version espagnole, la délégation argentine préférerait le maintien du mot "*declinatoria*" qui convient bien au contexte.

50. M. ALLIN (Observateur du Canada) et M. STROHBACH (République démocratique allemande) appuient aussi la proposition de l'Union soviétique.

51. M. BONELL (Italie) demande si, quand une partie n'a pas soulevé d'exception au titre de l'article 16, cela l'empêcherait plus tard de demander l'annulation de la sentence ou de refuser de la reconnaître ou de refuser d'accepter son exécution. Le commentaire du secrétariat (A/CN.9/264, p. 39, par. 9) semble aller dans le sens de cette interprétation. Il faudrait que la loi type fasse la distinction entre une exception soulevée parce que le tribunal arbitral a outrepassé son mandat, exception qui ne pourrait être prise devant le tribunal désigné à l'article 6, et une objection soulevée pour un quelconque autre motif, qui pourrait être prise devant ce tribunal.

52. Le PRÉSIDENT propose que cette question soit examinée à l'occasion de la discussion des articles 34 et 36, et constate qu'il n'y a pas d'objection.

Paragraphe 3

53. M. SAWADA (Japon) s'associe aux remarques faites par le secrétariat dans le paragraphe 14 de ses commentaires sur l'article 16 (A/CN.9/264, p. 41) et à la suggestion du secrétariat de donner au tribunal arbitral le pouvoir de donner à sa décision la forme soit d'une sentence soumise à un contrôle de l'instance judiciaire, soit d'une décision de procédure qui ne pourrait être contestée que dans une action en annulation de la sentence.

54. De l'avis de M. MOELLER (Observateur de la Finlande), la deuxième phrase du paragraphe 3 de l'article 16 est incompatible avec l'article 8 et doit être supprimée.

55. M. REINSKOU (Observateur de la Norvège) fait observer que la proposition écrite de son Gouvernement, reproduite dans le document A/CN.9/263 (p. 30, par. 7 *b*) est un compromis entre le texte actuel du paragraphe 3 de l'article 16 et le texte de l'article 17 supprimé par le Groupe de travail. Ce compromis permettrait au tribunal arbitral de décider de sa propre compétence dans une décision définitive ou dans une décision préliminaire séparée. On pourrait aussi utiliser la procédure prévue à l'article 13.

56. Pour Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) l'assertion, au paragraphe 3 de l'article 16, que la décision par laquelle le tribunal arbitral s'est déclaré compétent ne peut être attaquée que lors d'une action en annulation de la sentence n'est pas correcte puisque, aux termes de l'article 36, une partie peut aussi refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale.

57. De l'avis de sa délégation, le paragraphe 3 de l'article 16 ne doit pas être examiné sans l'article 17 qui a été supprimé. Le droit du tribunal d'intervenir dans des questions concernant la compétence du tribunal arbitral ne pose pas de question; le seul doute porte sur le moment auquel cette intervention doit être autorisée. Si l'article 17 était rétabli, la suggestion faite par le secrétariat au paragraphe 14 de son commentaire serait acceptable.

58. M. MARTINEZ CELAYA (Observateur de l'Argentine) pense que la décision du tribunal arbitral sur sa propre juridiction devrait être prise au début de la procédure de manière à éviter des frais aux parties, à assurer la bonne marche de la justice et à empêcher ce qu'on appelle la recherche d'un for complaisant.

59. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que, pour autant qu'il sache, un tribunal arbitral peut toujours statuer sur sa propre compétence dans sa sentence sur le fond, de sorte que sa décision de ce chef ne pourra être réexaminée par un tribunal que dans le cadre d'une action en annulation de la sentence sur le fond. La solution de compromis suggérée par le secrétariat (A/CN.4/264, p. 41, par. 14) permettrait au tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence soit dans une sentence interlocutoire qui donnerait aux parties un recours immédiat devant le tribunal soit dans une décision moins formelle qui ne laisserait pas cette possibilité.

60. M. SCHUETZ (Autriche) estime que la question de la compétence d'un tribunal arbitral devrait être réglée tout au début de la procédure. Sa délégation considère que le paragraphe 3 devrait contenir une disposition analogue à celle du paragraphe 3 de l'article 13, c'est-à-dire fixer un bref délai pour la décision du Tribunal et stipuler que cette décision est définitive.

61. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) se prononce en faveur du paragraphe 3 de l'article 16 même après la suppression de l'article 17 car le requérant ne déposera vraisemblablement pas de demande à moins que la convention d'arbitrage soit valide.

62. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) fait observer qu'un tribunal arbitral hésite souvent à se déclarer incompétent dans un litige donné parce que le demandeur pourrait n'avoir aucun autre recours. Il suggère d'ajouter un quatrième paragraphe à l'article 16 aux termes duquel nonobstant les dispositions du paragraphe 3 un tribunal arbitral qui s'est déclaré compétent dans un litige pourrait autoriser les parties à demander au tribunal visé à l'article 6 de réexaminer cette décision. S'agissant de la suggestion selon laquelle un tribunal arbitral devrait avoir la faculté de rendre une sentence préalable ou de prendre une une décision de procédure, il ne semble pas opportun que le pouvoir d'intervention du tribunal dépende uniquement de la façon dont est désignée la décision du tribunal arbitral. Le représentant de l'Autriche a suggéré que le tribunal soit habilité à statuer en dernier ressort sur la compétence du tribunal arbitral mais les parties n'auraient alors plus d'autre recours.

La séance est levée à 12 h 35.

316e séance

Lundi 10 juin 1985, à 14 heures

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 14 h 10.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264)

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

1. M. GRIFFITH (Australie) est favorable au rétablissement de l'article 17. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire d'examiner le deuxième point mentionné au paragraphe 3 de l'article 16.

2. De l'avis de M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques), le rétablissement de l'article 17, après son abandon par le Groupe de travail, supprimera un aspect essentiel du compromis auquel on est parvenu. La délégation de son pays a accepté la décision de maintenir l'article 8 à condition que l'ensemble du compromis soit préservé. Il faudrait donc le respecter à l'égard des autres articles. L'article 16 doit être considéré comme un élément indispensable du compromis en ce qui concerne la question de fond qu'est le rapport entre le tribunal arbitral et le tribunal judiciaire.

3. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) est très favorable au rétablissement de l'article 17.

4. M. SZASZ (Hongrie) est prêt à accepter que l'on donne aux tribunaux un contrôle plus étendu que ne le prévoit le projet du Groupe de travail. Une façon de le faire serait de rétablir l'article 17.

5. Pour M. MOELLER (Observateur de la Finlande), l'article 17 doit être rétabli. Il n'est pas convaincu qu'il ait été justifié de traiter l'article 16 séparément.

6. M. GRAHAM (Observateur du Canada) est favorable au rétablissement de l'article 17, s'il est modifié dans le sens suggéré par l'Autriche et la Norvège.

7. Pour M. PAES de BARROS LEAES (Brésil), il faut réexaminer l'article 17 tel que rédigé à l'origine.

8. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) préférerait le projet du Groupe de travail, sans l'article 17. Il est cependant disposé à examiner, comme solution de rechange, la proposition figurant au paragraphe 14 du commentaire du secrétariat, sous la forme présentée par l'observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial. Si cette solution est adoptée, l'article 17 sera nécessaire pour les cas de recours au tribunal. La troisième solution, qui serait la moins acceptable, irait dans le sens suggéré par l'Autriche avec l'appui du Canada. La délégation américaine se réserve le droit d'examiner ultérieurement les propositions d'ordre rédactionnel qui seront faites à propos de l'article 17.

9. La délégation américaine approuve également la délégation norvégienne et les autres délégations qui ont suggéré que les exceptions d'incompétence ne soient pas considérées uniquement comme des actions en annulation, mais aussi comme un moyen de défense à une mesure d'exécution. En ce qui concerne les observations du secrétariat figurant aux paragraphes 11 et 12 sur la décision du tribunal arbitral et le contrôle

par l'instance judiciaire, M. Holtzmann fait observer que les questions de compétence sont "plus souvent", plutôt que "généralement", réglées en premier et qu'il n'est pas du tout exceptionnel pour un tribunal arbitral d'inclure dans une sentence sur le fond une décision par laquelle il établit sa propre compétence.

10. M. ROEHRICH (France) souligne que, de l'avis de sa délégation, l'avenir de l'arbitrage commercial international ne réside pas dans un recours continuel au tribunal du lieu d'arbitrage. C'est pourquoi l'article 17 lui pose un grand problème. La délégation française est néanmoins prête à chercher un compromis, mais elle ne pense pas que la solution soit de donner aux arbitres le pouvoir discrétionnaire de décider si l'on peut ou non recourir au tribunal, pendant la procédure d'arbitrage, pour régler la question de la compétence. La suggestion de l'observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial est très dangereuse. Si l'on trouvait quelque formule pour établir une limite de temps, la délégation française pourrait l'accepter à titre de compromis, mais elle ne saurait admettre que la décision pertinente soit laissée au tribunal arbitral lui-même. Les questions de compétence ne doivent être traitées qu'au moment d'une action en annulation de sentence. S'il fallait continuellement recourir au tribunal du lieu d'arbitrage, le risque serait grand que cesse d'exister l'arbitrage dans les pays où il n'est déjà que trop facile de paralyser la procédure en invoquant un motif ou un autre devant les tribunaux d'Etat.

11. Le PRÉSIDENT constate qu'aucune majorité claire ne semble se dégager ni pour rétablir l'article 17 tel quel, ni pour abolir l'article 17 et laisser inchangées les dispositions du paragraphe 3 de l'article 16. Il suggère, à titre de compromis, un système où les parties pourraient demander aux arbitres de rendre une décision préalable sur leur propre compétence mais où ladite décision pourrait faire l'objet d'un recours devant le tribunal, ce recours pouvant toutefois être limité à un seul degré de juridiction pour gagner du temps; dans l'attente, les arbitres pourraient poursuivre la procédure.

12. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que si les parties étaient habilitées à réclamer que la question de la compétence soit réglée à titre de question préliminaire, elles pourraient dicter aux arbitres le moment où ils devraient statuer sur les questions dont ils sont saisis, ce qui empiéterait sur leur latitude de traiter les questions du mieux qu'ils l'entendent. Les tribunaux arbitraux qui appliquent le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI estiment utile de pouvoir joindre les questions de compétence et de fond.

13. M. MATHANJUKI (Kenya) est favorable au rétablissement de l'article 17. En ce qui concerne la proposition du Président, on pourrait modifier le paragraphe 3 de l'article 16 pour que les parties soient habilitées à demander une décision préliminaire.

14. Pour M. BARRERA GRAF (Mexique), ce qu'il faut indiquer clairement, c'est si les dispositions du paragraphe 3 de l'article 16 s'appliquent à l'exception déclinatoire que le tribunal arbitral outrepasse son mandat aussi bien qu'à l'exception d'incompétence. En ce qui concerne le paragraphe 3 de l'article 16, la délégation mexicaine estime que le problème de la compétence est d'une telle importance que le tribunal arbitral doit en décider à titre de question préliminaire. La décision n'empêche toutefois pas la poursuite de la procédure, sauf si la convention d'arbitrage en dispose autrement. La question de l'exception prise de ce que le tribunal arbitral outrepasse son mandat, telle qu'elle figure au paragraphe 2 de l'article 16, peut être tranchée soit à titre de question préliminaire, soit conjointement à une sentence sur le fond. Si l'on modifiait les dispositions du paragraphe 3 de l'article 16, il faudrait y incorporer les termes de l'ancien article 17, afin qu'une partie puisse demander au tribunal de décider s'il existe une convention d'arbitrage valide. A la différence des dispositions du paragraphe 1 de l'article 17, il faudrait que la convention d'arbitrage spécifie que la procédure doit continuer à se dérouler ou qu'elle doit être suspendue.

15. M. SZURSKI (Observateur de la Pologne) est lui aussi d'avis que la question de la compétence du tribunal arbitral doit être réglée dès que possible et que les parties ne doivent pas être privées de la possibilité de faire objection à la prolongation de la procédure arbitrale quand elles estiment que le tribunal est incompétent. Il existe des cas où les arbitres ont, pour des raisons qui leur sont propres, intérêt à prolonger la procédure et où les parties doivent être protégées lorsqu'elles ont la conviction que le tribunal arbitral n'est pas compétent. Il convient donc de modifier le paragraphe 3 de l'article 16 dans le sens suggéré par le Président : à la demande d'une partie, le tribunal arbitral devrait être tenu de rendre une décision préliminaire sur la question de la compétence, afin qu'un recours immédiat devant le tribunal devienne possible. Il faudrait cependant fixer un délai pour prévenir les abus et les manœuvres dilatoires.

16. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit que la solution suggérée par le Président semble, pour l'essentiel, être la même que celle du représentant de l'Autriche. Les parties procéderaient en deux temps : premièrement, la récusation serait demandée au tribunal arbitral et, deuxièmement, le tribunal serait rapidement saisi, pour autant que les conditions énoncées à l'article 13 soient remplies. Si les deux propositions sont effectivement identiques, la délégation britannique appuiera la suggestion du Président. Sir Michael Mustill fait observer en passant que, bien qu'il soit stipulé au paragraphe 3 de l'article 16 que la décision par laquelle le tribunal arbitral se déclare compétent peut être attaquée devant le tribunal, il n'a jusqu'ici été question dans aucune proposition de cas où les arbitres décideraient qu'ils ne sont pas compétents. Les parties pourraient-elles alors soutenir qu'ils le sont ? Sir Michael Mustill pense que les dispositions de l'article 13 s'appliquent dans un cas comme dans l'autre et rien ne semble interdire en bonne logique qu'il en soit de même de l'article 16.

17. Le PRÉSIDENT pense qu'il y a une raison de fond pour cela, en ce sens que les arbitres ne peuvent être contraints de continuer à exercer leur arbitrage s'ils estiment ne pas être compétents. La procédure arbitrale sera alors close.

18. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit que la partie qui soulève l'exception peut ensuite porter l'affaire devant le tribunal. Le tribunal sera alors saisi de la question de savoir si la convention d'arbitrage est valide et s'il convient de suspendre l'affaire en vertu de l'article 8.

19. Le PRÉSIDENT estime que la procédure arbitrale serait de toute évidence close et que la convention d'arbitrage ne pourrait plus être invoquée devant un tribunal.

20. M. GOH (Singapour) se prononce en faveur du rétablissement de l'article 17. Cependant, comme il pourrait en être fait un usage abusif à des fins dilatoires, il reconnaît l'intérêt de la proposition de la délégation autrichienne qu'a développée le représentant du Royaume-Uni.

21. M. RAMADAN (Egypte) est partisan de conserver l'énoncé actuel du paragraphe 3 de l'article 16. Si une partie souhaite contester la décision du tribunal arbitral qui a conclu à sa compétence, elle doit attendre le prononcé de la sentence.

22. M. SEKHON (Inde) dit que sa délégation penchait initialement pour le rétablissement de l'article 17, mais qu'elle

est prête à accepter la solution de compromis suggérée par le Président. Le point de savoir si le tribunal a compétence pour intervenir dans le cas d'une décision interlocutoire comme dans celui d'une sentence provisoire a donné lieu à un débat. La délégation indienne pense que c'est le fond de la décision qui est important et non sa forme.

23. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) considère qu'il s'agit là d'une question dont l'importance est extrême pour l'acceptabilité de la loi type et pour tout l'avenir de l'arbitrage. Vu les possibilités de manœuvres dilatoires qu'offre le système suggéré, il est, à son avis, improbable que quiconque choisisse de recourir à l'arbitrage. Le compromis suggéré constitue une des pires incitations à des manœuvres dilatoires.

24. Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) dit qu'une solution qui consisterait à conserver le paragraphe 3 de l'article 16 sans rétablir l'article 17 serait absolument inacceptable pour la profession car elle mettrait les arbitres dans une situation impossible. Par exemple, une exception d'incompétence du tribunal arbitral peut poser de nombreux problèmes : questions de fait complexes à juger sur pièces ou points de droit épineux. Dans ces circonstances, il est absolument inacceptable de contraindre des arbitres à poursuivre la procédure et à rendre une sentence après des audiences longues et coûteuses, tout simplement pour que la sentence soit récusée en application des articles 34 et 36. Selon l'expérience de lord Wilberforce, loin de s'opposer à la saisie du tribunal, les arbitres y sont favorables. Ils se prononceront sur un point de droit au mieux de leurs capacités, mais ils ne souhaiteront pas aller plus loin avant que leur décision n'ait été confirmée ou infirmée. Il serait bon que le tribunal puisse exercer un certain contrôle au début de la procédure. Les arbitres doivent assurément avoir la latitude de lier s'ils le jugent bon la question de la compétence et le fond de l'affaire, mais ils doivent aussi avoir la possibilité de prendre une décision sur un point de droit, laissant au tribunal le soin de trancher en dernier ressort. Considérant que, selon la suggestion du Président, l'arbitrage prendrait fin si les arbitres décidaient qu'ils ne sont pas compétents, il est à peu près certain qu'ils se déclareraient compétents quand bien même ils auraient des doutes, étant entendu qu'une décision du tribunal sur ce point interviendrait rapidement. Le Chartered Institute of Arbitrators est donc favorable à une solution moyenne. C'est en fonction de la confiance placée dans les arbitres que l'on déciderait ou non d'aller plus loin et de respecter la volonté des parties de contraindre les arbitres à aller devant le tribunal. L'intervenant souscrit à l'opinion émise par l'observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial selon laquelle il convient d'une manière générale de faire confiance aux arbitres. Les dispositions de la loi type ne devraient aller plus loin que si cela est jugé absolument nécessaire dans l'intérêt des parties.

25. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) appuie la proposition de l'Autriche. Pour lui, l'essentiel est que, quelle que soit la solution adoptée, la procédure d'arbitrage ne soit pas suspendue par un recours au tribunal.

26. Selon M. SCHUETZ (Autriche), sa délégation visait surtout par cette proposition à permettre le contrôle judiciaire dès que possible, mais sa position sur ce point est nuancée. Si le tribunal arbitral prend une décision en matière de compétence et l'inclut dans la sentence sur le fond, la décision sur la compétence sera prise dans le cadre de la procédure d'annulation. Si toutefois le tribunal arbitral a rendu une décision préalable sur la compétence, la délégation autrichienne proposera une solution analogue à celle prévue au paragraphe 3 de l'article 13.

27. M. LOEFMARCK (Suède) est favorable au maintien du paragraphe 3 de l'article 16 sous sa forme actuelle et ne souhaite pas le rétablissement de l'article 17. Si le tribunal arbitral estime qu'il n'est pas compétent, l'instance compétente doit être le tribunal, conformément aux règles générales en matière de compétence. Nul ne peut être empêché de porter un différend devant un tribunal, à moins qu'il n'existe une clause d'arbitrage valable, mais c'est justement cette question que le tribunal doit régler si les parties ne sont pas d'accord. Si l'article 17 est rétabli, il se pourrait que le Tribunal visé à l'article 6 prenne une décision différente de celle que prendrait le tribunal qui, en principe, devrait avoir à connaître de ce différend. La délégation autrichienne estime que c'est une possibilité tout à fait inacceptable.

28. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) rappelle qu'au cours des délibérations, il a été souligné que la procédure d'arbitrage pourrait être poursuivie et que le tribunal arbitral pourrait même rendre une décision sur le fond, alors même que la question de compétence est encore examinée par le tribunal. Il faut toutefois comprendre que, dans un cas de ce genre, la sentence arbitrale sera privée de portée juridique en attendant que le tribunal ait statué sur la compétence. Il est impossible de fixer un délai pour que cette question soit réglée par le tribunal de première instance et encore moins par la juridiction d'appel. De fait, tenter d'accélerer la procédure pourrait même entraîner un retard considérable. Toutefois, la délégation soviétique est impressionnée par l'argument qu'a fait valoir l'observateur du Chartered Institute of Arbitrators, à savoir que, dans les cas difficiles, les arbitres eux-mêmes souhaitaient voir la question de compétence réglée par le tribunal. Dans un souci de compromis, la loi type pourrait donc prévoir la possibilité que le tribunal arbitral rende une sentence interlocutoire sur la compétence en exerçant son pouvoir discrétionnaire dans les cas complexes qui pourraient faire l'objet d'un recours auprès des tribunaux. Mais en même temps, il ne faut pas établir une règle permettant de demander aux tribunaux de statuer sur la compétence de l'arbitre dans tous les cas, sans exception.

29. Le PRÉSIDENT constate que la majorité semble préférer que la question de la compétence du tribunal arbitral soit réglée par un tribunal avant que la sentence ne soit rendue. Toutefois, les membres de la Commission souhaitant le rétablissement de l'article 17 ne sont pas nombreux. Il semble plus facile de parvenir à un compromis sur la base de la proposition autrichienne. Il est vrai qu'elle pourrait servir à des manœuvres dilatoires, mais si la procédure judiciaire sur la question de la compétence était très retardée, elle pourrait toujours être jointe à la procédure de recours contre la sentence. Le Président suggère donc que le secrétariat, aidé par le représentant de l'Autriche, établisse un projet de texte qui sera soumis à la Commission pour examen.

30. M. GRIFFITH (Australie) fait observer que la délégation du Royaume-Uni comme la délégation de son pays ont choisi de s'associer à la proposition autrichienne au cas où l'article 17 ne serait pas rétabli. Il suggère que le représentant du Royaume-Uni aide le secrétariat et le représentant de l'Autriche.

31. Le PRÉSIDENT suggère que le représentant de l'Australie aide lui aussi le secrétariat.

32. Selon M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie), il faut laisser la possibilité de ressusciter l'article 17 au cas où la proposition autrichienne ne s'avère pas satisfaisante.

33. De l'avis de M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique), personne ne s'est opposé à la proposition norvégienne

selon laquelle une exception d'incompétence ne doit pas être considérée seulement comme une action en annulation d'une sentence, mais également comme un moyen de défense contre l'action d'un tribunal visant à reconnaître et à faire exécuter une sentence. Le projet du représentant de l'Autriche pourrait inclure ce point.

34. Selon le PRÉSIDENT, il serait plus justifié d'examiner cette question dans le cadre de l'article 36.

35. *Il en est ainsi décidé.*

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

36. M. SEKHON (Inde) souligne que l'article 18 paraît faire double emploi avec l'article 9 en ce qui concerne l'objet du différend. Aussi bien les tribunaux que le tribunal arbitral sont habilités à ordonner des mesures provisoires. Au cas où ces ordonnances seraient contradictoires, on peut supposer que celle du tribunal l'emporterait sous peine d'amende pour refus d'obtempérer. Un ordre du tribunal arbitral serait-il exécutoire ?

37. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que la question a déjà été posée. Le point essentiel est de savoir si la Commission souhaite traiter cette question dans la loi type. Les deux articles invoqués n'entrent pas en conflit quant à leur objectif. L'article 9, ainsi que la Commission en est déjà convenu, traite simplement de la compatibilité entre la convention d'arbitrage des parties et la demande de mesures provisoires adressée à un tribunal ou la décision de ce tribunal d'accorder de telles mesures. Il ne traite pas de la nature des mesures qui pourraient être prises dans un système judiciaire donné. Dans ce contexte, M. Herrmann croit comprendre que la Commission avait voulu donner à l'article 9 un champ d'application. Le tribunal, s'il souhaite ordonner une mesure provisoire, ne devrait pas être empêché de le faire par l'existence d'une convention d'arbitrage, quel que soit le lieu de cet arbitrage, et la demande adressée à un tribunal, dans quelque pays que ce soit, est compatible avec une convention d'arbitrage régie par la loi type et ne saurait constituer une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention.

38. L'article 18 se contente de stipuler que le tribunal arbitral possède implicitement le pouvoir d'ordonner certaines mesures provisoires à moins qu'il n'en soit convenu autrement par les parties. Etant donné qu'un tribunal arbitral ne possède pas un tel pouvoir dans certaines législations nationales, ce point devra être éclairci. Si on les analyse soigneusement, les articles en eux-mêmes ne sont pas en conflit, mais il existe toujours la possibilité qu'un tel conflit surgisse compte tenu de la portée globale de l'article 9, qui admet la possibilité qu'une partie puisse solliciter une décision d'un tribunal d'un autre pays.

39. M. BARRERA GRAF (Mexique) relève que dans les observations présentées par les gouvernements, l'Autriche avait proposé la suppression de l'article 18 (A/CN.9/263, p. 32, par. 31). En tout état de cause, les pouvoirs du tribunal arbitral en vertu de cet article devront être réduits. Il est cependant probable que l'article 18 n'est pas nécessaire du tout compte tenu de la clarification de la portée de l'article 9 que vient de fournir le secrétariat. Toutefois, si l'on conserve l'article 18, il convient de le modifier, comme le Mexique l'a déjà suggéré, en disposant que les sûretés que le tribunal arbitral peut exiger de toute partie doivent comprendre non seulement les frais occasionnés par les mesures provisoires mais aussi les dommages éventuels qui en résultent pour l'autre partie.

40. M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) propose que, comme il a déjà été convenu à propos des mesures provisoires qui peuvent être demandées à un tribunal, le compte rendu de la discussion sur l'article 18 indique aussi que dans les circonstances appropriées, le tribunal arbitral serait habilité à ordonner la protection de secrets commerciaux et d'informations exclusives.

41. Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators), évoquant la proposition mexicaine, signale que le commentaire du secrétariat sur l'article 18 indique que les sûretés exigées par le tribunal arbitral "pourraient également couvrir d'éventuels dommages-intérêts" (A/CN.9/264, p. 43, par. 5). On ne voit pas clairement si cela signifie que le libellé actuel de l'article 18 couvre ce cas ou s'il est recommandé qu'il soit étendu à ce cas. Pour sa part, Lord Wilberforce serait favorable à l'inclusion d'une disposition concernant les dommages-intérêts.

42. M. ILLESCAS ORTIZ (Espagne) se déclare disposé à soutenir la proposition mexicaine concernant les dommages-intérêts; ceux-ci pourraient également couvrir le manque à gagner de la partie lésée. Il ne sera toutefois pas facile d'évaluer le coût des mesures provisoires ni les sûretés nécessaires pour couvrir les dommages-intérêts.

43. Le PRÉSIDENT estime qu'il vaut mieux ne pas entrer dans le détail, mais se contenter d'évoquer des "sûretés raisonnables" et de laisser aux arbitres le soin de déterminer ce qui est raisonnable en l'occurrence.

44. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) attire l'attention sur le paragraphe 2 de l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dont le libellé est très proche de celui du présent projet. En l'absence de toute raison sérieuse de croire que ce Règlement est insuffisant, il convient de le retenir afin de réduire au minimum les risques de confusion.

45. M. TANG Houzhi (Chine) croit comprendre qu'en vertu des articles 9 et 18 une partie pourrait adresser une demande de mesures provisoires soit à un tribunal ordinaire soit à un tribunal arbitral. D'après la délégation chinoise, une partie doit adresser cette demande au tribunal arbitral qui, s'il l'estime recevable, en réfère à un tribunal qui statue en la matière. La délégation chinoise demande s'il est possible d'adresser une demande de mesures provisoires aussi bien au tribunal qu'au tribunal arbitral.

46. Le PRÉSIDENT dit qu'en théorie la réponse est affirmative mais que la question de savoir si le tribunal est habilité ou non à examiner une demande de mesures provisoires alors qu'une telle demande est en instance devant le tribunal arbitral, relèverait d'une décision de procédure. La confirmation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI signifierait que les parties pourraient s'adresser à l'un ou à l'autre.

47. M. ROEHRICH (France) dit que sa délégation ne fait pas objection à la proposition du représentant du Mexique mais estime que le montant des dommages-intérêts devrait être indiqué dans le texte. Il ne pense pas comme le représentant des Etats-Unis que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI doive servir de référence absolue à la Commission aux fins de l'élaboration de la loi type. Ce Règlement couvre un certain nombre de situations précises et la Commission n'est pas nécessairement liée par ses dispositions, surtout si elle peut en élaborer de meilleures qui se rapportent de façon plus directe à l'objectif particulier visé par la loi type.

48. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que les termes "sûretés raisonnables" ou "sûretés appropriées" seraient

acceptables car le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est très général et permet d'obtenir réparation de tous les dommages occasionnés.

49. Après un débat de procédure auquel participent M. ROEHRICH (France), M. HOLTZMANN (Etats-Unis) et le PRÉSIDENT, ce dernier fait observer qu'au cours des débats de la Commission, on a émis l'opinion qu'il serait possible d'améliorer légèrement le libellé de la dernière phrase de l'article 18 en ajoutant le mot "raisonnables" après le mot "sûretés". S'il n'y a pas d'opposition, le Président considérera que la Commission accepte de conserver l'article 18 ainsi amélioré.

50. *Il en est ainsi décidé.*

Article 19. Détermination des règles de procédure

Paragraphe 1

51. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit qu'il faudrait indiquer clairement que le droit des parties de convenir librement de la procédure arbitrale joue en permanence et non pas uniquement pendant la période précédant l'arbitrage.

52. M. BONELL (Italie) rappelle que dans ses observations écrites, son pays a proposé de stipuler dans le texte que la liberté des parties de convenir d'une procédure quelconque prend fin dès le commencement de la procédure, à moins que les arbitres eux-mêmes n'acceptent la modification proposée. Après s'être vu confier un mandat précis, les arbitres ne devraient pas être obligés d'adopter une procédure entièrement différente. Etant donné que la loi type ne définit pas les relations contractuelles entre les parties et les arbitres, elle doit au moins préciser que des changements ne peuvent être apportés qu'avec le consentement de ces derniers.

53. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) signale qu'au cours de l'examen de cette question par le Groupe de travail, la majorité de ses membres se sont déclarés partisans d'accorder aux parties, de façon permanente, le droit de décider de la procédure. Toutefois, la remarque du représentant de l'Italie est extrêmement judicieuse.

54. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) ajoute que lors de son débat sur l'article 26 concernant la nomination d'experts par le tribunal arbitral, le Groupe de travail a conclu qu'un accord touchant une telle nomination devrait seulement être reconnu s'il intervenait avant le début de l'arbitrage. De manière générale, cependant, le Groupe de travail s'est prononcé pour la formule plus souple laissant les parties libres de modifier les règles de procédure à tout moment.

55. Le PRÉSIDENT dit que l'arbitrage comporte une relation contractuelle non seulement entre les parties mais aussi entre celles-ci et les arbitres; ce second aspect a un rapport avec le mandat et la rémunération des arbitres. Les représentants des Etats-Unis et de l'Italie ont soulevé la question de savoir ce que l'on peut et devrait attendre d'un arbitre agissant en toute équité. Si les arbitres s'opposent à ce qu'on leur demande de modifier leur procédure une fois l'arbitrage commencé, ils peuvent toujours demander à être déchargés de leurs responsabilités et être rémunérés en conséquence.

56. Selon M. LAVINA (Philippines), on peut s'attendre à voir les parties adopter une attitude raisonnable au sujet des modifications de la procédure, mais il est impossible de garantir qu'il en sera effectivement ainsi. C'est pourquoi la proposition des Etats-Unis risque d'entraîner de graves complications, tandis que celle de l'Italie aboutirait à instaurer un régime trop rigide. La délégation philippinne est en faveur du maintien du texte dans son libellé actuel.

57. M. BONELL (Italie) dit que la proposition de son pays vise à préciser que les parties sont libres de modifier la procédure à suivre, sous réserve de l'accord des arbitres. Le Président a fait remarquer que l'arbitrage repose sur une relation contractuelle entre les parties et les arbitres; or c'est un principe général du droit des contrats que la teneur d'un contrat ne peut être modifiée unilatéralement. La souplesse est un principe universellement reconnu de la procédure arbitrale, encore faut-il que les parties adoptent à un certain point une position définitive.

58. M. AYLING (Royaume-Uni) dit que les observations faites par le représentant de l'Italie sont très fondées. Il faudrait reconnaître dans la loi type que les arbitres ont des responsabilités contractuelles en ce qui concerne les conditions de l'arbitrage et qu'ils devraient avoir latitude de les accepter ou de les refuser.

59. Le PRÉSIDENT fait remarquer que si tel était le cas, les parties pourraient mettre fin au mandat des arbitres à tout moment. Personnellement, il n'appuie pas la proposition italienne mais bon nombre des membres de la Commission semblent y être favorables.

60. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) appuie la proposition italienne.

61. Répondant à une question de M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba), le PRÉSIDENT dit que si les parties conviennent d'un arbitrage par une institution, elles conviennent *ipso facto* de s'en tenir strictement aux règles de procédure de celle-ci.

62. M. JARVIN (Chambre de commerce internationale) dit que dans ses observations écrites, son organisation a proposé que lorsque les parties ont fait référence aux règles de procédure d'une institution d'arbitrage, elles soient censées avoir convenu que l'arbitrage sera conduit selon ces règles. D'après l'article 19, paragraphe 1, il semblerait que les parties doivent en convenir expressément au début de l'arbitrage.

63. M. SAWADA (Japon) dit que le texte en question a été mis au point par le Groupe de travail après des négociations approfondies et qu'il serait malavisé de s'en écarter.

64. M. LOEFMARCK (Suède) appuie la proposition italienne mais estime que les parties devraient se mettre d'accord avec les arbitres au début de la procédure et non pas une fois que les arbitres ont accepté leurs fonctions.

65. M. SZASZ (Hongrie) dit que le texte devrait être maintenu dans son libellé actuel; les délibérations de la Commission, qui constituent en fait une interprétation du texte, seront relatées dans le compte rendu analytique.

66. Selon M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial), le texte stipule que les parties ont le droit de modifier la procédure à tout moment, mais que les arbitres ne sont pas tenus d'accepter des règles auxquelles ils n'auraient pas donné expressément leur accord et que, par conséquent, ils auront le dernier mot en matière de procédure. Les débats de la Commission ont montré que la formule générale utilisée dans le texte était préférable à une rédaction plus précise qui n'entraînerait que difficultés et confusion.

67. Le PRÉSIDENT dit que le délai accordé pour modifier la procédure à suivre pourrait très bien être arrêté par

convention entre les parties et les arbitres. S'il n'y a pas d'opposition, il considérera que la Commission souhaite laisser le texte du paragraphe 1 de l'article 19 inchangé.

68. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 2

69. M. BONELL (Italie) dit que la deuxième phrase poserait des problèmes en droit italien, car la recevabilité, la pertinence et l'importance des preuves relèvent des règles juridiques de fond.

70. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que, dans certains systèmes juridiques, l'un ou l'autre des points de l'énumération de la dernière phrase pourrait être considéré comme touchant au fond du droit. Il reste qu'il n'est pas inutile qu'une loi type sur l'arbitrage traite de la procédure d'admission et d'évaluation des preuves. S'agissant de la compatibilité, à l'intérieur de la loi type elle-même, entre le paragraphe 2 de l'article 19 et l'article 28, le secrétariat estime que si la loi type était adoptée telle quelle la recevabilité et les autres questions mentionnées au paragraphe 2 de l'article 9 seraient laissées à la discrétion du tribunal arbitral, sauf convention contraire des parties, et ne seraient pas touchées par le choix des règles juridiques de fond opéré conformément à l'article 28.

71. M. BONELL (Italie) pense, comme M. Herrmann, qu'il y a une différence importante entre l'article 19, dans lequel le mot "Loi" est utilisé, et l'article 28, qui parle de "règles de droit". La délégation italienne souhaiterait que le paragraphe 2 de l'article 19 adopte la terminologie de l'article 28, dont la portée est plus large. Il ressortirait clairement du texte ainsi modifié qu'il convient de ne pas adopter une approche strictement nationaliste en ce qui concerne les dispositions de fond du droit. Les arbitres auraient clairement le pouvoir de décider par eux-mêmes les questions de recevabilité, de pertinence et d'importance des preuves puisqu'ils ne seraient plus tenus d'appliquer les dispositions de fond d'un droit national donné. Si la dernière phrase n'était pas modifiée dans ce sens, la délégation italienne souhaite qu'elle soit supprimée.

72. Le PRÉSIDENT pense qu'il existe une autre possibilité consistant à ajouter, à la fin de la dernière phrase, le membre de phrase "sous réserve des dispositions obligatoires de la loi applicable".

73. M. PELICHET (Observateur, Conférence de La Haye de droit international privé) ne comprend pas le problème que pose le texte à la délégation italienne. Selon lui, la dernière phrase énonce simplement les pouvoirs des arbitres en ce qui concerne la recevabilité des preuves mais n'indique pas quelles règles du droit national, qu'il s'agisse de règles de fond ou de règles de procédure, les arbitres seraient tenus d'appliquer pour se prononcer sur la recevabilité.

74. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que dans ses observations par écrit, la Chambre de commerce internationale a proposé un ajout à l'article 7 relatif à l'arbitrage organisé par une institution permanente (A/CN.9/263/Add.1, p. 7, par. 8). La délégation américaine pense que la loi type ne devrait pas faire référence aux règles d'une institution permanente mais que lorsque les parties sont convenues de soumettre tout différend à l'arbitrage conformément à des règles de procédure données, l'arbitrage devrait être conduit conformément à ces règles, dans la mesure où elles ne contredisent pas les dispositions impératives de la loi type. La délégation américaine propose donc que l'on modifie le paragraphe 2 de l'article 19 en y introduisant une référence au respect de telles règles de procédure.

75. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) demande que le texte de l'amendement proposé par le représentant des Etats-Unis soit distribué aux membres de la Commission.

76. Le PRÉSIDENT suggère que, si la Commission en convient, on procède à l'examen du paragraphe 2 de l'article 19 une fois achevé l'examen de l'article 28.

77. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 17 h 15.

317e séance

Mardi 11 juin 1985, à 9 h 30

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 9 h 40.

Arbitrage commercial international (*suite*)
(A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2; A/CN.9/264)

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

Paragraphe 1

1. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) propose de remplacer les mots "le recours formé devant un tribunal" par les mots "le recours formé devant un tribunal compétent", de manière à préciser le lien entre l'article 34 et l'article 6.

2. Le PRÉSIDENT suggère de soumettre cette proposition à un comité de rédaction.

3. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 2

4. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) se déclare préoccupé par le fait que la liste exclusive de motifs d'annulation d'une sentence ne couvre pas tous les cas d'injustice dans la procédure. Dans ses observations écrites figurant dans le document A/CN.9/263/Add.2 (p. 9, par. 32), le Gouvernement britannique a donné quelques exemples de tels cas. La notion d'ordre public, mentionnée au paragraphe 2 *b* ii, est inconnue au Royaume-Uni et sir Michael Mustill ne saurait dire si, dans d'autres pays, cette notion couvrirait les exemples mentionnés. La délégation britannique souhaiterait que soit ajoutée à l'article 34 une formule de caractère plus général afin qu'un recours soit possible dans tous les cas d'injustice grave dans la procédure.

5. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) dit que les motifs d'annulation d'une sentence ne devraient pas être

énumérés de manière exhaustive; il faudrait conserver une certaine souplesse en la matière.

6. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial), se référant au paragraphe 2 *a* i, dit que l'incapacité d'une seule des parties devrait constituer un motif suffisant d'annulation d'une sentence. Les mots "en vertu de la loi qui leur est applicable" ne sont pas clairs; il serait préférable de stipuler que les parties n'avaient pas la capacité de conclure un accord. Bien que le libellé actuel soit similaire à celui de la Convention de New York de 1958, la Commission souhaitera peut-être s'écarter du texte de la Convention, dont la disposition pertinente n'est pas claire.

7. M. SEKHON (Inde) considère, comme le représentant du Royaume-Uni, que les motifs énoncés au paragraphe 2 de l'article 34 ne couvrent pas tous les cas possibles. La Commission souhaitera peut-être, par exemple, inclure une disposition relative à la faute d'un arbitre; dans ce cas, M. Sekhon pourrait proposer un libellé approprié, tiré de la législation sur l'arbitrage de son pays. La question de l'ordre public est délicate : un Etat ayant une dette extérieure considérable pourrait par exemple interdire que des paiements soient versés à des créanciers dans des pays étrangers, y compris des paiements dus en application d'une sentence arbitrale en matière de commerce international.

8. M. SAMI (Iraq) considère, comme l'Observateur du Conseil international pour l'arbitrage international, que les mots "en vertu de la loi qui leur est applicable" sont vagues. La règle régissant l'incapacité des parties devrait stipuler sans ambiguïté que l'incapacité doit être présente au moment où la convention d'arbitrage est conclue et non après.

9. M. PELICHET (Observateur, Conférence de La Haye de droit international privé) approuve les remarques de l'Observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial. Il appelle l'attention sur les observations de son organisation concernant le paragraphe 1 *a* i de l'article 36, figurant dans le document A/CN.9/263/Add.1 (p. 22, par. 3), qui s'appliquent également à la deuxième partie du paragraphe 2 *a* i de l'article 34. Il ne semble pas justifié que la question de la validité de la convention d'arbitrage soit soumise à la législation du pays de l'arbitrage, car de nombreuses procédures arbitrales sont menées dans des pays n'ayant aucun lien avec le contrat principal ou les parties audit contrat. Dans la plupart des systèmes de droit international privé, la validité d'une convention d'arbitrage est déterminée par la loi régissant le contrat principal. M. Pélichet propose donc de modifier comme suit la deuxième partie du paragraphe 2 *a* i de l'article 34 : "ou que ladite convention n'est pas valable; ou . . .".

10. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) estime, comme les orateurs précédents, qu'il faudrait modifier les mots "en vertu de la loi qui leur est applicable". Pour ce qui est la proposition de l'Observateur de la Conférence de La Haye, il estime que le problème ne se pose pas, car, du fait du champ d'application territorial de la loi type, les parties ont l'entière liberté de choisir la législation applicable à leur convention d'arbitrage.

11. M. LOEFMARK (Suède) approuve la déclaration de l'Observateur de la Finlande.

12. M. SZURSKI (Observateur de la Pologne) considère, comme les autres orateurs, que les mots "en vertu de la loi qui leur est applicable" ne sont pas clairs et devraient être modifiés de la manière proposée par l'Observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial. Il est vrai également que l'incapacité d'une seule des parties devrait constituer un motif suffisant d'annulation de la sentence et que le paragraphe 2 *a* i devrait être modifié en conséquence.

13. M. GRIFFITH (Australie) approuve les modifications recommandées par les orateurs précédents.

14. M. JOKO-SMART (Sierra Leone) convient avec les représentants du Royaume-Uni et de la République-Unie de Tanzanie que les motifs d'annulation d'une sentence arbitrale ne devraient pas être spécifiés d'une manière trop rigide. En outre, il ressort du libellé actuel du paragraphe 2 *a* i de l'article 34 que le demandeur doit fournir la preuve que les deux parties étaient frappées d'une incapacité; il serait sans aucun doute préférable que le demandeur n'ait à fournir la preuve que de sa propre incapacité.

15. M. ROEHRICH (France) approuve les déclarations des Observateurs du Conseil international pour l'arbitrage commercial et de la Conférence de La Haye.

16. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) dit que le paragraphe 2 *a* i renvoie aux mots "la partie en faisant la demande apporte la preuve". Le meilleur moyen de satisfaire les orateurs qui considèrent que la capacité d'une seule partie devrait constituer un motif suffisant pour annuler la sentence serait d'énoncer cette disposition au singulier. Du fait de son caractère exhaustif, la liste actuelle des motifs d'annulation a fait l'objet de critiques. Il y a deux possibilités : soit ajouter de nouveaux motifs, ce qui risquerait de rendre la liste trop longue; soit, ce qui serait préférable de l'avis de M. de Hoyos Gutierrez, d'ajouter une disposition de caractère général, telle que "pour toute autre raison", qui n'exclurait pas les motifs déjà mentionnés dans la liste et autoriserait d'autres motifs.

17. Le PRÉSIDENT note que la plupart des pays jugeront difficile d'accepter une liste ouverte, leur législation prévoyant une liste exhaustive.

18. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) approuve la proposition tendant à énoncer le paragraphe 2 *a* i au singulier. Ce paragraphe est à part cela bien rédigé et il est conforme à la Convention de New York et à la Convention européenne de 1961, ainsi qu'à l'article 36 du projet de texte. M. Mtango doute donc qu'il soit sage d'accepter les autres propositions de modification de cette disposition. Peut-être le Secrétariat pourrait expliquer pourquoi cette disposition a été rédigée de cette manière.

19. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit qu'une version antérieure de cette disposition était presque identique au libellé que vient de recommander l'Observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial, mais que le Groupe de travail a décidé d'utiliser le libellé retenu dans la Convention de New York de 1958 parce que cette solution permettait d'aligner l'article 34 sur l'article 36. Il est vrai naturellement que ces deux articles n'exercent pas les mêmes effets. En vertu de la loi type et de la Convention de New York de 1958, une sentence ne peut être exécutée dans aucun autre pays une fois qu'elle a été annulée.

20. Le PRÉSIDENT demande à l'Observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial si sa recommandation tendant à ce que le paragraphe 2 *a* i fasse référence à l'incapacité d'une seule partie signifie que le demandeur doit pouvoir apporter la preuve de l'incapacité de l'une ou l'autre partie. Certains orateurs estiment qu'il ne faudrait faire mention que de l'incapacité du demandeur.

21. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) dit qu'il recommande que le deman-

deur soit capable d'apporter la preuve de l'incapacité de l'une ou l'autre partie.

22. M. BARRERA GRAF (Mexique) déclare que la liste des motifs d'annulation d'une sentence arbitrale devrait être une liste exhaustive. Il convient avec le représentant du Royaume-Uni que la liste actuelle est inadéquate et devrait être étendue. Il est également d'accord avec la recommandation de l'Observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial selon laquelle le demandeur devait être capable de fournir la preuve de l'incapacité de l'une ou l'autre des parties. Un autre point est que l'alinéa *a* i aborde deux questions distinctes — l'incapacité des parties et la nullité de la convention — qui font intervenir des principes de droit international privé différents. M. Barrera Graf suggère qu'elles fassent l'objet de deux dispositions séparées. En ce qui concerne la dernière question, la formulation existante semble trop générale.

23. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) dit que si l'incapacité d'une partie à la convention d'arbitrage est prouvée, la convention elle-même est nulle. Cela conduit à penser qu'il n'est pas nécessaire de traiter à l'alinéa 2 *a* i la question de l'incapacité des parties. Il ne pense pas que le moment soit venu de modifier la référence à la loi applicable. Il est vrai que le libellé du paragraphe 2 est le résultat d'efforts visant à établir un parallèle entre les articles 34 et 36. Toutefois, M. Volken n'est pas convaincu qu'un tel parallèle est à la fois souhaitable et possible. Le principal motif d'annulation d'une sentence arbitrale devrait être fondé sur la notion d'injustice manifeste.

24. M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) appuie la recommandation du Conseil international pour l'arbitrage commercial, mais non la proposition de la Conférence de La Haye.

25. M. BONELL (Italie) appuie lui aussi la recommandation du Conseil international pour l'arbitrage commercial. Il comprend ce qui a motivé la proposition de la Conférence de La Haye, mais préfère que le texte reste tel qu'il est à cet égard; en premier lieu, il devrait être conforme autant que possible à la Convention de New York et, ce qui est plus important, aucune décision n'a encore été prise quant à la loi qui devrait régir la convention d'arbitrage. Si la Commission décide de supprimer la référence à deux systèmes juridiques, elle devrait également le faire à l'article 36.

26. M. JARVIN (Observateur, Chambre de commerce internationale) appuie lui aussi la recommandation du Conseil international pour l'arbitrage commercial. Il ne peut accepter la proposition de la Conférence de La Haye sans de plus amples discussions.

27. Mme RATIB (Egypte) dit qu'une partie ne devrait pas pouvoir soulever en application de l'article 34 une objection qui a déjà été faite en application de l'article 8 ou de l'article 16.

28. M. ABOUL-ENEIN (Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) appuie la recommandation du Conseil international pour l'arbitrage commercial. Il est également favorable à l'idée de modifier la référence à la loi applicable. Il convient assurément d'étudier attentivement la proposition de la Conférence de La Haye avant de pouvoir songer à l'adopter.

29. M. BOGGANO (Observateur de l'Argentine) appuie la recommandation du Conseil international pour l'arbitrage commercial et la proposition de la Conférence de La Haye, mais propose que cette dernière soit discutée de façon plus approfondie lors de l'examen de l'article 36.

30. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) demande qu'il lui soit confirmé que l'acceptation de la recommandation du Conseil international pour l'arbitrage commercial en ce qui concerne les mots "les parties" aura des incidences purement rédactionnelles et ne signifiera pas que la loi type et la Convention de New York diffèrent sur ce point quant au fond.

31. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat le confirme.

32. M. SZASZ (Hongrie) dit que s'il est important de mettre sur pied un système d'arbitrage commercial international, il est également important de veiller à la compatibilité des divers instruments afin d'aider ceux qui en feront usage. S'il est absolument essentiel que la Commission s'écarte de l'énoncé de documents comme la Convention de New York, qu'elle le fasse et qu'elle explique pourquoi dans le rapport, mais elle ne devrait pas apporter de modifications de ce genre pour des motifs d'ordre purement esthétique.

33. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie), appuyé par M. TANG Houzhi (Chine), approuve la déclaration du représentant de la Hongrie.

34. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) dit que, lorsque la loi type reprend mot pour mot le texte d'une convention internationale existante qui donne satisfaction dans la pratique, la Commission ne doit apporter de modifications que si elle est unanime à considérer que le besoin s'en fait sentir.

35. Le PRÉSIDENT dit qu'il convient de se rappeler que la Convention de New York de 1958 ne traite pas de l'annulation des sentences.

36. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) est certes d'accord avec le représentant de la Hongrie, mais il pense que ce serait une erreur de reprendre aveuglément dans la loi type le texte de la Convention de New York de 1958.

37. Se référant à l'alinéa *a* ii du paragraphe 2, il dit qu'il est inutile que le libellé de cette disposition et celui du paragraphe 3 de l'article 19 diffèrent quant à la forme et que ces textes doivent se correspondre.

38. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) serait enclin à partager cet avis. Modifier le texte de l'alinéa *a* ii du paragraphe 2 reviendrait évidemment à aligner la loi type sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI mais elle s'écarterait alors de la Convention de New York.

39. M. SAMI (Iraq) dit que le sens des termes "ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits" n'est pas clair. Il peut y avoir de nombreuses raisons qui mettent une partie dans l'impossibilité de faire valoir ses droits, mais, s'il s'agit de raisons personnelles ou si la partie pouvait éviter une telle situation, il ne convient pas de lui offrir une occasion de faire annuler la sentence.

40. Le PRÉSIDENT suggère d'apporter les éclaircissements voulus sur ce point dans le rapport de la Commission.

41. Mme RATIB (Egypte), M. SEKHON (Inde) et M. JARVIN (Observateur, Chambre de commerce internationale) ayant soulevé des points d'ordre rédactionnel, le PRÉSIDENT suggère de faire figurer dans le rapport une déclaration de caractère général indiquant que la Commission n'a pas souhaité s'écarter sur le fond de la Convention de New York de 1958, mais qu'elle a cru devoir à l'occasion adopter un libellé légère-

ment différent pour la loi type. Les Etats auront ensuite le choix entre les deux libellés.

42. M. GRAHAM (Observateur du Canada) fait observer qu'il serait indiqué de tenir compte à l'alinéa *a* ii du paragraphe 2 des observations du Royaume-Uni relatives à la nécessité de couvrir au paragraphe 2 tous les cas d'injustice de procédure grave. Trois des exemples d'injustice que le Royaume-Uni a mentionnés dans les observations qu'il a présentées par écrit (A/CN.9/263/Add.2, par. 32) ont trait au fait qu'il n'a pas été possible à une partie de faire valoir ses droits. M. Graham pense comme le représentant du Royaume-Uni qu'il est nécessaire d'assimiler l'alinéa en question au paragraphe 3 de l'article 19, car une faute de procédure commise par les arbitres porte atteinte au droit qu'ont les parties de faire valoir leurs droits. Il serait possible de régler le problème en modifiant le texte de l'alinéa.

43. Mme DASCALOPOULOU-LIVADA (Observateur de la Grèce) dit que le texte de l'alinéa *a* iii du paragraphe 2, qui reprend le libellé de la Convention de New York de 1958, n'est pas clair et fait peut-être double emploi.

44. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) estime nécessaire d'examiner les répercussions du paragraphe 2 de l'article 16 sur les procédures d'annulation, de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales. Il suggère de modifier ce paragraphe pour indiquer clairement que l'interdiction faite aux parties de soulever deux fois une exception d'incompétence s'applique non seulement à la procédure d'arbitrage mais aussi aux procédures d'annulation, de reconnaissance et d'exécution des sentences.

45. De l'avis de M. BONELL (Italie), la question doit être traitée par des législateurs nationaux en dehors de la loi type.

46. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) signale que sa délégation a toujours admis que, si une exception tenant à la compétence ou au champ d'application d'une sentence n'a pas été soulevée pendant la procédure d'arbitrage, elle ne peut être soulevée pour la première fois par la partie perdante au cours d'une action conforme à l'article 34.

47. M. ROEHRICH (France) dit que sa délégation comprend le contraire. Il serait plus sage de laisser le texte actuel tel qu'il est.

48. M. SAMI (Iraq) et M. SEKHON (Inde) souscrivent aux commentaires que vient de faire le représentant de la France.

49. M. GRAHAM (Observateur du Canada) prie le secrétariat de préciser le sens de la dernière partie de l'alinéa iv du paragraphe 2 *a*, après les mots : "à défaut d'une telle convention".

50. De l'avis du PRÉSIDENT, cette expression signifie que, si les parties ont conclu une convention qui n'est pas contraire aux dispositions impératives de la loi type et que la procédure arbitrale a violé cette convention, il y a là un motif d'annulation de la sentence. Toutefois, à défaut d'une telle convention, la procédure doit respecter les règles même non impératives du pays dans lequel l'annulation de la sentence est demandée, et l'inobservation de ces règles peut justifier l'annulation.

51. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) précise que le sens de l'expression considérée, qui figure dans la Convention de New York de 1958 ainsi qu'à l'article 36, fait l'objet de controverses. Le Groupe de travail a estimé qu'aux fins de l'article 34, il faut l'interpréter comme signifiant qu'une convention entre les parties, contraire aux dispositions impératives de la loi type, ne pourrait servir de norme pour apprécier la validité de la procédure arbitrale.

52. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) relève que, selon l'alinéa considéré, si une convention est contraire aux dispositions impératives de la loi type, l'inobservation de la convention n'est pas un motif d'annulation de la sentence. L'alinéa ne dit pas que le respect d'une telle convention *constitue* un motif d'annulation. Cet alinéa rendrait mieux compte de l'intention du Groupe de travail si on remplaçait l'expression "à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente loi" par les mots "ou aux dispositions de la présente Loi".

La séance est levée à 12 h 40.

318e séance

Mardi 11 juin 1985, à 14 heures

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 14 h 10.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add. 1 et 2; A/CN.9/264)

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

Paragraphe 2 b *i*

1. M. PELICHET (Observateur, Conférence de La Haye de droit international privé) dit que le sous-alinéa *b* i est totalement inacceptable et risque même d'être dangereux car il peut permettre à une partie à une convention d'arbitrage de faire annuler une sentence dans n'importe quel Etat, ce qui est contraire au principe selon lequel, en l'absence de choix de la part des parties, la loi régissant le fond du litige est la loi applicable à la question de l'arbitrabilité. Bien qu'il ait décidé de maintenir ce sous-alinéa, le Groupe de travail a indiqué que les problèmes en cause revêtaient une grande importance dans la pratique et devaient être étudiés de façon approfondie. Après avoir dûment examiné la question, la Conférence de La Haye propose de supprimer ce sous-alinéa.

2. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage international) dit que dans son rapport, le Groupe de travail a demandé aux gouvernements et aux organisations de présenter leurs observations sur la question (A/CN.9/246 et Corr.1, par.137) mais que très peu d'entre eux ont répondu. Il ne pense pas comme l'Observateur de la Conférence de La Haye que cette disposition permettrait à un tribunal situé dans un Etat qui n'est pas concerné par l'arbitrage d'annuler une sentence. Le seul pays dont les tribunaux peuvent être invités à annuler une sentence est celui dont la loi régit l'arbitrage : les tribunaux d'un pays tiers ne peuvent pas annuler

une sentence rendue en dehors de leur juridiction. C'est pourquoi il estime que le sous-alinéa *b* i doit être maintenu tel quel.

3. M. LOEFMARCK (Suède) pense comme l'Observateur de la Conférence de La Haye que ce sous-alinéa doit être supprimé. Il est inquiétant que la question de savoir si une sentence est contraire à l'ordre public ne puisse être tranchée par un tribunal que si les parties le demandent. Un tribunal situé dans le pays où l'exécution de la sentence est demandée doit être capable de prendre une décision de sa propre initiative et non pas seulement à la demande d'une partie.

4. Mme RATIB (Egypte) appuie la proposition tendant à supprimer le sous-alinéa *b* i. Si cette disposition était supprimée, la question serait toujours couverte par les sous-alinéas *b* ii et *a* i qui relient respectivement l'arbitrabilité à l'ordre public et à la validité d'une convention d'arbitrage.

5. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) dit que sa délégation est favorable à la suppression du sous-alinéa *b* i pour les raisons exposées par l'Observateur de la Conférence de La Haye. Dans certains Etats, l'arbitrage peut être limité par certains facteurs particuliers que d'autres pays ignorent.

6. M. STROHBACH (République démocratique allemande) partage le point de vue du représentant du Conseil international pour l'arbitrage commercial et préfère que le sous-alinéa *b* i soit maintenu. Les parties peuvent éviter les difficultés que cette disposition risque de soulever en choisissant comme lieu d'arbitrage un pays dans lequel leur litige particulier peut être réglé par voie d'arbitrage.

7. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit que sa délégation n'a pas d'opinion arrêtée sur cette question mais rappelle qu'il a été décidé, sur l'initiative de l'Union soviétique, d'insérer dans l'article premier une disposition subordonnant la loi type à toute loi locale régissant l'arbitrabilité de certaines questions. Toute tentative d'arbitrage effectuée en application de la loi type serait donc illégale si, en vertu de la loi de l'Etat en question, l'objet du différend ne peut pas être soumis à l'arbitrage. En ce qui concerne la suggestion tendant à confier aux parties le soin de régler elles-mêmes le problème du lieu de l'arbitrage, l'orateur rappelle que le Groupe de travail a établi une distinction très nette dans le texte entre l'alinéa *a* qui ne peut être invoqué que si la partie qui demande l'annulation apporte une preuve et l'alinéa *b* en application duquel le tribunal peut se saisir lui-même d'une question. C'est pour cette raison que le sous-alinéa *b* i a été placé dans l'alinéa *b* et non pas dans l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 34.

8. Le PRÉSIDENT dit qu'une sentence arbitrale ne peut être annulée que si une partie en fait la demande; le tribunal n'est pas habilité à le faire de sa propre initiative.

9. De l'avis de M. SZASZ (Hongrie), bien qu'un Etat puisse refuser que certains types de litiges soient réglés par voie d'arbitrage, une partie qui se fonde sur la loi de cet Etat ne devrait pas se voir refuser le droit de faire annuler une sentence, aussi la délégation hongroise préfère-t-elle que le sous-alinéa 34 2 *b* i soit conservé.

10. M. ROEHRICH (France) est favorable à la suppression du sous-alinéa *b* i pour les raisons exposées par l'observateur de la Conférence de La Haye et estime qu'au cas où cette disposition serait supprimée, le sous-alinéa *b* ii devrait également l'être. Les questions d'arbitrabilité et d'ordre public sont certes extrêmement importantes mais l'article 36 permet d'y faire face.

11. Le PRÉSIDENT suggère une solution de compromis consistant à supprimer le membre de phrase "conformément à la loi du présent Etat", et à ne pas trancher la question de savoir si l'on appliquerait la loi d'un Etat donné ou les règles du droit international. Il doit être bien entendu cependant que dans la plupart des cas un Etat appliquera sa propre loi.

12. M. PELICHET (Observateur, Conférence de La Haye de droit international privé) dit qu'il peut appuyer sans réserve la solution de compromis proposée par le Président.

13. M. GRIFFITH (Australie) partage l'opinion de la délégation hongroise. L'alinéa devrait être conservé; la question ne devrait pas être couverte par le seul article 36.

14. M. SEKHON (Inde) dit que, pour les raisons exposées par le représentant de la Hongrie, sa délégation est en faveur du maintien de l'alinéa.

15. M. SZASZ (Hongrie) dit que sa délégation n'a pas d'objection à présenter à l'encontre de la solution de compromis suggérée par le Président, notamment parce que la suppression du membre de phrase en question ne lui paraît pas modifier considérablement le sens de l'alinéa.

16. M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) approuve le texte dans son libellé actuel et n'est pas en faveur de la solution de compromis qui, pense-t-il, serait une source de confusion et d'incertitude.

17. M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) est en faveur de la suppression du sous-alinéa *b* i mais souhaiterait voir conserver le sous-alinéa *b* ii.

18. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) approuve la suggestion du Président visant à supprimer le membre de phrase en question, qui est trop restrictif.

19. M. LAVINA (Philippines) partage l'opinion du représentant de la Hongrie et demande instamment le maintien de l'alinéa dans son libellé actuel.

20. M. BOGGIANO (Observateur de l'Argentine) comprend que le membre de phrase "conformément à la loi du présent Etat" se réfère aux règles juridiques de fond. Un Etat qui désirerait appliquer la loi d'un autre pays devrait être libre de le faire et ne devrait pas être contraint d'appliquer la sienne. M. Boggiano approuve les remarques faites par l'observateur de la Conférence de La Haye, mais trouve acceptable la suggestion du Président, qui laisserait au tribunal le soin de décider de la loi applicable.

21. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) est partisan du maintien des sous-alinéas *b* i et *b* ii.

22. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) pense que le sous-alinéa a très peu d'importance pratique; il partage néanmoins les vues exprimées par le représentant de la Hongrie et n'accepte pas la suggestion du Président, qui rendrait obscur le sens du sous-alinéa.

23. M. SAWADA (Japon) est partisan du maintien du sous-alinéa.

24. M. BONELL (Italie) préférerait voir conserver le sous-alinéa tel qu'il est, mais pourrait accepter la suggestion du Président.

25. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) est partisan de la suppression du sous-alinéa, mais pourrait accepter la solu-

tion de compromis proposée par le Président. Il aimerait demander aux délégations favorables au maintien du sous-alinéa si dans l'hypothèse du paragraphe 2 *b*, la législation de leur pays autorise un tribunal à annuler une sentence de son propre chef. Il y a dans le texte une étrange dichotomie entre les alinéas *a* et *b* du paragraphe 2, c'est-à-dire entre la partie qui demande l'annulation et le tribunal qui annule de son propre chef; de plus, la procédure d'annulation d'une sentence selon l'article 34 n'est pas compatible avec la procédure de reconnaissance et d'exécution prévue à l'article 36. La disposition du sous-alinéa *b* ii a sa place dans une procédure de reconnaissance ou d'exécution, mais pas dans une action en annulation.

26. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) est partisan du maintien du sous-alinéa *b* i et pense que la proposition de compromis laisse non résolue la question la plus importante et risque de créer plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait.

27. M. TANG Houzhi (Chine) dit que, même si la solution de compromis risque d'entraîner quelques difficultés, elle est la plus raisonnable et la plus pratique des formules disponibles, aussi la délégation chinoise l'appuie-t-elle.

28. M. BROCHES (Observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial) approuve la suggestion du Président.

29. M. ROEHRICH (France) dit qu'il peut, lui aussi, accepter la suggestion du Président.

30. M. GRAHAM (Observateur du Canada) estime la suggestion du Président raisonnable car elle permettrait aux Etats de décider s'ils veulent délocaliser l'arbitrage.

31. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que, pour sa délégation, la solution de "compromis" est en fait la plus radicale. Lorsque les parties rédigent un contrat, il leur faudrait savoir si la législation locale du lieu de l'arbitrage autorise le règlement par voie d'arbitrage du type de litige qui risque de survenir. La loi type devrait permettre aux parties de savoir à l'avance dans quelles conditions l'arbitrage pourrait se dérouler; or, la suggestion du Président aurait pour effet de laisser les parties dans une totale incertitude sur ce point. Ce compromis pourrait conduire les parties à ne recourir à l'arbitrage qu'en cas de certitude, et non dans le cadre de systèmes juridiques moins développés.

32. Le PRÉSIDENT suggère, étant donné que la plupart des délégations paraissent favorables au maintien du sous-alinéa *b* i, de conserver le texte dans son libellé actuel.

33. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 2 b ii

34. M. SEKHON (Inde) dit que sa délégation préférerait voir supprimer le sous-alinéa *b* ii. L'expression "ordre public" est beaucoup trop vague et n'a guère de rapport avec le droit de l'arbitrage. Si l'on maintient ce sous-alinéa, la Commission devrait envisager de supprimer le membre de phrase "ou toute décision y figurant", qui est inutile car un ensemble inclut nécessairement toutes ses parties et une décision est une partie de la sentence.

35. M. LOEFMARCK (Suède) dit que sa délégation préférerait que l'on supprime le sous-alinéa mais n'insistera pas en ce sens.

36. Mme VILUS (Yougoslavie) approuve les remarques faites par le représentant de l'Inde. Le sous-alinéa pourrait être interprété comme voulant dire qu'une sentence serait annulable parce qu'une "décision y figurant", c'est-à-dire une partie de ladite sentence, serait contraire à certains principes de la loi du for sans rapport avec le fond de l'affaire. En outre, le sous-alinéa n'est pas compatible avec une interprétation restrictive de la notion d'ordre public.

37. M. SAMI (Iraq) dit que sa délégation trouve, elle aussi, le membre de phrase "contraire à l'ordre public du présent Etat" très ambigu. Il préférerait un libellé du genre "contraire à l'ordre juridique du présent Etat". Si l'on entendait conserver le libellé actuel, il préférerait voir supprimer le sous-alinéa.

38. Le PRÉSIDENT dit que l'expression française "ordre public" (rendue dans le texte anglais par "public policy") signifie les principes fondamentaux du droit.

39. M. OLUKOLU (Nigéria) estime lui aussi que le sous-alinéa *b* ii devrait être supprimé. L'expression "ordre public" est trop vague pour fournir l'orientation que devraient pouvoir attendre de la loi type les pays qui l'appliquent.

40. M. JARVIN (Observateur, Chambre de commerce internationale) trouve la notion d'ordre public quelque peu vague mais estime qu'elle devrait néanmoins être développée dans la loi type, et que l'on devrait faire, en matière d'ordre public, une distinction entre le plan national et le plan international. La loi type est conçue pour s'appliquer au commerce international.

41. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) fait remarquer que l'expression "ordre public" est à nouveau utilisée dans l'article 36, au sous-alinéa *b* ii. De l'avis de sa délégation, la question est liée à celle, plus large, de savoir s'il doit y avoir une disposition générale couvrant tous les cas de grave injustice de procédure. Il est donc important de savoir si un cas de grave injustice de procédure serait considéré comme contraire à l'ordre public. Si la formulation du texte autorise le tribunal à intervenir dans des cas de ce genre, la délégation du Royaume-Uni regretterait la suppression du sous-alinéa; si ledit sous-alinéa ne les couvre pas, elle n'aurait rien contre sa suppression.

42. Le PRÉSIDENT signale que lors de la rédaction de la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats, qui a par la suite été ratifiée aussi bien par le Royaume-Uni que par l'Autriche, il y avait eu une longue discussion sur la notion d'"ordre public". En fin de compte, le texte français de la Convention avait simplement utilisé les mots "ordre public" alors que le texte anglais avait dû spécifier qu'il s'agissait de la violation d'une règle fondamentale de procédure en employant les mots : "no adequate opportunity fairly to present his case". Il avait fallu employer ces termes pour bien préciser que la notion ne se limitait pas au respect des règles juridiques de fond.

43. M. ROEHRICH (France) partage les préoccupations du représentant du Royaume-Uni. Il a déjà dit que sa délégation ne verrait pas d'objection à la suppression du sous-alinéa ii, mais puisqu'un débat s'est engagé sur l'opportunité de compléter cette disposition pour répondre aux inquiétudes des Etats de *common law*, il faut trouver une formule qui couvrirait le concept énoncé dans la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats. Cette formule devra pouvoir être acceptable pour tous les Etats, quel que soit leur système juridique. Sa délégation est favorable au maintien du sous-alinéa, à condition qu'on puisse lui trouver un libellé qui réponde à ces inquiétudes.

44. M. GOH (Singapour) voudrait supprimer le sous-alinéa en question. Il pense que son maintien permettrait au tribunal d'intervenir dans des questions que les parties sont convenues de soumettre à l'arbitrage.

45. Le PRÉSIDENT pense que le meilleur endroit pour mieux expliciter la notion est le sous-alinéa *b* ii. Le problème soulevé par la délégation du Royaume-Uni peut être résolu par l'utilisation d'une rédaction différente, car le texte vise tout écart par rapport aux principes fondamentaux de la loi du "présent Etat", qu'il s'agisse de règles de fond ou de procédure. Les 38 conventions de la Conférence de La Haye comportent toutes une clause d'ordre public. Le Président demande instamment à la Commission de ne pas supprimer l'alinéa tout simplement parce que la notion d'"ordre public" paraît étrange, mais plutôt de trouver une formule plus générale qui apaiserait les craintes exprimées par les délégations du Royaume-Uni et d'autres pays.

46. M. BONELL (Italie) déclare que le but du sous-alinéa est de bien préciser qu'outre les raisons énoncées dans les alinéas précédents, il y a une limite plus générale au delà de laquelle une sentence ne saurait aller. Il signale qu'il n'y a pas d'autre manière de contrôler la substance d'une sentence arbitrale. Si l'on supprime le sous-alinéa *b* ii, on se trouvera alors devant deux possiblités : soit la question est laissée entièrement ouverte, ce qui équivaut à admettre la reconnaissance d'une sentence quelle qu'elle soit, soit on laisse entendre que ce ne sont pas seulement des principes généraux mais aussi des principes plus restreints qui sont en jeu, ce qui serait un résultat fâcheux. L'objectif est de prévoir un minimum de contrôle et de supervision de la part des tribunaux. Si une rédaction plus claire peut être proposée, sa délégation l'acceptera volontiers. Il fait observer que la Convention de New York de 1958 utilise le même concept (article 5, alinéa 2 *b*) et que cette convention a fonctionné de manière satisfaisante jusqu'à présent.

47. M. BOGGIANO (Observateur de l'Argentine) estime qu'il serait illogique de conserver le sous-alinéa *b* i et de rejeter le sous-alinéa *b* ii. Pour sa délégation, la notion d'"ordre public" constitue un ensemble de principes fondamentaux qui englobent les règles de procédure protégeant les droits des parties. Le sous-alinéa représente une garantie contre toute injustice grave de procédure dans l'action arbitrale.

48. M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) est favorable au maintien du sous-alinéa dans sa forme actuelle. Si on le supprimait cela constituerait une divergence radicale par rapport à la Convention de New York. Il s'agit d'une notion fréquemment utilisée aux Nations Unies et son maintien améliorerait l'acceptabilité de la loi type. Il est convaincu qu'une modification rédactionnelle pourra répondre aux inquiétudes exprimées par le Royaume-Uni.

49. M. TORNARITIS (Chypre) pense qu'il ne faut pas supprimer l'alinéa simplement parce qu'on y trouve l'expression "public policy" (ordre public). Si l'on peut trouver une meilleure formulation, sa délégation n'aura pas d'objection à cet alinéa. Il fait observer que les mots "ordre public" ont été employés dans le texte anglais du quatrième Protocole à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

50. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) estime qu'il est inexact de dire que la notion de "public policy" (ordre public) est inconnue dans les Etats de *common law*. Elle est couramment utilisée dans le droit contractuel par exemple. Il a entendu définir cette notion comme étant les "règles obligatoires du système juridique". Il est favorable au maintien du sous-alinéa, avec la suppression du membre de phrase "ou toute décision y figurant" si la Commission en décide ainsi.

51. M. GRAHAM (Observateur du Canada) comprend bien la position de la délégation indienne mais se prononce en faveur du maintien de la réserve exprimée dans l'alinéa. Au Canada, les systèmes de *common law* et de droit romain coexistent et il a fallu affronter des problèmes du genre de celui qui est actuellement en discussion. Il s'associe entièrement à la position du représentant des Etats-Unis sur l'alinéa. La notion de "public policy" (ordre public) figure dans de nombreuses conventions internationales et si on la supprimait dans la loi type, cela équivaudrait à refuser de reconnaître le concept de droit romain. Il serait peut-être possible d'ajouter au paragraphe 2 un sous-alinéa supplémentaire qui tiendrait compte de la suggestion touchant au respect de la régularité de procédure. Il estime cependant qu'il faudrait mieux expliciter la notion dans le sous-alinéa 2 *b* ii en s'inspirant de l'alinéa 20 2) *b* de la Convention européenne sur l'immunité des Etats.

52. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) est favorable au maintien du sous-alinéa ii.

53. M. MATHANJUKI (Kenya) penche aussi pour le maintien de ce sous-alinéa. Sa délégation comprend la nécessité d'énoncer une règle de caractère général qui protégerait l'une des parties à l'arbitrage de toute injustice grave. Sa délégation n'insiste pas pour le maintien des mots "public policy" et serait prête à accepter toute formulation qui traduirait la gravité que revêt, au regard de la loi type, une injustice de procédure.

54. Mme DASCALOPOULOU-LIVADA (Observateur de la Grèce) déclare que la notion d'ordre public est fondamentale dans le système juridique de son pays. Aussi sa délégation est-elle favorable au maintien du sous-alinéa.

55. M. JOKO-SMART (Observateur de la Sierra Leone) déclare qu'avant que le débat ne s'engage, sa délégation était favorable au maintien du sous-alinéa en raison de la signification qu'elle attribuait aux mots "public policy". Il semble y avoir maintenant quelques doutes sur le fait de savoir si la notion d'"ordre public" est bien rendue par l'expression "public policy"; aussi, si l'on n'arrive pas à éclaircir ce terme, sa délégation serait favorable à la suppression du sous-alinéa.

56. Le PRÉSIDENT déclare que la Commission semble disposée, au sous-alinéa 2 *b* ii de l'article 34, à maintenir la référence à l'ordre public sans développer le texte, mais en indiquant dans le rapport ce que signifie cette expression dans d'autres conventions où elle est utilisée — à savoir les principes fondamentaux du droit, sans distinction des règles juridiques de fond et des règles de procédure. D'autre part, plusieurs orateurs se sont prononcés en faveur de la suppression du membre de phrase "ou toute décision y figurant". Le Président considère qu'il existe un accord pour la supprimer.

57. *Il en est ainsi décidé.*

58. Le PRÉSIDENT, revenant à la question que la délégation du Royaume-Uni a soulevée à propos de l'alinéa 2 *a* ii dit qu'il faudrait peut-être en élargir quelque peu la portée de façon à couvrir les irrégularités de procédure. Il propose que le représentant du Royaume-Uni soumette un projet d'amendement à la Commission pour examen.

59. M. TORNARITIS (Chypre) convient que l'expression "ordre public" signifie principes généraux du droit, qu'il s'agisse de règles de procédure ou de règles juridiques de fond.

60. M. LOEFMARCK (Suède) est d'accord pour que l'on n'essaie pas de définir "ordre public" dans le texte du sous-

alinéa 2 *b* ii du paragraphe 2. En ce que concerne l'alinéa *a* du même paragraphe, il est partisan d'ajouter quelque chose au sujet des erreurs de procédure — comme de fausses preuves — qui ont influé sur la décision finale. Il estime également qu'il faudrait prévoir la possibilité de nouveaux motifs de récusation d'un arbitre, qui apparaissent entre le moment où la sentence est prononcée et celui où est faite la demande d'annulation. Cet aspect n'est pas couvert par le sous-alinéa 2 *a* iv. Il n'a pas d'objection à ce que l'on essaie d'y remédier en apportant un amendement au sous-alinéa 2 *a* ii, bien que celui-ci ne traite pas d'une erreur de procédure.

61. M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) dit que sa délégation n'est pas favorable elle non plus à l'insertion d'une définition de l'ordre public au sous-alinéa 2 *b* ii. En ce qui concerne un amendement éventuel au sous-alinéa 2 *a* ii, il considère qu'un tel amendement ne devrait pas aller jusqu'à inclure les erreurs des arbitres, les erreurs matérielles de quelque nature que ce soit ou les preuves nouvellement découvertes, mais s'en tenir aux situations où la sentence est obtenue par fraude, corruption ou autres moyens répréhensibles.

62. M. ROEHRICH (France) dit qu'il comprend la proposition suédoise comme se rapportant uniquement aux motifs de récusation découverts une fois que la sentence a été rendue. Autrement, le sous-alinéa 2 *a* iv s'appliquerait. Si cette proposition impliquait la création de nouveaux motifs d'annulation de la sentence, il aurait de sérieuses objections à son introduction dans l'article 34. A propos de l'addition au sous-alinéa 2 *a* ii suggérée par le Royaume-Uni pour traiter de cas relativement exceptionnels, il faudrait essayer de trouver une formulation qui ne soit pas trop précise. Elle devrait mettre l'accent sur les violations des principes fondamentaux de procédure ou le non-respect des attentes légitimes des parties à propos de la juste conduite de la procédure d'arbitrage, et non sur la non-observation des règles de procédure ordinaires.

63. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit que pour rédiger une addition au sous-alinéa 2 *a* ii, il est indispensable de connaître la décision de la Commission sur un point qui n'a pas encore été examiné et qui a été soulevé dans les commentaires du Gouvernement suédois sur l'alinéa 2 *a* (A/CN.9/263, p. 46, par. 8). En résumé, il s'agit de savoir si le droit d'annuler une sentence existe toutes les fois que les faits énoncés à l'alinéa 2 *a* de l'article 34 sont prouvés, ou seulement s'ils ont influé sur le résultat de l'arbitrage. Certains pays considèrent que si une injustice de procédure est prouvée, il est abusif de permettre le maintien de la sentence. D'autres sont d'avis que la sentence doit être maintenue si l'injustice de procédure n'a rien changé. La décision de la Commission sur ce point déterminera en partie si l'on devrait ou non avoir une formulation du genre de celle-ci : "si dans tout autre cas, il y a eu une injustice de procédure importante ayant une incidence concrète sur la sentence".

64. M. ROEHRICH (France) dit que sa délégation préférerait qu'il y ait quelques éléments objectifs faisant intervenir implicitement le principe du mobile poussant une partie à agir. Il sera très difficile de rédiger une définition de la notion d'incidence sur le contenu d'une sentence, étant donné les différences entre les systèmes juridiques. Une fois qu'il a été déterminé de façon assez claire qu'il y a eu violation des principes fondamentaux de procédure, il n'est pas nécessaire d'indiquer comme condition supplémentaire qu'il faut prouver dans chaque cas qu'il y a eu une incidence concrète sur la sentence.

65. M. SZASZ (Hongrie) souscrit aux observations du représentant de la France. La Commission devrait respecter l'équilibre du texte actuel dans lequel l'utilisation du mot "peut" dans la première phrase du paragraphe 2 couvre tous les éléments voulus. Le tribunal se pencherait sur la nature du motif d'annulation de la sentence.

66. M. BONELL (Italie) pense lui aussi qu'il faut laisser le texte du paragraphe 2 en l'état. Cependant, il estime que la Commission devrait débattre du point soulevé par les représentants du Royaume-Uni et de la Suède, point qui apparaît aussi dans les observations de l'Italie sur l'alinéa *a* du paragraphe 2 (A/CN.9/263, p. 46, par. 8). Il s'agit de la possibilité que la procédure arbitrale n'ait pas fonctionné correctement au sens le plus large du terme. Si la Commission devait s'intéresser à cette question tout à fait distincte, il faudrait qu'elle évite de l'inclure parmi les motifs d'annulation de la sentence, qui ne portent que sur les vices de la procédure arbitrale. Elle devrait être traitée séparément et on devrait stipuler clairement qu'en plus de la procédure actuelle d'annulation, il peut y avoir dans des cas exceptionnels d'autres motifs non techniques d'annulation d'une sentence. La délégation italienne concède que ces motifs supplémentaires ne devraient être valables que dans la mesure où ils ont eu une incidence sur l'issue de la procédure arbitrale. Le représentant du Royaume-Uni a apparemment reçu mandat d'élaborer un projet sur une question qui n'a pas encore été examinée. En dehors du problème de la manière dont il convient de traiter cette question, se posera aussi la question du délai fixé au paragraphe 3, qui ne s'appliquerait pas aux cas susmentionnés.

67. M. LOEFMARCK (Suède) dit que sa proposition porte en fait sur les vices de procédure ayant influé sur la sentence. Il pense, comme le représentant italien, que ces vices diffèrent des autres motifs d'annulation liés à la procédure et devraient être traités dans un alinéa distinct. La délégation suédoise prie instamment le représentant du Royaume-Uni d'établir un projet allant dans ce sens.

68. M. SZASZ (Hongrie) dit que le débat devrait être différé jusqu'à ce que la Commission soit saisie d'un projet de texte. Cependant, en ce qui concerne le projet du Royaume-Uni, la délégation hongroise souhaite appeler l'attention sur le fait que les quatre cas cités dans les observations du Royaume-Uni (A/CN.9/263/Add.2, p. 10) ne correspondent pas nécessairement à la notion d'injustice de procédure. Ils ne sont pas liés et ne peuvent pas être aisément couverts par une formule unique. Une analyse plus poussée est nécessaire.

69. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit que les observations du représentant de la Hongrie sont judicieuses. Ces exemples ont été fournis parce que l'on a demandé à la délégation britannique de citer des situations pour lesquelles une intervention judiciaire était souhaitable et qui n'étaient pas couvertes par l'article 34. Les exemples fournis ne portaient pas tous sur la procédure et ne relevaient pas tous de la même catégorie, de même que la liste n'en était pas exhaustive. La Commission ne s'est absolument pas interrogée sur le fait de savoir si les questions ne relevant pas du domaine strict de l'injustice de procédure devaient être considérées comme des motifs d'intervention judiciaire. La délégation britannique considère que le mandat qu'elle a reçu pour rédiger un texte se limite au sujet précis du débat. Elle ne peut pas élaborer une formule couvrant les quatre exemples fournis dans les observations du Royaume-Uni sans d'autres précisions de la Commission.

70. Le PRÉSIDENT fait remarquer que certains de ces exemples seraient couverts par la référence à l'ordre public.

71. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) dit que la liste d'exemples proposée par le Royaume-Uni n'est pas exhaustive; il y a d'autres motifs d'annulation d'une sentence

qui devraient également être pris en considération. La Commission ne devrait pas clore ses délibérations sur cette question.

72. Le PRÉSIDENT propose que lorsque le représentant du Royaume-Uni aura rédigé un projet, la Commission l'examine afin de décider s'il est satisfaisant ou si une clause plus générale est nécessaire.

73. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 3

74. M. NEMOTO (Observateur, Comité consultatif juridique afro-asiatique) dit que la période de trois mois est plutôt longue. Aussi suggère-t-il l'insertion du membre de phrase "sauf si les parties sont convenues de limiter cette période".

75. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) pense que la période de trois mois est trop courte. Peut-être que la solution de compromis consisterait à ne pas fixer de délai précis.

76. Le PRÉSIDENT fait observer qu'il serait difficile aux parties d'imposer un délai précis à la procédure judiciaire.

Paragraphe 4

77. M. STROHBACH (République démocratique allemande) dit que la règle énoncée au paragraphe 4 semble plutôt curieuse mais que sa délégation pourrait l'accepter sous réserve qu'elle soit clarifiée. Cette disposition devrait indiquer expressément que les arbitres sont soit autorisés à rendre un nouvelle sentence, soit à modifier sur le fond la sentence initiale, qui demeurerait obligatoire et définitive. Il s'agit peut-être simplement d'une question de rédaction.

78. M. ROEHRICH (France) appuie la proposition autrichienne visant à supprimer le paragraphe 4 (A/CN.9/263, p. 47, par. 15). Cette procédure est effectivement peu commune et se fonde sur une conception du rapport entre le tribunal arbitral et la juridiction étatique que sa délégation peut difficilement accepter. Ce n'est pas uniquement une question de rédaction ou de clarification. La délégation française craint que cette procédure ne se révèle inutile. Chaque organe devrait s'acquitter de ses fonctions propres. Une fois la sentence rendue, il devrait y avoir un certain contrôle, indispensable si l'on veut faire en sorte que la justice soit respectée mais les allées et venues entre le tribunal arbitral et le tribunal ne sont pas souhaitables et ne peuvent qu'être préjudiciables à l'idée même de l'arbitrage.

79. M. SAMI (Iraq) souscrit aux observations du représentant de la France. La procédure est inutile et on chercherait en vain les cas où elle pourrait être utilement appliquée.

80. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) dit que la procédure de "rémission" semble étrangère au droit finlandais mais qu'elle existe dans certains pays de *common law*. La délégation finlandaise s'associe donc à la demande du représentant de la République démocratique allemande. Cette procédure pourrait se révéler utile et le paragraphe ne devrait donc pas être purement et simplement supprimé.

La séance est levée à 17 h 5.

319e séance

Mercredi 12 juin 1985, à 9 h 30

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 9 h 40.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264; A/CN.9/XVIII/CRP.1 et 3 à 6)

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

Paragraphe 4 (suite)

1. M. SAWADA (Japon) dit que ce paragraphe représente une inconnue. Ce n'est pas une raison pour le supprimer, mais la délégation japonaise souhaiterait, avant de se décider, que le secrétariat explique comment il s'appliquera.

2. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que le paragraphe 4 a pour objet de donner au Tribunal la possibilité de ne pas annuler la sentence arbitrale lorsqu'il est possible de remédier à un vice de la procédure arbitrale. Cette question sera soumise au Tribunal visé à l'article 6. Le Tribunal ne sera cependant pas habilité à demander aux arbitres de remédier à un vice éventuel lorsque sont invoqués certains des motifs d'annulation énoncés au paragraphe 2 de l'article 34, comme l'incapacité d'une partie ou la nullité de la convention d'arbitrage. Dans certains systèmes juridiques, une fois que les arbitres ont rendu leur sentence, leur mandat ne peut être renouvelé, mais le paragraphe 4 habiliterait le Tribunal à le renouveler.

3. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) est très favorable au principe énoncé au paragraphe 4. Au Royaume-Uni, le renvoi s'est révélé être un moyen très utile d'éviter d'avoir à choisir entre la "cassation" de la sentence et la suppression de tout recours. Il est très rare dans la pratique, au Royaume-Uni, qu'une sentence soit annulée; lorsqu'un tribunal doit intervenir, c'est en général la solution moins sévère du renvoi qui est retenue. La délégation britannique appuie la proposition écrite de l'Association internationale du barreau figurant dans le document A/CN.9/263 (p. 47, par. 18), aux termes de laquelle ce paragraphe devrait être rapproché de la version figurant au paragraphe 126 du document A/CN.9/246 et Corr.1.

4. Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) dit que, du point de vue des arbitres, le paragraphe 4 est très précieux et que sa suppression serait très préoccupante. Les objections que soulève ce paragraphe ne sont pas sérieuses et ne tiennent qu'à l'obscurité du libellé et au caractère novateur de cette disposition. Le système du renvoi fonctionne bien dans de nombreux pays et offre un meilleur moyen de remédier aux vices de procédure ou à des erreurs commises par les arbitres que l'autre solution, consistant à annuler purement et simplement la sentence.

5. M. SEKHON (Inde) est favorable au paragraphe 4. Le fait qu'une telle disposition soit inconnue dans certains systèmes juridiques n'est pas une raison pour l'exclure si elle présente un

intérêt. L'objectif est après tout d'harmoniser les législations. Il propose que les mots "la possibilité de reprendre la procédure arbitrale" soient remplacés par "la possibilité de revoir la procédure arbitrale".

6. M. STALEV (Observateur de la Bulgarie) propose, à titre de compromis, de modifier comme suit la fin du paragraphe : ". . . la possibilité d'éliminer les motifs d'annulation auxquels il est possible de remédier sans rouvrir la procédure arbitrale". Ainsi seraient couverts les cas où, par exemple, les arbitres n'ont pas motivé leur sentence ou ne l'ont pas tous signée. Le texte actuel du paragraphe laisse entendre que les arbitres seront habilités à éliminer la sentence contestée; sinon, il ne leur serait pas possible d'en prononcer une nouvelle; tant que le Tribunal n'a pas annulé la sentence contestée — s'il le fait — les parties et les arbitres sont liés par elle. Le pouvoir des arbitres d'éliminer la sentence devrait donc être énoncé explicitement, point qui est traité dans une certaine mesure par la proposition utile qu'a faite le représentant de la République démocratique allemande (A/CN.9/SR.318, par. 77).

7. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) dit que le Conseil est très favorable au paragraphe 4, qui sera profitable tant aux arbitres qu'aux hommes d'affaires. Il estime que la proposition bulgare pourrait rendre cette disposition plus acceptable.

8. M. JOKO-SMART (Sierra Leone) dit que, si ce paragraphe a pour objet d'habiliter le Tribunal à renvoyer une sentence aux arbitres, il serait mieux de supprimer les mots "et à la demande d'une partie", qui permettent de douter si le Tribunal a ce pouvoir. Le Tribunal ne devrait pas avoir les mains liées par les vœux des parties.

9. Pour M. GRIFFITH (Australie), le paragrahe 4 constitue une disposition raisonnable et utile sous sa forme actuelle. Il partage l'avis de l'observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial, selon lequel cette disposition est utile tant aux arbitres qu'aux hommes d'affaires. La délégation australienne est opposée à la proposition bulgare.

10. M. ENAYAT (Observateur de la République islamique d'Iran) est favorable à cette disposition, qui permettra aux parties d'économiser du temps et de l'argent si le Tribunal constate que la procédure arbitrale est entachée d'un vice. Le réexamen de la sentence par les arbitres devrait cependant avoir pour objet de remédier aux vices de la sentence elle-même et non avoir pour conséquence la validation d'une sentence durant l'élaboration de laquelle des règles de procédure impératives n'ont pas été respectées.

11. M. GRAHAM (Observateur du Canada) approuve les observations du représentant de l'Australie.

12. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) est disposé à accepter le paragraphe tel qu'il a été proposé par le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux, bien que la version proposée par l'Association internationale du barreau semble un peu plus satisfaisante. Il est opposé à la proposition bulgare, mais est favorable à l'idée avancée par le représentant de la Sierra Leone.

13. M. JARVIN (Observateur, Chambre de commerce internationale) est favorable au principe énoncé au paragraphe 4, mais estime que cette disposition devrait être modifiée afin qu'il y soit stipulé que le Tribunal est habilité à suspendre la procédure d'annulation de son propre chef et pas seulement à la demande d'une partie.

14. M. GOH (Singapour), M. LAVINA (Philippines) et M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) se déclarent favorables à ce paragraphe.

15. M. SZURSKI (Observateur de la Pologne) est favorable à l'incorporation de ce paragraphe dans la loi type, mais estime qu'il sera rarement utilisé dans la pratique. Il pourrait être amélioré par diverses modifications d'ordre rédactionnel, notamment en remplaçant les mots "motifs d'annulation" par "motifs possibles d'annulation" ou "motifs d'annulation indiqués par le Tribunal". La procédure de renvoi risque naturellement de poser des problèmes pour les arbitres s'ils sont dans un autre pays et elle risque d'augmenter les coûts de la procédure arbitrale.

16. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) n'est pas opposé à l'inclusion de ce paragraphe dans la loi type, mais il tient à noter que, si le Tribunal est habilité à ordonner la reprise de la procédure arbitrale, le coût pour les parties risque d'être beaucoup plus élevé. Les parties devraient donc avoir leur mot à dire dans toute décision de renvoi.

17. M. SAWADA (Japon) souhaite vivement que le Tribunal ne soit habilité à décider du renvoi que sur la demande d'une partie.

18. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) dit que, même si les mots "et à la demande d'une partie" sont supprimés, cette disposition sera toujours interprétée par son pays comme signifiant que le renvoi ne peut être ordonné que sur la demande d'une partie. La Commission pourrait préciser l'intention de ce paragraphe en utilisant une formule telle que "le Tribunal peut, à la demande d'une partie ou de son propre chef . . ."

19. Le PRÉSIDENT dit qu'à son avis, l'emploi des mots "lorsqu'il est prié d'annuler une sentence" répond à cette préoccupation.

20. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse), M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) et M. OLUKOLU (Nigéria) approuvent la position du Japon, selon laquelle le Tribunal ne devrait être habilité à décider du renvoi que sur la demande d'une partie.

21. Le PRÉSIDENT dit qu'il semble que l'on s'accorde en général à penser que le paragraphe doit être incorporé dans la loi type et que le Tribunal ne devrait être habilité à suspendre la procédure d'annulation que sur la demande d'une partie. La proposition bulgare semble avoir peu de partisans. Il suggère donc que le paragraphe 4 ne soit pas modifié quant au fond et que les diverses modifications d'ordre rédactionnel qui ont été proposées soient soumises au Comité de rédaction.

22. *Il en est ainsi décidé.*

Article premier. Champ d'application (suite)

Paragraphe 1 (suite)

23. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) présente le texte proposé par le groupe de travail spécial (A/CN.9/XVIII/CRP.1).

24. M. ROEHRICH (France) dit que sa délégation n'est pas satisfaite de la nouvelle proposition dont le principal défaut est de supprimer l'expression "arbitrage commercial international" qui, bien que diversement interprétée, est devenue un concept admis dans les milieux du commerce international. La nouvelle version est ambiguë, à cause notamment de l'expression "autres relations économiques". La délégation

française est favorable à une interprétation large du terme "commercial", mais elle se refuse à troquer une formule satisfaisante contre une qui ne l'est pas. Toute mention éventuelle des "services et autres relations économiques" devrait figurer dans la note de bas de page et non dans le texte.

25. M. WAGNER (République démocratique allemande) indique que sa délégation peut accepter soit le texte initial, soit la nouvelle version. Si la Commission adoptait cette dernière, il souhaiterait que l'expression "de nature contractuelle ou non" soit insérée après "relations économiques". Si le texte initial était maintenu, il faudrait insérer ladite expression après "caractère commercial" dans la note de bas de page.

26. Mme RATIB (Egypte) précise que sa délégation préfère le texte original.

27. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) incline à préférer le texte initial. La nouvelle version présente deux idées retenues parmi celles contenues dans la note de bas de page originale et les introduit dans le texte. Il vaudrait mieux laisser toutes ces notions, qui sont d'importance comparable, dans la note de bas de page. Sir Michael Mustill convient avec le représentant de la France que l'expression "arbitrage commercial international" est aujourd'hui couramment admise.

28. M. SAMI (Iraq) note que la nouvelle proposition pose également des problèmes à sa délégation. Il faut maintenir le texte original et faire figurer dans la note de bas de page toute précision nécessaire à la définition de l'activité commerciale.

29. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) précise que le Groupe de travail spécial a ajouté les mots "relations économiques" au texte du paragraphe dans l'intention de résumer la teneur de la note de bas de page originale. L'inclusion du mot "services" vise à répondre au vœu exprimé par la majorité. L'objectif est de faire clairement ressortir que des contrats ayant des objets aussi divers que l'achat de pantalons, la construction d'une usine ou un prêt financier seront tous de nature "commerciale" au regard de la loi type, bien que certaines législations ne leur reconnaissent peut-être pas cette qualification.

30. M. SAWADA (Japon) préfère le texte original. Si la Commission décidait d'adopter la nouvelle version, il faudrait remplacer la formule "y compris les services et autres relations économiques" par "y compris celles mettant en cause des services" et l'expression "questions commerciales" par "transactions commerciales".

31. M. ILLESCAS ORTIZ (Espagne) est du même avis que le représentant de la France en ce qui concerne le concept d'"arbitrage commercial international"; c'est un terme juridique reconnu dans de nombreux pays et il doit figurer dans la loi type. La mention des "services et autres relations économiques" devrait être reportée dans la note de bas de page.

32. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) appuyé par M. SZASZ (Hongrie), propose le maintien du texte original sous réserve de deux modifications mineures de la deuxième note de bas de page, à savoir, à la fin de la première phrase, l'adjonction après "relation de caractère commercial" de l'expression "de nature contractuelle ou non", comme l'a suggéré le représentant de la République démocratique allemande et, à la deuxième phrase, le remplacement de la formule "échange de marchandises" par "échange de marchandises ou de services".

33. M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) préfère le texte original du paragraphe 1.

34. M. ROEHRICH (France) approuve la proposition d'amendement de l'Union soviétique, sauf l'adjonction des mots "de nature contractuelle ou non" qui sont inutiles, car la nature commerciale de la transaction est le facteur déterminant.

35. De l'avis de M. TANG Houzhi (Chine), la proposition de l'Union soviétique est acceptable dans sa totalité. Il ajoute qu'il devrait être clairement indiqué que le paragraphe n'affecte pas l'immunité des Etats.

36. Le PRÉSIDENT suggère que le rapport de la session précise que l'intention de la Commission est que la loi type s'applique également à des parties qui n'ont pas un caractère commercial au sens strict, sans toutefois porter atteinte à l'immunité des Etats.

37. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) soutient la proposition de l'Union soviétique.

38. M. JARVIN (Observateur, Chambre de commerce internationale) estime que la note de bas de page relative au paragraphe 1 devrait préciser que les entreprises publiques peuvent être considérées comme parties à une relation commerciale aux fins de la loi type. Le texte actuel est muet sur ce point.

39. Le PRÉSIDENT constate qu'il existe un large accord en faveur de la proposition de l'Union soviétique. S'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite l'adopter.

40. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 2 c *(suite)* et *nouveaux paragraphes 4 et 5 proposés*

41. M. GRIFFITH (Australie), présentant la proposition publiée sous la cote A/CN.9/XVIII/CRP.5, dit que cette proposition vise à concilier les diverses vues exprimées au sein du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux et à la Commission. Un nouveau paragraphe 4 est proposé en tant que disposition de *lex specialis*.

42. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques), expliquant l'objet du nouveau paragraphe 5 proposé, dit que la Commission est convenue que la loi type ne saurait l'emporter sur une disposition de la législation nationale interdisant le recours à l'arbitrage pour certains différends. Le texte du paragraphe est une adaptation du paragraphe 3 de l'article premier de la Convention européenne de 1966 portant loi uniforme en matière d'arbitrage.

43. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie), se référant au paragraphe 4 proposé, dit qu'il convient de laisser aux Etats le soin de décider si la loi type l'emportera sur une loi nationale.

44. M. BONELL (Italie) juge acceptable la proposition. Il comprend l'inquiétude qu'inspire au représentant de la Tanzanie la disposition de *lex specialis* et voudrait faire observer que les Etats peuvent choisir dans la loi type celles des dispositions qu'ils adopteront.

45. M. SAWADA (Japon) dit que, pour harmoniser les nouveaux paragraphes 4 et 5 proposés, il suffirait de remplacer les termes "les autres dispositions légales" par "les dispositions de toute autre loi". Quant à la proposition touchant l'alinéa *c* du paragraphe 2, la délégation japonaise souhaite rappeler l'opinion qu'elle a exposée à la 307e séance (A/CN.9/SR.307, par. 44), à savoir qu'il n'est pas opportun de laisser les parties décider du caractère international de l'arbitrage.

46. Mme RATIB (Egypte) suggère de fusionner les nouveaux paragraphes 4 et 5 proposés.

47. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique), appuyé par M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques), dit que le groupe de travail spécial a décidé que les questions traitées dans les deux paragraphes en question ont des champs d'application différents et qu'il convient par conséquent de les séparer.

48. M. KADI (Algérie) dit que le seul problème qui se pose à sa délégation a trait au paragraphe 4 et qu'il partage à son sujet l'opinion du représentant de la Tanzanie. Il suggère de supprimer ce paragraphe.

49. M. BOGGIANO (Observateur de l'Argentine) partage l'opinion exprimée par le représentant du Japon au sujet de l'alinéa *c* du paragraphe 2, lequel s'écarte de façon radicale du texte original et permettrait d'internationaliser un différend, quand bien même il ne concernerait qu'un seul Etat.

50. M. LAVINA (Philippines) partage les inquiétudes que suscite l'alinéa *c* du paragraphe 2 et préfère l'énoncé original de la disposition. De plus, dans la version de l'alinéa *c* proposée par le Groupe de travail spécial, le terme "pays" est utilisé au lieu du terme normal qui est "Etat". Il ne voit pas la raison de ce changement.

51. M. SZURSKI (Observateur de la Pologne) approuve sans réserve l'avis exprimé par le Japon.

52. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) dit que, de par sa teneur, le paragraphe 4 proposé n'a pas sa place dans une loi type. De plus, si ce paragraphe est adopté, il sera en contradiction avec le paragraphe 5 et les mots "nonobstant les dispositions du paragraphe 5" devraient donc y être ajoutés.

53. Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) est très sceptique à propos du paragraphe 4. Il n'a trouvé dans les comptes rendus analytiques d'aucun des débats d'élément qui puisse justifier l'insertion d'une telle disposition dans la loi type. Il est vrai qu'à la 307e séance (A/CN.9/SR.307, par. 57) la Commission a décidé que la proposition écrite des Etats-Unis (A/CN.9/263, p. 10, par. 3), visant à énoncer le principe de *lex specialis* dans la loi type — une idée intéressante — devrait être examinée par le Groupe de travail spécial en même temps que la proposition de l'Union soviétique sur l'arbitrabilité des litiges. Pour lui, le principe de *lex specialis* implique que, pour les questions qui ne sont pas régies par la loi type, les Etats doivent être libres d'inclure toutes les dispositions qu'ils désirent dans leur législation nationale. La proposition concernant le paragraphe 4 semble toutefois inverser complètement ce principe en donnant priorité à la loi type sur les dispositions de la législation nationale. En outre, on trouve dans ce texte l'expression "pour les questions qu'elle régit", qui prête à controverse.

54. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) approuve les observations de l'orateur précédent.

55. Si Mme VILUS (Yougoslavie) n'est pas satisfaite du libellé original de l'alinéa *c* du paragraphe 2, elle n'approuve pas davantage la nouvelle version qui donne aux parties une autonomie illimitée, ce qui est loin d'être souhaitable.

56. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique), se référant à l'observation du Chartered Institute of Arbitrators, dit que la question de la *lex spécialis* a été examinée dans une note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.50) établie pour orienter les travaux du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux. D'après le paragraphe 3 de cette note, à la page 2 : "Il semble clair et admis que la loi type a pour objet d'établir un régime juridique spécial en matière d'arbitrage commercial international qui prévaudra sur toute autre loi interne en la matière dans les Etats qui l'adopteront". C'est cette notion que le Groupe de travail spécial a tenté de rendre explicite. On pourrait peut-être lever les réserves à l'égard du paragraphe 4 en ajoutant les mots "sauf disposition contraire" à la fin du paragraphe.

57. M. VOLKEN (Suisse) n'est pas favorable à l'alinéa *c* du paragraphe 2. Bien qu'il ne se soit pas opposé à l'idée d'option positive (*opting-in*) que cette disposition introduit, il préférerait voir régler cette option de manière directe et non seulement de façon indirecte. En bref, il préférerait ajouter un membre de phrase au paragraphe 1 indiquant que la loi type s'applique aussi à un arbitrage commercial international si les parties en conviennent expressément.

58. M. Volken fait observer que, sauf la seconde phrase du paragraphe 1, les trois premiers paragraphes de l'article premier portent sur le domaine d'application matériel alors que le nouveau texte des paragraphes 4 et 5 vise les rapports de la loi type avec les législations nationales. Il semble donc logique de supprimer au paragraphe 1 la disposition traitant de la relation entre la loi type et les accords internationaux et d'en faire un paragraphe 3 *bis* distinct.

59. Le PRÉSIDENT note qu'une majorité semble accepter la proposition figurant au document A/CN.9/XVIII/CRP.5 pour l'alinéa *c* du paragraphe 2 et pour le paragraphe 5, sous réserve d'améliorations d'ordre rédactionnel. Ce qui n'a pas été accepté c'est le paragraphe 4. Puisque ce dernier a donné lieu à tant de commentaires, le Président suggère d'inclure dans le rapport une note indiquant que la loi type doit couvrir le champ d'application par ailleurs couvert par la législation nationale, mais que les Etats sont libres d'accepter que la loi type traite d'une situation de la façon qu'ils l'entendent. Il considère donc que la Commission approuve cette suggestion en même temps que le libellé proposé pour l'alinéa *c* du paragraphe 2 et pour le paragraphe 5.

60. *Il en est ainsi décidé.*

Article 2. Définitions et règles d'interprétation (suite)

Alinéa e *(suite)*

61. M. RUZICKA (Tchécoslovaquie) présente le document A/CN.9/XVIII/CRP.3. Il explique que si les dispositions relatives à la réception des communications ont fait l'objet d'un nouvel article c'est qu'elles ne semblaient pas à leur place dans l'article 2.

62. S'il n'y a pas d'objections, le PRÉSIDENT admettra que la Commission approuve la proposition figurant dans le document A/CN.9/XVIII/CRP.3.

63. *Il en est ainsi décidé.*

Article 11. Nomination des arbitres (suite)

Alinéa 4 c *(suite)*

64. M. STROHBACH (République démocratique allemande), en présentant le document A/CN.9/XVIII/CRP.4, dit qu'il contient une proposition avancée pour éviter que la loi type n'ait à donner la définition d'une autorité de nomination. La proposition est à corriger en ajoutant les mots "de fonctions

relatives à la nomination des arbitres" après les mots "chargés par les parties". Cela vise le cas où les parties chargent un tiers de désigner une autorité de nomination.

65. M. ROEHRICH (France) propose que la disposition commence par les mots "Un tiers ou une institution. . .".

66. Le PRÉSIDENT suggère de soumettre la proposition figurant dans le document A/CN.9/XVIII/CRP.4, telle qu'elle a été modifiée, ainsi que la proposition de la France, à un comité de rédaction.

67. *Il en est ainsi décidé.*

Article 14. Carence ou incapacité d'un arbitre (suite)

68. M. SEKHON (Inde) présente un projet révisé d'article 14 (A/CN.9/XVIII/CRP.6). Les mots "dans un délai raisonnable" ont été insérés entre des crochets que la Commission pourra éliminer si elle décide que cette adjonction était nécessaire.

69. De l'avis du PRÉSIDENT, les crochets pourraient être éliminés sans attendre puisque, au cours de l'examen antérieur de l'article 14, la Commission a semblé souhaiter que la notion de diligence apparaisse dans le projet de loi.

70. *Il en est ainsi décidé.*

71. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) demande de quelle façon la nouvelle disposition permettra de déterminer le moment où prendra fin le mandat d'un arbitre; il demande aussi si la deuxième phrase de l'article signifie que, dans le cas mentionné dans la première phrase, une partie peut demander au tribunal que l'arbitre continue à exercer ses fonctions.

72. Pour M. SEKHON (Inde), la date à laquelle prend fin le mandat d'un arbitre est une question de fond qui ne doit pas être portée devant le Groupe de travail *ad hoc*. C'est certainement là une question qu'il appartient à la Commission de traiter. En ce qui concerne la deuxième question, il y a une relation entre les articles 14 et 15. M. Sekhon donne lecture à la Commission du texte d'article 15 que le Groupe de travail *ad hoc* se propose de soumettre à celle-ci.

73. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique), après avoir entendu la nouvelle proposition concernant l'article 15, pense que tout le problème pourrait être résolu en reprenant le texte initial de l'article 14 et en ajoutant une phrase indiquant que le mandat d'un arbitre prendra également fin si pour tout autre motif il se déporte ou que les parties conviennent d'y mettre fin. S'agissant de la notion de diligence raisonnable, il préférerait les mots "sans retard injustifié".

74. Le PRÉSIDENT ne croit pas que la suggestion des Etats-Unis règle la question du moment auquel le mandat de l'arbitre prend fin. Si un arbitre ne se déporte pas et qu'il n'y a pas d'accord entre les parties sur la date à laquelle le mandat prend fin, et si cependant l'arbitre n'est pas en mesure de remplir sa mission ou qu'il ne s'acquitte pas de ses fonctions, quel est le moment exact auquel son mandat prend fin ? Aussi longtemps qu'il n'a pas été mis fin à son mandat, il est toujours un arbitre.

75. M. SZURSKI (Pologne) ne peut accepter la suggestion du représentant des Etats-Unis. Il faut prévoir les situations dans lesquelles il n'y a pas de moment de démission automatique. Il existe deux possibilités : prévoir que le mandat d'un arbitre prend fin s'il se trouve dans l'impossibilité de droit ou de fait de remplir sa mission ou s'il ne s'acquitte pas de ses fonctions pour d'autres raisons retardant ainsi la procédure au-delà d'une période spécifiée; ou prévoir que si un arbitre ne se déporte pas lorsqu'il y est invité par les parties, les parties devront s'adresser au tribunal qui décidera alors s'il y a réellement des motifs ou non de mettre fin à son mandat.

76. M. BONELL (Italie) considère que le nouveau texte change complètement la portée de l'article en traitant exhaustivement des clauses du mandat de l'arbitre alors que l'intention de la Commission n'est pas, à son avis, de traiter des relations contractuelles entre les parties et les arbitres. L'affirmation du droit de l'arbitre à se déporter pour quelque raison que ce soit et du droit des parties de mettre fin à son mandat pour une raison quelconque sans autre qualification, revient à s'écarter quant au fond de la première version qui a la préférence de M. Bonell, sous réserve uniquement de l'insertion de la mention d'une diligence raisonnable.

77. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) estime que la proposition soumise par le Groupe de travail spécial contient un élément rationnel qui pourrait être utilisé sans pour autant modifier le fond de l'article. Il est lui-même favorable au maintien de l'article tel qu'il se présente, en y ajoutant la mention d'une diligence raisonnable, et à la rédaction d'un paragraphe distinct traitant des autres motifs permettant de mettre fin au mandat d'un arbitre que ce soit par l'arbitre lui-même ou par les parties. Il serait alors inutile de traiter ce sujet à l'article 15.

La séance est levée à 12 h 45.

320e séance

Mercredi 12 juin 1985, à 14 heures

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 14 h 5.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264; A/CN.9/XVIII/CRP.6-8).

Article 14. Carence ou incapacité d'un arbitre (suite)

1. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) rappelle qu'à sa cinquième session, le Groupe de travail a examiné de façon approfondie la question de l'élaboration de cet article (A/CN.9/233, par. 113 à 115). Bien qu'il ne soit sans doute pas parfait, le texte actuel est relativement satisfaisant et n'appelle pas de nouvelles modifications.

2. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) propose de faire référence à l'efficacité de l'arbitrage, car il s'agit là d'un facteur tout aussi important que la rapidité.

3. Le PRÉSIDENT dit qu'il est impossible de rouvrir le débat. Si personne ne s'y oppose, il considérera que la Commission est d'accord pour conserver le texte initial de l'article 14 en y ajoutant une mention faisant référence à un délai raisonnable (A/CN.9/XVIII/CRP.6), le comité de rédaction étant chargé d'établir le texte exact de cette modification.

4. *Il en est ainsi décidé.*

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

Paragraphe 2

5. M. PENKOV (Observateur de la Bulgarie), présentant la modification qu'il est proposé d'apporter à la deuxième phrase du paragraphe 2 de l'article 7, dit qu'en toute logique, un échange de requêtes et réponses dans lesquelles aucune des parties ne nie l'existence d'une convention doit être considéré comme une convention écrite. En outre, comme il s'agit de l'une des règles de l'arbitrage dans certains pays, on se heurterait à des difficultés si la loi type n'y faisait pas référence. M. Penkov a l'impression que la majorité des membres de la Commission sont favorables à cette approche.

6. M. GRIFFITH (Australie) propose de modifier comme suit le libellé du dernier membre de phrase : "ou si dans un échange de requêtes et réponses, une partie invoque et l'autre partie ne conteste pas l'existence d'une convention."

7. M. SZURSKI (Observateur de la Pologne) dit que l'objectif visé par ceux qui ont proposé cet amendement apparaîtrait plus clairement si le dernier membre de phrase était libellé de la façon suivante : "ou si dans un échange de requêtes et réponses, aucune des parties ne nie l'existence d'une telle convention".

8. M. SEKHON (Inde) appuie la proposition de l'Australie.

9. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) déclare pouvoir accepter aussi bien la proposition de la Pologne que celle de l'Australie.

10. Le PRÉSIDENT propose d'envoyer le texte figurant dans le document A/CN.9/XVIII/CRP.7 au comité de rédaction pour que celui-ci le modifie dans le sens suggéré par le représentant de l'Australie.

11. *Il en est ainsi décidé.*

Article 16. Pouvoir qu'a le tribunal de statuer sur sa propre compétence (suite)

Paragraphe 3

12. Le PRÉSIDENT, présentant l'amendement qu'il est proposé d'apporter au paragraphe 3 de l'article 18 (A/CN.9/XVIII/CRP.8), dit que celui-ci constitue un compromis raisonnable entre deux approches divergentes. Il attire l'attention de la Commission sur les deux variantes proposées entre crochets pour les délais.

13. M. SZURSKI (Observateur de la Pologne) estime discutables certaines expressions employées dans l'amendement proposé. Tout d'abord, il pense que les mots "une décision préalable" figurant dans la deuxième phrase sont inappropriés; à son avis, il faudrait plutôt faire référence à une décision portant sur une question préalable, cette décision devant être définitive. Deuxièmement, on indique que les parties seront avisées de cette décision mais on ne précise pas comment : doivent-elles l'être par ordonnance du Tribunal ? Troisièmement, il serait préférable de remplacer les mots "de rendre une décision sur ce point" par les mots "de rendre une décision sur sa compétence". Toutefois, à son avis, le Tribunal ne devrait pouvoir prendre une décision au sujet de la procédure du tribunal arbitral ou intervenir dans cette procédure qu'au moment de l'annulation de la sentence. Il préférerait un texte rédigé à peu près comme ceci : "A la demande d'une partie, la décision, traitée comme question préalable, doit revêtir la forme d'une sentence préliminaire dont chaque partie peut faire appel devant le Tribunal visé à l'article 6 dans un délai de trente jours après en avoir été avisée. Dans l'attente d'une décision du Tribunal au sujet de la question de la compétence, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure arbitrale et il devra le faire si l'une des parties le demande".

14. Le PRÉSIDENT dit qu'il est impossible de rouvrir le débat sur cet article. Il demande à la Commission de concentrer son attention sur la question du délai souhaitable à imposer.

15. M. REINSKOU (Observateur de la Norvège) préfère un délai de 30 jours. Il lui est difficile d'accepter que le Tribunal visé à l'article 6 soit habilité à rendre une décision définitive sur une question aussi importante que celle de la compétence du tribunal arbitral. Il faudrait prévoir soit une disposition permettant de présenter un recours devant une instance supérieure en application de l'article 16, soit la possibilité de réexaminer cette question dans le cadre de la procédure d'annulation.

16. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) se demande ce qui se passerait, dans l'hypothèse où une partie n'exerçait pas son droit de recours devant le tribunal visé au paragraphe 3 de l'article 16. Pourrait-on considérer cela comme une renonciation au cas où cette partie souhaiterait ultérieurement intenter une action en application de l'article 34 en vue d'obtenir l'annulation de l'ensemble de la sentence, y compris la décision concernant la compétence.

17. Le PRÉSIDENT dit que la question serait tranchée selon les règles de procédure régissant l'autorité de la chose jugée (*res judicata*) en vigueur dans le pays.

18. M. GRIFFITH (Australie) dit que, pour son pays, un délai de 15 jours est trop bref dans le contexte de l'arbitrage international. Selon l'interprétation de sa délégation, les dispositions du paragraphe 4 de l'article 21 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sont implicitement admises dans le paragraphe 3 de l'article 16. Si tel est le cas, il ne souhaite pas apporter de modification au texte mais préfère s'en remettre à la discrétion des arbitres pour chaque cas particulier.

19. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) dit qu'un délai de 15 jours serait certes un peu court mais que celui-ci ne devrait pas forcément être porté à 30 jours. En ce qui concerne le dernier membre de phrase, il est entendu pour sa délégation que la poursuite de la procédure arbitrale peut comprendre le prononcé de la sentence. Il ne souhaite pas que le texte soit modifié mais simplement que ses observations soient consignées dans le rapport.

20. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) signale qu'à la suite d'une erreur, le texte espagnol indique que la décision est susceptible de recours.

21. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat en a pris note.

22. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) dit que pendant de nombreuses années, le délai prévu au Royaume-Uni pour la récusation avait été de six semaines. Afin d'accélérer la

procédure d'arbitrage, il avait été ramené à trois semaines, mais l'on s'accordait à reconnaître d'une manière générale que c'était une erreur dans le contexte de l'arbitrage international. Il note également que le texte ne contient aucune disposition permettant au tribunal de prolonger ce délai en cas de difficulté. A son avis, un délai de 15 jours ne serait pas réaliste.

23. M. SAMI (Iraq) pense que le délai de 15 jours est très court; il serait plutôt favorable à 30 jours. Les mots "dans l'attente de cette décision" sont ambigus et il propose de les remplacer par "en attendant que le tribunal ait statué sur cette décision".

24. M. ROEHRICH (France) affirme son embarras devant le compromis tendant à introduire un nouveau recours aux tribunaux dans le paragraphe 3 de l'article 16, ce qui signifierait que l'article 34 ne constitue plus le seul moyen de recours comme l'avait laissé entendre le commentaire du secrétariat sur cet article (A/CN.9/264, p. 70, par. 1). Toutefois, cela étant, il pense que le recours supplémentaire devrait être aussi limité que possible. En tout en état de cause, il ne saurait être question de faire appel de la décision du tribunal et le délai ne devrait pas être supérieur à 15 jours. Les législations nationales prévoient expressément de prolonger ce délai dans les cas où l'éloignement des parties intéressées est considérable.

25. M. GRIFFITH (Australie) note que l'on peut invoquer les mêmes arguments pour porter de 15 à 30 jours le délai prévu à l'article 13.

26. M. SZURSKI (Observateur de la Pologne) pense que 15 jours ne constituent pas un délai pratique, non seulement pour des raisons d'éloignement, mais aussi pour tenir compte du besoin de procéder à des consultations.

27. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) relève que jusqu'à présent un seul orateur a été favorable à un délai de 15 jours. Pour sa part, il est en faveur d'un délai de 30 jours.

28. Le PRÉSIDENT déclare que s'il n'y a pas d'autres observations, il en conclut que la Commission est convenue d'indiquer un délai de 30 jours au paragraphe 3 de l'article 16 et aussi, pour des raisons de cohérence, à l'article 13; il est entendu que 30 jours signifient 30 jours civils.

29. *Il en est ainsi décidé.*

Article 35. Reconnaissance et exécution

et

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

30. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) propose qu'avant de s'engager dans une discussion approfondie sur l'article 35, la Commission commence par examiner la question générale de savoir s'il convient ou non de conserver les articles 35 et 36.

31. *Il en est ainsi décidé.*

32. Mme RATIB (Egypte) dit que le paragraphe 1 de l'article 35 impose à un Etat qui a adopté la loi type l'obligation de reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale sauf dans les cas énoncés aux paragraphes 2 et 3 de l'article 35. L'article 36 dresse une liste exhaustive des motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution. Ces questions sont toutefois traitées dans la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, convention dont le bon fonctionnement est universellement reconnu. Les Etats qui ont déjà ratifié cette convention ou qui y ont adhéré n'auront aucun besoin des articles 35 et 36 de la loi type qui ne feraient que créer des doubles emplois inutiles dans leur législation nationale. Ces articles ne pourraient avoir une utilité que pour une minorité d'Etats qui, de toute façon, adhéreront probablement tôt ou tard à la Convention de New York de 1958. Il n'y a donc aucune raison de conserver les articles 35 et 36 et Mme Ratib propose leur suppression.

33. On pourrait avancer que ces articles devraient être retenus parce que certaines des dispositions de la Convention de New York de 1958 sont insuffisantes ou ambiguës, mais si tel est le cas la solution devrait consister non à créer un double emploi qui risque d'être source de confusion mais à réexaminer cette convention afin de tenter sérieusement de l'améliorer.

34. Si cette proposition tendant à supprimer les deux articles est rejetée, les problèmes que posent l'annulation et l'exécution coexisteront au sein de la loi type, phénomène qui, selon Mme Ratib, serait sans précédent dans les textes internationaux.

35. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) rappelle que dans ses observations écrites la Finlande avait demandé instamment qu'"aucune disposition concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères ne figure dans la loi type, à moins d'être plus avantageuse que celles figurant dans la Convention de New York de 1958" (A/CN.9/263, p. 49, par. 5). Ce dernier cas étant peu probable, il convient de supprimer les articles 35 et 36.

36. M. SCHUETZ (Autriche) appuie la proposition visant à supprimer les articles 35 et 36. Il existe déjà sur cette question une convention internationalement reconnue et qui donne toute satisfaction, et le fait d'incorporer dans la loi type des dispositions analogues ne pourrait que causer aux Etats qui l'adoptent des difficultés concernant les sentences prononcées à l'étranger. De plus, il est inutile de prévoir la reconnaissance et l'exécution de sentences prononcées à l'intérieur du territoire d'un Etat, car selon la loi de nombreux pays, dont l'Autriche, une sentence a les mêmes effets juridiques qu'une décision du tribunal. C'est une raison de plus pour que sa délégation soit favorable à la suppression des articles 35 et 36.

37. M. GRAHAM (Observateur du Canada) signale que son pays n'a pas été en mesure d'adopter la Convention de New York de 1958 parce qu'aux termes de la Constitution canadienne l'arbitrage entre dans la compétence législative des diverses provinces et non du Gouvernement fédéral du Canada. Il est donc favorable au maintien des articles 35 et 36.

38. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) convient que, pour ce qui est des sentences rendues dans les pays étrangers, les articles 35 et 36 pourraient être supprimés, mais il estime que la situation pourrait être différente pour ce qui est des sentences nationales. Au Royaume-Uni, par exemple, ces sentences n'ont pas automatiquement force exécutoire.

39. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) déclare que son pays, qui a ratifié la Convention de New York de 1958 et la Convention de Genève de 1961, estime que les articles 35 et 36 n'ajoutent rien à la loi type et ne sauraient que causer des problèmes; il est donc favorable à leur suppression.

40. M. SEKHON (Inde) dit que sa délégation aussi voudrait voir supprimer les articles en cause pour les raisons invoquées par le représentant du Royaume-Uni.

41. M. SAMI (Iraq) estime que ces articles ne sont ni importants ni utiles pour les Etats qui ont adhéré à la Convention

de New York de 1958. Pour diverses raisons, cependant, près de la moitié des Etats Membres des Nations Unies, y compris son propre pays, ne l'ont pas fait. La Commission devrait donc envisager sérieusement de permettre aux Etats qui n'ont pas ratifié la Convention de veiller à l'exécution sur leur territoire des sentences prononcées dans d'autres pays, ce qui favoriserait l'uniformité de l'arbitrage commercial international. On peut, sans difficulté, conserver les articles 35 et 36 de la loi type, aussi la délégation iraquienne soutient-elle la proposition canadienne à cet effet.

42. M. LOEFMARCK (Suède) signale que sa délégation avait à l'origine préconisé la suppression de ces articles, mais qu'elle estime maintenant que la loi type présenterait une lacune importante si elle ne mentionnait nulle part l'exécution des sentences. En outre, les articles en question seraient utiles pour les Etats qui n'ont pas adhéré à la Convention de New York de 1958.

43. M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) dit qu'il est favorable au maintien des articles 35 et 36. De nombreux pays trouvent peut-être beaucoup plus simple d'utiliser la loi type que d'adhérer à la Convention de New York de 1958. L'article 35 serait nécessaire même si la loi type ne traitait pas des sentences étrangères; la délégation des Etats-Unis préférerait toutefois que soient incorporées des dispositions à la fois sur les sentences nationales et les sentences étrangères. Enfin, dans la note relative à l'article 35, le mot "onerous", dans la version anglaise, semble un peu trop fort.

44. M. ROEHRICH (France) dit que, bien que son pays ait ratifié la Convention de New York de 1958, il préférerait que les articles 35 et 36 soient maintenus. S'ils étaient supprimés, la loi type ne comporterait aucune référence aux moyens de faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Il propose toutefois que, lorsque la loi type sera transmise à l'Assemblée générale, elle soit accompagnée d'une demande de la CNUDCI à la Sixième Commission d'inviter les Etats qui ne l'ont pas encore fait à envisager de ratifier la Convention de New York de 1958 ou à s'inspirer de cette convention dans leur législation nationale ainsi que pour la conclusion d'accords bilatéraux. Des dispositions cohérentes sur l'arbitrage commercial international constitueront un complément indispensable à la législation nationale.

45. M. JOKO-SMART (Sierra Leone) dit que la seule raison avancée pour la suppression des articles 35 et 36 a été qu'ils répétaient des dispositions de la Convention de New York de 1958. Toutefois, de nombreux pays, dont le sien, n'ont pas ratifié cette Convention. La Sierra Leone est extrêmement intéressée par la loi type, et elle est convaincue qu'il ne faut maintenir les articles 35 et 36 que pour la rendre aussi complète que possible.

46. M. TAN (Singapour) dit que son pays n'est pas partie à la Convention de New York de 1958; du fait que les articles 35 et 36 seraient utiles à des Etats comme le sien, ils devraient être maintenus.

47. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) dit que la loi type vise à la fois à consolider et à rendre plus complètes les législations nationales. Certains pays peuvent avoir une législation qui est supérieure aux dispositions de la loi type, mais d'autres non. Le seul argument de fond avancé contre les articles 35 et 36 a été qu'ils sont superflus, mais ce n'est pas le cas pour tous les pays. On attend de la Commission qu'elle fournisse un produit fini, et sans dispositions sur la reconnaissance et l'exécution des sentences, la loi type serait incomplète. Même si les articles n'offrent pas un meilleur régime que celui qui est prévu dans la Convention de New York de 1958, certaines dispositions sur la reconnaissance et l'exécution seront néanmoins utiles dans la loi type. De plus, comme l'article premier stipule dans son paragraphe 1 que la loi type ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral, il n'y aurait pas de problème de conflit avec de tels accords.

48. Bien que l'on en ait beaucoup fait l'éloge, la Convention de New York de 1958 n'a été adoptée que par 60 ou 70 pays. Quelques-uns au moins des pays qui ne l'ont pas adoptée à ce jour pourraient, en utilisant la loi type, apporter des modifications essentielles à leur législation nationale. M. Lebedev appuie la proposition du représentant de la France, à savoir que lorsque la loi type sera transmise à la Sixième Commission, la Commission fasse en même temps référence aux nombreuses résolutions de l'Assemblée générale qui ont invité les pays qui ne l'ont pas encore fait à ratifier la Convention de New York de 1958 aussitôt que possible.

49. M. RUZICKA (Tchécoslovaquie) demande instamment que les articles soient maintenus, ce qui n'empêchera pas les pays de ratifier la Convention de New York de 1958.

50. M. BONELL (Italie) est favorable au maintien des articles pour les raisons avancées par le représentant de l'Union soviétique.

51. M. TORNARITIS (Chypre) dit que, bien que l'argument de l'Egypte sur le double emploi des dispositions soit convaincant, sa délégation se prononce en faveur du maintien des articles.

52. M. TANG Houzkhi (Chine) dit que son gouvernement envisage d'adhérer à la Convention de New York de 1958. Il n'a pas d'opinion bien arrêtée au sujet de la suppression des articles mais espère que, si la Commission décide de les maintenir, leur contenu n'ira pas au-delà de ce qui est stipulé dans cette convention.

53. M. LAVINA (Philippines) dit que sa délégation s'associe aux vues exprimées par les délégations des Etats-Unis, de la Sierra Leone et de l'Union soviétique. Le lieu de l'arbitrage et le lieu de la sentence ne sont pas toujours les mêmes et il peut y avoir un hiatus dans l'exécution si des dispositions comme celles des articles 35 et 36 ne figurent pas dans la loi type. En outre, il n'y a aucune contradiction entre la loi type et la Convention de New York de 1958; en fait, la loi type compléterait la convention.

54. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) dit que le principal argument avancé en faveur de la suppression des articles a été qu'il existe déjà une convention sur la question, mais quelque 64 pays seulement ont effectivement ratifié cette convention ou y ont adhéré. Le paragraphe 3 de l'article premier de la Convention de New York de 1958 dispose qu'au moment de signer ou de ratifier la convention ou d'y adhérer, tout Etat pourra déclarer qu'il l'appliquera à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre Etat contractant. Trente-huit pays ont choisi de se prévaloir de cette disposition. Il ne reste donc que 26 Etats qui appliquent la convention *erga omnes* et auxquels l'inclusion de dispositions similaires dans la loi type ne serait pas utile. Pour cette raison, les articles 35 et 36 devraient être maintenus.

55. M. SONO (Secrétaire de la Commission) signale que 66 Etats ont maintenant ratifié la Convention ou y ont adhéré, le Guatemala et le Panama étant les derniers en date.

56. Le PRÉSIDENT note que la majorité semble favorable au maintien des articles. Si personne ne s'y oppose, il considé-

rera donc que la Commission peut entamer l'examen détaillé des dispositions desdits articles.

57. *Il en est ainsi décidé.*

58. Le PRÉSIDENT demande aux participants de présenter leurs observations sur le paragraphe 1 de l'article 35.

59. M. BONELL (Italie) dit qu'il serait peut-être judicieux de préciser le type de sentence visé aux articles 35 et 36. Il devrait être parfaitement clair que ces articles visent seulement les sentences rendues en matière d'arbitrage commercial international tel que défini à l'article premier.

60. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que le secrétariat a été prié d'établir un projet de disposition sur le champ d'application territorial de la loi type pour examen par la Commission, et d'indiquer les exceptions possibles. Le mieux serait d'attendre de connaître le résultat des délibérations de la Commission pour déterminer s'il est nécessaire de conserver le membre de phrase "quel que soit le pays où elle a été rendue" dans les articles 35 et 36. Peut-être pourrait-on énoncer cette idée à propos du champ d'application territorial. Toutefois, la suggestion du représentant de l'Italie fait intervenir également un point de fond, celui de savoir si les articles 35 et 36 devraient avoir une portée plus large, dépassant le seul arbitrage commercial international; dans un sens, cela serait conforme à la Convention de New York. D'un strict point de vue rédactionnel, il vaudrait mieux, avant de décider s'il y a ou non lieu de mentionner explicitement que les dispositions sur la reconnaissance et l'exécution régissent les sentences arbitrales quel que soit le pays où elles ont été rendues, attendre que soit réglée la question du champ d'application territorial.

61. M. ZUBOV (Union des Républiques socialistes soviétiques) dit que le point de vue de sa délégation concernant l'article 35 est exposé dans ses commentaires écrits (A/CN.9/263, p. 51, par. 2). Un certain nombre d'autres aspects devraient également être étudiés en ce qui concerne cet article. Par exemple, le projet ne contient pas de disposition explicite sur le moment où une sentence est reconnue comme ayant acquis force obligatoire, encore que le sous-alinéa 1 *a* v de l'article 36 stipule que l'exécution d'une sentence arbitrale peut être refusée si la sentence n'a pas encore acquis force obligatoire pour les parties. La question du moment où la sentence devient obligatoire doit être tranchée conformément à la loi appliquée par l'Etat où la sentence a été rendue. Pour une sentence rendue "dans le présent Etat", il semblerait que la force obligatoire serait acquise conformément à la loi du "présent Etat". Il pourrait être judicieux d'inclure dans l'article 31 relatif à la forme et au contenu de la sentence une disposition rendant nécessaire l'indication du moment où une sentence acquiert force obligatoire.

62. Le PRÉSIDENT dit que la question générale du moment où une sentence acquiert force obligatoire est davantage en rapport avec les articles antérieurs. La question de savoir si une décision de reconnaissance d'une sentence devrait ou non avoir effet rétroactif serait peut-être à traiter dans l'article 35.

63. M. ROEHRICH (France) dit que la question de savoir si la reconnaissance d'une sentence a un effet rétroactif est très controversable et devrait être laissée en suspens. Il vaudrait mieux traiter la question générale du moment où une sentence est reconnue comme ayant acquis force obligatoire pour les parties.

64. Le PRÉSIDENT estime judicieux de réserver l'examen de ce point au débat sur les articles relatifs aux sentences antérieurs à l'article 31. La question soulevée par la délégation italienne lui paraît avoir été réglée par les explications du secrétariat.

65. M. BONELL (Italie) estime toujours que des difficultés risquent de surgir si l'on ne spécifie pas que l'article 35 vise les sentences arbitrales rendues sur des différends relevant du champ d'application de l'article premier de la loi type. Pour une sentence rendue sur le territoire du même Etat, cela va sans dire, mais des problèmes pourraient se poser dans le cas de sentences rendues à l'étranger. Par exemple, une sentence rendue en Italie dont la nature serait autre que celle prévue par la loi type ne tomberait pas sous l'application des articles 35 et 36, alors que ce serait le cas pour une sentence de même nature rendue à l'étranger.

66. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) demande ce qui se passerait si un arbitrage interne dans un Etat (autre que celui où est demandée l'exécution) ne remplissait pas les conditions définies pour un arbitrage commercial international selon l'un quelconque des critères établis, et si, une fois la sentence rendue dans cet Etat, la partie perdante transférait tous ses biens dans un autre Etat, la partie gagnante cherchant alors à faire exécuter cette sentence purement interne dans ce deuxième Etat, où se trouveraient les avoirs du perdant. Selon l'article 35, la sentence serait-elle ou non reconnue dans ce cas ? Selon la Convention de New York de 1958, elle le serait, et M. Holtzmann estime qu'elle le serait également d'après la disposition de la loi type.

67. Le PRÉSIDENT pense qu'elle ne le serait pas s'il n'y avait arbitrage commercial international conformément à la définition donnée par la Commission. L'article 35 ne saurait excéder le champ d'application des autres dispositions de la loi type. La Commission a pour tâche l'examen des points de droit commercial international. Un arbitrage purement interne ou de caractère non commercial ne relèverait pas de la loi type.

68. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit qu'il serait alors judicieux, par souci de clarté, de trancher la question soulevée par l'Italie.

69. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) trouve la disposition en cause parfaitement claire. Il doit s'agir du genre de sentence envisagé par la loi type. Si la sentence dont l'exécution est demandée est une sentence interne, elle relève de la Convention de New York de 1958.

70. M. JARVIN (Observateur, la Chambre de commerce internationale) suggère que, pour clarifier la situation, on ajoute aux motifs du refus de reconnaissance le fait que la sentence en cause n'est pas une sentence internationale au sens de la loi type.

71. M. CHO (Observateur de la République de Corée) pense qu'il serait préférable de distinguer entre les différentes sortes de sentences arbitrales même si la Commission accepte le champ d'application territorial, et d'énoncer clairement des exceptions. Les sentences rendues dans le territoire du "présent Etat" en application de la loi type et d'autres dispositions du droit interne pourraient être exécutées conformément aux dispositions de la loi type. En revanche, les sentences rendues en dehors du territoire du "présent Etat" et en application d'une loi étrangère sont traitées par la Convention de New York de 1958. Il y a d'autres situations, que la délégation coréenne a mentionné dans ses observations (A/CN.9/263, p. 48, par. 2) telles qu'une sentence arbitrale rendue dans le territoire du "présent Etat" en application de "la présente Loi" ou rendue dans le territoire du "présent Etat" en appli-

cation d'une loi étrangère. Il conviendrait d'arrêter des principes régissant la reconnaissance et l'exécution de telles sentences.

72. M. SZASZ (Hongrie) dit que, de l'avis de sa délégation, les articles 35 et 36 de la loi type ne sont pas une simple répétition des dispositions de la Convention de New York de 1958. Leurs champs d'application sont différents même s'ils se chevauchent parfois. Le commentaire analytique du secrétariat expose clairement les différences entre cette convention et la loi type et affirme que le principe directeur essentiel régissant le champ d'application des articles 35 et 36 est que toutes les sentences correspondant à la définition donnée à l'article premier de la loi type doivent être reconnues et exécutées. Selon la délégation hongroise, c'est la conclusion à laquelle est arrivé le Groupe de travail.

73. M. ROEHRICH (France) se range à cet avis mais estime que la proposition du représentant de l'Italie permettrait d'écarter toute ambiguïté. L'insertion d'une référence à l'arbitrage commercial international indiquerait clairement que la loi type ne s'applique pas à n'importe quelle sentence, même si elle couvre tous les pays.

74. Le PRÉSIDENT considérera, si personne ne s'y oppose, que la Commission est convenue d'insérer au paragraphe 1 de l'article 35 le membre de phrase "rendue en matière d'arbitrage commercial international tel que défini à l'article premier" après "La sentence arbitrale".

75. *Il en est ainsi décidé.*

76. M. SEKHON (Inde) prie le secrétariat d'expliquer les incidences du membre de phrase "la partie en produira une traduction dûment certifiée" figurant au paragraphe 2 de l'article 35. Le paragraphe 2 de l'article IV de la Convention de New York stipule que : "La traduction devra être certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire".

77. Le PRÉSIDENT dit que la question de savoir qui certifiera la traduction n'a pas été tranchée en raison des différences existant entre les pratiques nationales. Le principe retenu est que les détails concernant les documents à produire doivent être régis par les règles appliquées par le tribunal saisi de la question de l'exécution.

78. M. SZURSKI (Pologne) dit qu'en raison de l'ajout au paragraphe 2 de l'article 7 proposé par les représentants de la Bulgarie et des Etats-Unis (A/CN.9/XVIII/CRP.7), il conviendrait de préciser quels types de documents doivent accompagner une sentence.

79. Le PRÉSIDENT dit que, dans le cas couvert par cet ajout, il s'agirait des requêtes et des réponses ayant été échangées. Le Président ne pense pas que ces documents doivent être certifiés par le tribunal. Il estime que le fait qu'une sentence a été rendue suffit à attester l'existence de la convention d'arbitrage. En l'absence d'autres observations, il considérera que la Commission souhaite conserver le paragraphe 2 de l'article 35 en l'état.

80. *Il en est ainsi décidé.*

81. M. SEKHON (Inde) dit que le dépôt ou l'enregistrement d'une sentence auprès d'un tribunal du pays où la sentence a été rendue, prévu au paragraphe 3 de l'article 35, devrait relever de la loi applicable du "présent Etat". Aussi propose-t-il que le paragraphe 3 de l'article 35 soit supprimé.

82. M. REINSKOU (Observateur de la Norvège), souscrivant au principe du paragraphe 3 de l'article 35, dit qu'il serait néanmoins étrange de prévoir une telle disposition dans la loi nationale d'un pays où ce type de dépôt ou d'enregistrement n'est pas normalement requis.

83. Le PRÉSIDENT dit que cela serait surprenant même dans un Etat où le dépôt ou l'enregistrement est requis, car l'article 35, qui vise aussi les sentences nationales dans le cas de l'arbitrage commercial international, stipule qu'elles sont inutiles. Aussi propose-t-il que le paragraphe 3 de l'article 35 soit supprimé.

84. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 17 heures.

321e séance

Jeudi 13 juin 1985, à 9 h 30

Président : M. PAES de BARROS LEAES (Brésil)

La séance est ouverte à 9 h 45.

Arbitrage commercial international (*suite*)
(A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264)

Article 20. Lieu de l'arbitrage

Paragraphe 1

1. M. SEKHON (Inde) propose d'ajouter, à la fin du paragraphe, les mots suivants : "compte tenu des circonstances de l'arbitrage, et notamment de la convenance des parties."

2. Pour M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial), cette modification est conforme à la conception du lieu de l'arbitrage telle qu'elle a été exprimée à une étape de l'élaboration de la loi type où l'on avait envisagé l'inclusion de considérations de ce genre. Toutefois, elle n'est pas vraiment conciliable avec l'opinion qui prévaut actuellement sur ce sujet et qui relie le choix du lieu de l'arbitrage et la détermination de la législation applicable.

3. M. GRAHAM (Observateur du Canada) est favorable à la proposition qu'il trouve justifiée.

4. Pour Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators), cette idée est utile à titre indicatif, mais elle devrait figurer dans un commentaire distinct de l'article.

5. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) se prononce dans le même sens que l'orateur précédent. Toutefois, le commentaire devrait se borner à mentionner les circonstances de l'arbitrage, ce qui serait conforme à l'article 16 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Le fait de mentionner la

convenance des parties peut donner l'impression qu'on lui accorde plus d'importance qu'à d'autres éléments pertinents, tels que le caractère exécutoire de la sentence ou l'acceptation par un Etat de la loi type. S'il est assorti d'un commentaire du type évoqué ci-dessus, le texte actuel de la loi type laisse aux arbitres un pouvoir discrétionnaire clair et sans réserve, ce qui est probablement souhaitable pour un texte législatif.

6. M. ROEHRICH (France) appuie fortement la proposition indienne mais estime que ce membre de phrase devrait être ajouté au corps de l'article. Une règle de ce genre serait pour le tribunal arbitral une indication utile.

7. M. BOUBAZINE (Algérie) et M. LAVINA (Philippines) approuvent le texte de l'amendement présenté par l'Inde et son inclusion dans le corps de l'article.

8. M. TANG Houzhi (Chine) est lui aussi favorable à l'amendement et à son inclusion dans le texte de l'article puisque la convenance des parties est un élément important. Toutefois, même s'il est raisonnable de tenir compte du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, il n'est pas nécessaire de le copier mot à mot.

9. M. JOKO-SMART (Sierra Leone) ne peut souscrire à la proposition de l'Inde, bien que l'idée en soit excellente, d'abord pour les raisons mentionnées par le représentant des Etats-Unis et ensuite parce que les parties pourraient être incapables de désigner un lieu convenant à l'une et à l'autre.

10. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) est favorable à l'inclusion du texte de l'amendement dans le corps de l'article. En effet, il faut donner au tribunal arbitral conscience de la nécessité de tenir compte de la convenance des parties.

11. M. CHO (Observateur de la République de Corée) est en faveur de la proposition indienne à l'exception de la référence à la convenance des parties. Il vaudrait mieux conserver la formule du paragraphe 1 de l'article 16 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, car il pourrait y avoir un conflit entre les parties sur le lieu qui peut leur convenir. En outre, la notion de convenance est implicite dans les mots "circonstances de l'arbitrage".

12. M. LOEFMARCK (Suède) est opposé à l'idée de modifier le texte de l'article pour les raisons indiquées par l'observateur du Chartered Institute of Arbitrators et par les représentants des Etats-Unis d'Amérique et de la Sierra Leone. M. Loefmarck pourrait accepter un commentaire séparé mentionnant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et les circonstances de l'arbitrage mais sans faire état de la convenance des parties.

13. M. OLUKOLU (Nigéria) est favorable à la proposition indienne pour les raisons indiquées par le représentant de la France. Il est important de tenir compte de la convenance des parties.

14. M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) approuve la proposition indienne et l'inclusion de son texte dans le corps de l'article.

15. M. TORNARITIS (Chypre) fait observer que, de toute façon, les arbitres tiennent normalement compte des circonstances en question. Il peut néanmoins accepter la proposition indienne et l'addition de son texte au corps de l'article.

16. M. BARRERA GRAF (Mexique) approuve la proposition tendant à ajouter au paragraphe 1 une référence aux circonstances de l'arbitrage, ce qui serait en harmonie avec le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, mais il n'est pas partisan de mentionner la convenance des parties, qui serait plus à sa place au dernier paragraphe de l'article 19. Il partage la manière de voir de l'observateur de la République de Corée et du représentant des Etats-Unis d'Amérique.

17. M. SCHUETZ (Autriche) approuve le texte tel qu'il est, mais est disposé à accepter que l'on ajoute une référence aux circonstances de l'arbitrage et qu'on précise dans un commentaire que celles-ci incluent la convenance des parties. Il suggère cette solution à titre de compromis. Il est particulièrement d'accord avec le représentant de la Sierra Leone.

18. M. BONELL (Italie) approuve la proposition indienne.

19. M. HJERNER (Observateur de la Chambre de commerce internationale) trouve inopportun d'inclure des directives dans une loi. Il est du même avis que l'observateur du Chartered Institute of Arbitrators. Si toutefois il fallait mentionner un critère permettant de déterminer le lieu de l'arbitrage, ce devrait être le caractère exécutoire de la sentence.

20. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) approuve la proposition indienne dans son principe, mais la question de la convenance des parties devrait faire l'objet d'un commentaire distinct rappelant les principes posés au paragraphe 3 de l'article 19.

21. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) approuve également la proposition indienne. Bien qu'on puisse soutenir qu'il n'y aurait guère de différence, que l'on inclue ou non la deuxième partie, il pense que celle-ci apporte une précision à l'article et facilitera donc l'application de la loi type.

22. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) approuve la proposition de compromis de l'Autriche. Toutefois, en faisant état de la convenance des parties, le commentaire devrait préciser que non seulement la convenance matérielle mais aussi d'autres facteurs utiles, comme le caractère pertinent de la loi du lieu de l'arbitrage et l'incidence du choix de ce lieu quant au caractère exécutoire de la sentence en vertu de la Convention de New York ou d'accords bilatéraux, devraient être pris en compte par les arbitres.

23. M. BONELL (Italie) est du même avis que l'orateur précédent.

24. M. SAMI (Iraq) est favorable à l'idée de compléter l'article, qui devrait faire clairement ressortir que le lieu de l'arbitrage doit répondre à la convenance des parties. C'est là un point très important, notamment pour les pays en développement. Lors d'une récente réunion du Comité consultatif juridique afro-asiatique, les délégués ont souligné l'inopportunité de choisir un lieu impliquant des frais de déplacement élevés pour les parties; selon eux, il faut choisir le lieu de résidence d'une des parties ou un lieu qui en soit proche, et en tout cas un lieu situé dans le pays en développement dans le cas d'un arbitrage entre deux parties dont une ressortissante d'un pays en développement et l'autre ressortissante d'un pays développé. Il faut aussi tenir compte des considérations exprimées par la Norvège dans ses commentaires écrits, reproduits sous la cote A/CN.9/263 (p. 34, par. 2). Il faut que les arbitres s'attachent à tous les critères cités par le représentant des Etats-Unis, notamment au caractère exécutoire de la sentence.

25. Le PRÉSIDENT constate qu'il semble y avoir un très large accord en faveur de la proposition indienne. A défaut d'objections, il considérera que la Commission souhaite approuver le paragraphe modifié par cette proposition.

26. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 2

27. M. LAVINA (Philippines) souligne qu'il faudra tenir compte de la législation du lieu où il est envisagé de procéder à l'audition des témoins, des experts ou des parties.

28. *La Commission approuve le paragraphe 2.*

Article 21. Début de la procédure arbitrale

29. M. RUZICKA (Tchécoslovaquie) rappelle la proposition écrite de son pays relative à la prescription (A/CN.9/263, p. 34, article 21, par. 2). La délégation tchécoslovaque estime que la date de début de la procédure arbitrale a des conséquences extrêmement importantes quant à la prescription éventuelle de l'action d'une partie et qu'il serait utile que la loi type les précise clairement.

30. M. ROGERS (Australie) souligne que la proposition impliquerait des modifications des dispositions internes relatives à la prescription légale, qui excéderaient la portée de la loi type. Tout en comprenant l'idée qui motive la proposition, il pense qu'il ne serait pas opportun de l'adopter.

31. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) accueille favorablement l'idée de base de la proposition tchécoslovaque, qui tient compte des situations concrètes et s'efforce de fixer une règle unique en matière de prescription. Si une procédure arbitrale est commencée peu de temps avant l'expiration du délai ouvert au requérant pour engager une action et que le défendeur soulève une exception d'incompétence, la procédure risque de se prolonger avant qu'il soit décidé que les arbitres ne sont pas compétents; le requérant serait alors forclos à saisir un tribunal de sa demande en raison de la prescription de son action. Le problème n'est traité expressément que dans un très petit nombre de législations internes en vigueur et il est souvent difficile de le régler. Aussi cette question est-elle expressément réglementée dans la Convention de Moscou de 1972 sur l'arbitrage. M. Lebedev pense que la plupart des délégations conviendront qu'il serait utile d'insérer une règle claire à ce propos également dans la loi type. Si la Commission acceptait la proposition tchécoslovaque dans son principe, il serait aisé de rédiger un texte satisfaisant.

32. M. SCHUETZ (Autriche) rappelle que le Groupe de travail sur les pratiques en matière de contrats internationaux a décidé que la loi type ne devrait pas inclure de disposition allant dans le sens de la proposition tchécoslovaque en raison précisément de l'existence de telles différences de vues sur cette question. Il convient avec le représentant de l'Australie que cette question touche de trop près au fond du droit pour qu'on puisse l'inclure dans la loi type.

33. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) éprouve une certaine sympathie pour la proposition tchécoslovaque. Il n'en reste pas moins que si la disposition proposée était incluse dans la loi type, la Commission outrepasserait son mandat et s'aventurerait dans un domaine caractérisé par d'énormes différences entre les systèmes juridiques.

34. M. ROEHRICH (France) comprend les préoccupations des représentants de la Tchécoslovaquie et de l'Union soviétique, mais il lui semble impossible d'inclure le texte proposé dans la loi type. Dans son rapport, la Commission pourrait peut-être attirer l'attention des gouvernements sur l'éventuelle nécessité de réglementer la question. S'ils le désiraient, les législateurs pourraient alors adopter à ce propos une disposition uniforme qui figurerait dans leur droit interne et dans l'arbitrage commercial international.

35. M. STROHBACH (République démocratique allemande) dit que sa délégation appuie la proposition de la Tchécoslovaquie; le paragraphe dans lequel il est question d'une limite de temps lui paraît particulièrement important. De l'avis de M. Strohbach, l'objet de la loi type est de promouvoir l'arbitrage commercial international et l'inclusion d'une telle disposition y contribuerait.

36. M. BOGGIANO (Observateur de l'Argentine) appuie, lui aussi, la proposition de la Tchécoslovaquie, bien qu'il ne sache pas avec certitude si elle intéresse le droit proprement dit ou les règles de procédure. La proposition rendrait plus efficace le système d'arbitrage et permettrait de mieux protéger les droits positifs des parties.

37. M. SONO (Secrétaire de la Commission) fait observer que la Convention de 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises n'indique pas explicitement si la limitation est une question de fond ou de procédure. Cette convention doit bientôt entrer en vigueur, presque au même moment que la Convention des Nations Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, laquelle met l'arbitrage au rang des actions judiciaires normales et a indirectement conduit à généraliser l'emploi de l'arbitrage commercial international. La Convention de 1974 prévoit que si une action est introduite soit par voie judiciaire, soit par voie d'arbitrage, la période de prescription cesse de courir. L'idée qui sous-tend le deuxième paragraphe de la proposition tchécoslovaque se retrouve dans l'article 17 de la Convention de 1974.

38. Si M. RAMADAN (Egypte) comprend les raisons de la proposition tchécoslovaque, il estime cependant que la question sur laquelle elle porte relèverait davantage d'une loi de fond. La délégation de l'Egypte appuie la proposition du Japon mentionnée dans le document A/CN.9/263 (p. 35, art. 21, par. 3).

39. M. GRAHAM (Observateur du Canada) explique que, pour les motifs exposés par plusieurs orateurs précédents, il serait difficile à sa délégation d'accepter la proposition tchécoslovaque. De plus, cette proposition s'écarte de l'article premier qu'a approuvé la Commission; elle est de nature similaire à la proposition qui figure dans le document A/CN.9/XVIII/CRP.5 et qui prévoit l'adjonction d'un nouveau paragraphe 4 à l'article premier, proposition qu'a rejetée la Commission.

40. M. AYLING (Royaume-Uni) indique que le Groupe de travail a examiné la question de la prescription et a décidé, avec l'appui de la délégation du Royaume-Uni, qu'on l'introduirait à tort dans la loi type. Le texte proposé par la Tchécoslovaquie est intéressant et le problème qu'il soulève est certainement réel, mais il ne convient pas de l'intégrer dans la loi type.

41. M. SZURSKI (Observateur de la Pologne) appuie la proposition tchécoslovaque. Celle-ci va dans le sens souhaité par la Commission, en apportant à l'arbitrage commercial international un surcroît d'efficacité.

42. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) ne comprend pas les réserves émises par quelques délégations au sujet de la proposition tchécoslovaque. Le problème se rencontre souvent dans la pratique et, puisque l'objet de la loi type est de promouvoir l'arbitrage commercial international, la Commission devrait s'efforcer de traiter de problèmes concrets. La délégation suisse pourrait donc accepter le texte proposé par la Tchécoslovaquie mais, à son avis, ce texte serait mieux à sa place dans un article distinct que dans l'article 21.

43. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) appuie la proposition tchécoslovaque, mais pense que le libellé devrait en être remanié par le Comité de rédaction.

44. Mme DASCALOPOULOU-LIVADA (Observatrice de la Grèce) ne pourrait appuyer aucune des deux parties de la proposition tchécoslovaque, lesquelles sont incompatibles avec la législation nationale applicable à une question qui ne relève du reste pas de la loi type.

45. M. SAWADA (Japon) ne pourrait accepter la proposition tchécoslovaque, qui pourrait être source de problèmes avec la loi interne de certains pays. Il signale que le titre de l'article 21 est "Début de la procédure arbitrale"; il renvoie la Commission à la proposition que son pays a soumise par écrit, qui traite précisément de ce point et qui a déjà été appuyée par le représentant de l'Egypte.

46. M. BARRERA GRAF (Mexique) préfère le texte actuel de l'article. La proposition tchécoslovaque soulève le problème complexe de la prescription dont ne peut guère traiter une loi type. Le Groupe de travail est arrivé à cette conclusion et il n'est pas nécessaire de reprendre à ce sujet les débats au sein de la Commission.

47. M. ENAYAT (Observateur de la République islamique d'Iran) dit que, pour les motifs exposés par de précédents orateurs et compte tenu de l'explication donnée par le Secrétaire, le paragraphe 2 de la proposition tchécoslovaque ne lui pose pas de problème. M. Enayat a en revanche certains doutes concernant la proposition japonaise.

48. M. PENKOV (Observateur de la Bulgarie) s'associe aux déclarations faites par le représentant de l'Union soviétique et par d'autres orateurs à l'appui de la proposition tchécoslovaque.

49. M. LOEFMARCK (Suède) comprend l'objet du paragraphe 1 de la proposition tchécoslovaque mais pense que la disposition ne doit couvrir que les questions de limite; il ne pourrait accepter que la demande ait en elle-même le même effet juridique que si elle était adressée à un tribunal. Sous cette réserve, la délégation suédoise pourrait appuyer la disposition proposée; par ailleurs, elle accepterait sans difficulté le paragraphe 2 de la proposition.

50. M. ILLESCAS ORTIZ (Espagne) ne pourrait accepter la proposition tchécoslovaque. Dans une question aussi complexe que celle de la prescription, établir une pratique internationale uniforme serait très difficile.

51. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit qu'étant donné la législation en vigueur, la disposition proposée par la Tchécoslovaquie sera appliquée aux Etats-Unis. Cette disposition a un intérêt certain mais il ne convient pas de l'inclure aussi tardivement dans la loi type.

52. M. MATHANJUKI (Kenya) dit que la proposition de la Tchécoslovaquie ne couvre pas tous les cas qui peuvent se présenter.

53. La proposition du Japon établit une distinction peu souhaitable entre l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage par une institution reconnue, ce qui ne cadre pas avec le nouvel article 3 et le reste de l'article 21.

54. MM. SEKHON (Inde), JOKO-SMART (Sierra Leone), ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) et AYLING (Royaume-Uni) se prononcent en faveur de la version originale du texte.

55. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) suggère d'indiquer dans le rapport qu'il y a eu un large soutien en faveur de la proposition de la Tchécoslovaquie.

56. Mme RUZICKA (Tchécoslovaquie) retire la proposition de sa délégation relative à l'article 21. Elle espère que la Commission pourra reprendre ultérieurement le débat sur cette question.

57. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques), appuyé par M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique), appuie la suggestion de la Tanzanie et il espère que les Etats qui adopteront la loi type prendront en considération les idées fondamentales de la proposition tchécoslovaque.

58. M. SAWADA (Japon) dit que cette proposition de son gouvernement n'avait pas pour objet d'établir une discrimination entre l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage assuré par une institution arbitrale. Le fait est qu'il est nécessaire de fixer pour celui-là également la date de début d'une procédure d'arbitrage parce qu'elle intervient dans la détermination du délai de prescription.

59. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) considère que la proposition japonaise est inacceptable. Il y a de nombreux types d'institutions arbitrales pour lesquelles le début de la procédure d'arbitrage est déterminé par des règles particulières qui l'emporteraient sur les dispositions de la loi type.

60. M. ROEHRICH (France) juge, lui aussi, la proposition japonaise inacceptable parce que certaines institutions arbitrales n'arbitrent pas elles-mêmes mais sont seulement chargées d'organiser l'arbitrage. Dans leur cas, un délai s'écoulera avant que le défendeur soit informé qu'une procédure d'arbitrage est en cours.

61. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) indique que la proposition japonaise serait acceptable dans son pays parce qu'elle est compatible avec la législation en vigueur.

62. M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) souligne que cette proposition établirait d'une façon indubitable qu'une demande d'arbitrage a été présentée. Cependant, il reconnaît avec le représentant de la France et l'observateur de la Finlande que la réception de la demande d'arbitrage par l'institution arbitrale ne marquera pas le début de la procédure arbitrale dans tous les systèmes.

63. Pour Mme VILUS (Yougoslavie) la proposition japonaise fournirait une indication objective du début de la procédure arbitrale et sa délégation est donc disposée à l'accepter.

64. M. STROHBACH (République démocratique allemande) souligne que la proposition japonaise n'est pas compatible avec le principe de l'autonomie des parties énoncé dans le texte actuel de l'article et fait de cet article une disposition impérative.

65. M. SAWADA (Japon) retire la proposition de son gouvernement.

66. Le PRÉSIDENT constate que la Commission semble disposée à maintenir l'article 21 tel qu'il se présente et à mentionner dans le rapport la question soulevée dans la proposition de la Tchécoslovaquie.

67. *Il en est ainsi décidé.*

Article 22. Langue

68. M. RAMADAN (Egypte), appuyé par M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial, propose de modifier le paragraphe 2 en ajoutant les mots "ou l'une de ces langues" après les mots "la langue ou les langues". La possibilité que laisserait ce paragraphe pourrait épargner aux parties du temps et de l'argent.

69. M. JARVIN (Observateur, Chambre de commerce internationale) propose d'ajouter à la deuxième phrase du paragraphe 20 une disposition en vertu de laquelle une partie serait autorisée à modifier la langue de son choix à condition qu'une traduction soit faite dans la langue ou les langues à déterminer par le tribunal.

70. M. CHO (Observateur de la République de Corée) estime que le paragraphe 20 devrait être rédigé de manière à assurer l'égalité entre les parties et à donner à chacune d'elles la possibilité de présenter son argumentation. Il est favorable à la suggestion écrite de la République fédérale d'Allemagne à ce sujet (A/CN.9/263, p. 34).

71. M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional pour l'arbitrage commercial du Caire) considère à propos du paragraphe 1 que chaque partie devrait avoir le droit de demander une documentation orale ou écrite traduite dans sa propre langue.

72. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) convient avec l'orateur précédent que chaque partie devrait avoir le droit d'utiliser sa propre langue dans une procédure arbitrale. Le principe en est reconnu dans le commentaire du Secrétariat (A/CN.9/264, p. 49 et 50, par. 4).

73. M. LAVINA (Philippines) suggère qu'une ou deux des langues officielles des Nations Unies, ou une langue largement utilisée dans les affaires commerciales soit utilisée comme langue de la procédure arbitrale.

74. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) fait observer que le principe du droit d'utiliser sa propre langue est déjà garanti au paragraphe 3 de l'article 19 comme l'a souligné la République fédérale d'Allemagne dans ses observations écrites (A/CN.9/263, p. 34). La question est de savoir qui supportera les frais considérables entraînés par des traductions. Une partie peut demander la traduction de tous les documents pour essayer de retarder la procédure arbitrale ou pour harceler son adversaire. Le tribunal arbitral devrait avoir un pouvoir discrétionnaire en matière de traduction comme le prévoit le texte actuel de l'article 22.

75. La proposition faite par l'observateur de la Chambre de commerce internationale serait difficile à exprimer dans l'article sous sa forme actuelle. Cette proposition est incorporée dans le commentaire du secrétariat (A/CN.9/264, p. 50, par. 4) qui indique que les parties devraient prendre les dispositions voulues, ou au moins régler les frais, pour la traduction dans la langue de la procédure.

76. M. SAMI (Iraq) pense que les frais de services de traduction sont secondaires si l'on considère le principe selon lequel chaque partie a le droit de présenter son argumentation dans sa propre langue. Les parties à un arbitrage savent qu'il s'agit là d'une procédure coûteuse. A son avis, si un tribunal arbitral choisit la langue d'une partie comme langue officielle de la procédure les frais de traduction dans la langue de l'autre partie devraient être inclus dans les frais généraux de l'arbitrage.

La séance est levée à 12 h 40.

322e séance

Jeudi 13 juin 1985, à 14 heures

Président : M. PAES de BARROS LEAES (Brésil)

La séance est ouverte à 14 h 15.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr. 1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264)

Article 22. Langue (suite)

1. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que l'objet du paragraphe 1 de l'article 22 est de permettre au tribunal arbitral, à moins que les parties n'en soient déjà convenues, de décider de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure. Le paragraphe 2 de cet article habilite le tribunal arbitral à ordonner la traduction de documents. Le Groupe de travail a supposé que, puisque les langues choisies constituaient les langues de travail de la procédure, les frais de traduction et d'interprétation seraient compris dans les dépens. La Commission souhaitera peut-être préciser que l'article ne vise pas à empêcher une partie ou un témoin de s'exprimer dans sa propre langue.

2. M. ROGERS (Australie) comprend bien que les propositions de modification de l'article 20, et maintenant de l'article 22, s'expliquent par le désir de veiller au caractère généralement équitable de la procédure. Mais d'autre part il s'inquiète de la tendance apparente à limiter la marge de manœuvre des arbitres et à réglementer la procédure dans ses moindres détails. Ce qu'on a décrit comme "la Grande Charte de la procédure arbitrale" (A/CN.9/264, p. 44) est consigné à l'article 19, et plus spécialement à son paragraphe 3 qui dispose que la condition essentielle est que "les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits". Cette disposition devrait répondre aux exigences des délégations qui souhaitent apporter des modifications. En choisissant leurs arbitres, les parties leur confient des pouvoirs étendus de trancher des questions de fait et de droit. Etant donné que les arbitres détiennent déjà de tels pouvoirs de décision, on pourrait s'en remettre à eux du soin de mener la procédure de façon équitable et équilibrée, conformément à l'article 19, sans tenter de prévoir les moindres problèmes de procédure susceptibles de se poser. Il n'est pas possible d'envisager toutes les circonstances ni de régler toute difficulté éventuelle. En conséquence, la délégation australienne est opposée à toute modification de l'article 22.

3. M. SAMI (Iraq) précise que la délégation iraquienne s'est mise d'accord avec l'observateur de la Chambre de commerce internationale quant au principe d'égalité de traitement des parties pour la présentation de leurs thèses. Sa propre propo-

sition se limitait à une situation où, en cas de désaccord sur la langue ou les langues à utiliser dans la procédure arbitrale, les langues respectives des parties devraient constituer les langues de travail de la procédure. Cependant, si la convention d'arbitrage retient la langue d'une des parties, tous les documents devront être traduits à l'intention de l'autre partie et les frais devront être compris dans les dépens et donc acquittés par la partie succombante, sauf cas d'accord sur le partage des dépens.

4. De l'avis de M. CHO (Observateur de la République de Corée), si la directive stipulée à la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 22 était précisée, la troisième phrase deviendrait inutile.

5. M. AYLING (Royaume-Uni) souligne que l'objectif primordial, en ce qui concerne les détails de la procédure arbitrale, est que les parties soient traitées de façon équitable. Le problème de langue pouvant être un aspect important de la procédure, il est donc couvert par le paragraphe 3 de l'article 19. Le deuxième objectif est lié à des considérations pratiques. La procédure arbitrale devrait pouvoir se dérouler de la façon la plus pratique et la plus commode eu égard aux circonstances et aux faits d'espèce. Les exigences peuvent varier de façon considérable d'une affaire à l'autre. Estimant que le texte actuel de l'article 22 répond à l'un et l'autre de ces objectifs, la délégation britannique appuie fermement la position de l'Australie.

6. M. BOUBAZINE (Algérie) indique que sa délégation appuie la proposition de l'Iraq comme visant à assurer un respect égal pour toutes les langues et le partage des dépens de l'arbitrage.

7. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) propose que le paragraphe 3 de l'article 19 fasse l'objet d'un article distinct, ce qui aurait l'avantage de faire ressortir l'importance de l'égalité de traitement et d'expliciter que le principe s'applique à l'ensemble du chapitre V. Cela résoudrait aussi le problème qui se pose par rapport aux langues et rendrait inutile toute modification du paragraphe 2 de l'article 22.

8. M. SEKHON (Inde) souscrit à l'avis exprimé par la délégation de l'Iraq. Il n'est pas certain que le libellé actuel de l'article 22 permette à une partie d'employer le meilleur instrument possible pour présenter sa thèse, à savoir sa propre langue. On a soutenu que, sur la base du paragraphe 3 de l'article 19, les impératifs de l'équité exigeraient que chaque partie ait la possibilité de présenter son argumentation dans sa propre langue. De l'avis de la délégation indienne, cependant, les stipulations particulières de l'article 22 excluent les dispositions générales de l'article 19. S'agissant du paragraphe 2 de l'article 22, la délégation indienne estime que le terme "traduction" devrait être suivi de l'expression "dûment certifiée", ce qui mettrait cette clause en harmonie avec les dispositions du paragraphe 2 de l'article 35 et contribuerait à préciser le mot "traduction" qui n'est défini nulle part dans la loi type.

9. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) persiste à croire que la proposition de la délégation de son pays visant à modifier l'article 22 en y insérant une référence au paragraphe 3 de l'article 19 constituerait un compromis utile. La langue pose un problème épineux pour certains pays, y compris au sien, dont la langue n'est pas couramment employée.

10. Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) souligne que les juges et les arbitres ont dû s'attacher au problème des différences de langues depuis l'aube de l'arbitrage. Il invite instamment les membres de la Commission à se fier aux arbitres à cet égard. Il se peut que les arbitres eux-mêmes parlent trois langues différentes, dont aucune n'est celle des parties. Il est manifeste que leur première tâche sera d'examiner le meilleur moyen de remplir leur mission dans ces conditions. Si on se défie des arbitres, on se défiera de la procédure elle-même qui ne sera qu'un vain exercice. Il est impossible de réglementer toutes les situations et il ne peut y avoir de solution universelle, car l'emploi par une partie de sa propre langue risque d'être source de frustration si tous les documents sont dans une autre langue. Le texte de l'article 22 est déjà trop formaliste. Le principe directeur est énoncé au paragraphe 3 de l'article 19 et il faut s'en remettre aux arbitres pour l'appliquer.

11. M. RAMADAN (Egypte) approuve la proposition de l'Iraq, qu'il juge très proche de celle de l'observateur du Centre régional d'arbitrage commercial du Caire.

12. M. GRAHAM (Observateur du Canada) indique que la délégation du Canada juge satisfaisante la formulation actuelle de l'article, bien que la modification suggérée par la République fédérale d'Allemagne soit propre à assurer le respect du caractère juste et équitable de la procédure.

13. Le PRÉSIDENT observe que la proposition de l'Iraq ne semble pas recueillir un appui suffisant.

14. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) dit que sa délégation n'insistera pas pour maintenir sa proposition, car elle ne suscite pas non plus un appui suffisant.

15. M. SEKHON (Inde) demande au Président qu'une décision soit prise sur la proposition présentée par la délégation de l'Inde d'insérer l'expression "dûment certifiée" au paragraphe 2 de l'article 22.

16. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que sa délégation a accepté l'emploi des termes "dûment certifiée" au paragraphe 2 de l'article 35 parce que les documents dont il est question audit paragraphe seront déposés auprès d'un tribunal qui saura ce qu'il entend lui-même par ces termes". Dans l'article 22, la Commission demanderait aux arbitres de dire ce qui constitue une traduction certifiée. Dans la pratique, les parties elles-mêmes sont souvent à même de fournir de bonnes traductions. Quand il est nécessaire de passer par des traducteurs jurés, les coûts augmentent inévitablement. La délégation des Etats-Unis joint ses instances à celles de l'observateur du *Chartered Institute of Arbitrators* qui a demandé à la Commission de faire confiance aux arbitres et de ne pas entrer dans les détails techniques de la procédure.

17. M. HUNTER (Observateur, Association internationale du barreau) partage l'opinion du représentant des Etats-Unis. Il sait d'expérience que si des traductions sont demandées à l'extérieur, il peut en résulter de graves perturbations et de grandes pertes de temps.

18. M. RAMADAN (Egypte) rappelle que sa délégation a aussi proposé de modifier le paragraphe 2 de l'article 22 en remplaçant "les langues" par "une des langues".

19. M. LOEFMARCK (Suède) n'a pas d'objection de principe mais il pense que la notion qui inspire la proposition égyptienne est déjà implicite dans l'énoncé existant.

20. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) a le sentiment qu'il convient de laisser aux arbitres le soin de décider si la traduction est nécessaire dans plus d'une langue.

21. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) croit comprendre que le représentant de l'Egypte craignait que, dans le cas où deux langues devraient être utili-

sées, l'on interprète les termes "la langue ou les langues" comme signifiant que les documents doivent être traduits dans ces deux langues sans qu'il soit possible dans certains cas d'en demander la traduction dans une langue seulement.

22. M. RAMADAN (Egypte) souhaite que dans des cas où les parties sont convenues d'utiliser plusieurs langues, le tribunal arbitral soit autorisé à faire choix d'une de ces langues pour gagner du temps et économiser de l'argent.

23. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) pense qu'il serait peut-être possible de donner satisfaction au représentant de l'Egypte en remplaçant les termes "la langue ou les langues" par "une ou plusieurs langues".

24. M. JOKO-SMART (Sierra Leone) estime que le projet de texte ne pose pas de problème.

25. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) suggère que la Commission accepte dans son principe la proposition de l'Egypte et laisse au comité de rédaction le soin de décider de l'énoncé qu'il conviendra d'insérer.

26. Le PRÉSIDENT dit que puisque personne ne s'y oppose, il considère que la Commission renvoie sur cette base l'article 22 au comité de rédaction.

27. *Il en est ainsi décidé.*

28. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) se réfère à la proposition faite précédemment par le représentant de la République-Unie de Tanzanie. Comme il est indiqué dans le commentaire du secrétariat sur l'article 19 (A/CN.9/264, p. 44), le Groupe de travail a toujours considéré que le principe fondamental énoncé au paragraphe 3 de l'article 19 s'appliquait à la procédure d'arbitrage en général; il vaudrait donc pour toutes les dispositions du chapitre V et pour d'autres aspects de la loi type, par exemple la composition du tribunal arbitral, qui ne sont pas directement réglés par ces dispositions. Sans préjuger des vœux de la Commission, M. Herrmann pense que, dans les limites de son mandat, le Comité de rédaction pourra examiner s'il y a lieu de mettre en relief les principes fondamentaux énoncés au paragraphe 3 de l'article 19 en les inscrivant dans un article distinct à placer éventuellement en tête du chapitre V.

29. M. AYLING (Royaume-Uni) rappelle que la Commission n'a pas achevé l'examen de l'article 19. Il présume que la proposition du représentant de la République-Unie de Tanzanie, que la délégation britannique a appuyée, sera abordée quand la Commission reviendra à cet article.

30. Le PRÉSIDENT dit que la Commission examinera ladite proposition à cette occasion.

Article 23. Conclusions en demande et en défense

Paragraphe 1

31. M. AYLING (Royaume-Uni) se réfère au débat qui a eu lieu au Groupe de travail pour déterminer si certaines dispositions de la loi type devaient ou non avoir un caractère impératif (A/CN.9.246, p. 43). La délégation britannique partage l'opinion émise par les Etats-Unis dans leurs observations écrites sur le paragraphe 1 de l'article 23 (A/CN.9/263, p. 35, par. 2) et estime que la forme des conclusions en demande et en défense doit être laissée à la discrétion des parties. Dans certaines affaires, par exemple celles qui ont trait à la qualité des marchandises, ou dans le cas de demandes formulées dans une correspondance entre les parties, des conclusions écrites ne sont pas appropriées.

32. Lord WILBERFORCE (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) dit que l'article a trait aux mécanismes d'arbitrage et le *Chartered Institute of Arbitrators* estime que les questions de ce genre doivent être laissées aux arbitres et non pas réglées en détail par le législateur. La première partie de l'article 23 a été formulée de manière impérative mais en revanche la question des conclusions en demande et en défense doit être laissée à la discrétion des parties intéressées qui peuvent adopter les règles institutionnelles convenant en l'occurrence. L'amendement proposé par la délégation du Royaume-Uni répondrait à l'attente de Lord Wilberforce.

33. M. HUNTER (Observateur de l'Association internationale du barreau) partage les vues exprimées par les deux intervenants précédents. Les arrangements doivent être souples et quand les parties se sont mises d'accord, des conclusions formelles en demande et en défense ne sont pas nécessaires.

34. M. ROEHRICH (France) comprend les raisons pratiques qui sont à l'origine de la proposition britannique, mais il est inquiet des conséquences éventuelles de son adoption. L'article 23 contient le principe fondamental donnant au demandeur et au défendeur la possibilité d'exposer leurs positions respectives. Il peut y avoir une certaine souplesse dans cette présentation mais le principe du droit de défense exige que les arbitres connaissent tous les faits ayant trait au différend qui leur est soumis. Comment cela peut-il être possible si, comme le propose le Royaume-Uni, les parties peuvent convenir de ne présenter ni demande, ni défense ?

35. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) se réjouit de l'appui manifesté pour les observations écrites de son gouvernement sur le paragraphe 1 de l'article 23 (A/CN.4/263, p. 35, par. 2), inspiré du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Toutefois, un certain nombre d'institutions d'arbitrage observent des règles différentes en ce qui concerne les délais et le contenu des conclusions. Il en est probablement ainsi pour la Commission soviétique d'arbitrage du commerce extérieur et à coup sûr pour l'American Arbitration Association. Cet organisme, qui traite 40 000 affaires par an, tant nationales qu'internationales, exige seulement que la requête initiale notifie l'intention de soumettre le différend à l'arbitrage et indique sa nature. Les renseignements concernant les faits motivant la demande et les points litigeux, qui comprennent généralement des arguments juridiques et un exposé des faits, ne sont pas requis à ce stade. La loi type qui accepte la notion de l'autonomie des parties doit permettre à ces dernières de se mettre d'accord sur les règles d'un institut d'arbitrage reconnu ou sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. M. Holtzmann est donc favorable à l'amendement britannique.

36. Selon M. SAMI (Iraq), il ne faut pas supprimer le paragraphe 1 de l'article 23. Comme le représentant de la France, il estime que ce paragraphe doit prévoir certaines normes minimales de procédure. Toutefois, il n'est pas opposé à l'inclusion d'un membre de phrase tel que "sauf convention contraire", puisque, comme l'a fait observer le représentant des Etats-Unis, un certain nombre d'institutions d'arbitrage appliquent leurs propres règles pour les débats.

37. M. BOUBAZINE (Algérie) souscrit aux vues exprimées par le représentant de la France.

38. De l'avis de M. HERRMANN (Service du droit commercial international), le Groupe de travail, qui a connu des débats analogues, a voulu exprimer un principe et il est difficile de voir comment on pourrait prendre une décision sur un différend sans qu'il y ait requête ou réponse de la part des parties intéressées. Il ne s'agit pas seulement de la question du délai mais de savoir si les conclusions doivent être ou non

présentées par écrit. M. Herrmann propose d'insérer dans la première phrase les mots "de la manière" après le mot "délai". M. Herrmann préfère le mot "manière" au mot "forme" parce qu'il est plus large et peut englober des aspects tels que la description de la réparation.

39. Pour M. BARRERA GRAF (Mexique), les dispositions du paragraphe 1 de l'article 23 sont capitales car elles constituent la base du différend soumis à l'arbitrage. Il ne peut y avoir de demande sans défense. M. Barrera Graf va même plus loin et, comme l'a proposé son gouvernement dans ses observations écrites (A/CN.9/263, p. 54, par. 2), il demande instamment que ce texte prévoie aussi la possibilité pour le défendeur de présenter une demande reconventionnelle. M. Barrera Graf est prêt pour faciliter les choses à accepter l'addition proposée par le représentant du secrétariat au paragraphe 1 de l'article 23.

40. M. OLUKOLU (Nigéria) estime que ces dispositions ne doivent pas être impératives car une certaine souplesse est nécessaire. Il est prêt à soutenir la proposition britannique mais souhaite néanmoins que les actions des parties soient soumises à des règles, qui pourraient être celles qu'appliquent les instituts d'arbitrage reconnus.

41. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) est favorable au texte actuel du paragraphe 1 de l'article 23. Il faut fixer un délai pour les demandes, et les conclusions des deux parties doivent être accompagnées des preuves pertinentes, même si certains instituts d'arbitrage n'insistent pas sur ce point. L'un des objectifs de l'arbitrage est de garantir un règlement efficace dans un délai limité.

42. De l'avis de M. ROEHRICH (France), il sera peut-être possible de trouver un terrain d'entente dans le sens de la proposition du secrétariat, si nécessaire en simplifiant le libellé du paragraphe 1 de l'article 23, qui est beaucoup trop précis pour tenir compte des règles des différentes institutions. Toutefois, même si elle est moins détaillée, la disposition doit conserver sa structure fondamentale et indiquer que l'arbitrage d'un différend commence par l'énoncé de la demande et de la réponse qui lui est faite. M. Roehrich souscrit également à la proposition mexicaine.

43. M. LOEFMARCK (Suède) est favorable à l'amendement du représentant de la France. La délégation de son pays se contenterait d'une formulation plus vague. Le code d'arbitrage suédois indique seulement que l'arbitre doit donner aux parties la possibilité de présenter leurs moyens.

44. Pour M. ILLESCAS ORTIZ (Espagne), il faut conserver le paragraphe 1 de l'article 23. Ni le principe fondamental énoncé au paragraphe 3 de l'article 19, ni l'inclusion à l'article 34 d'une clause générale concernant le caractère équitable de la procédure ne seraient suffisants pour garantir le traitement équitable des deux parties qui est indispensable. L'article 23 doit spécifier que les parties doivent présenter les faits du litige de façon que les arbitres puissent veiller au respect des droits de l'une et l'autre partie. Il est important de préciser les étapes de la procédure d'arbitrage jusqu'à la sentence. M. Illescas Ortiz estime que la proposition mexicaine pourrait être introduite au paragraphe 2 de l'article 23.

45. M. JARVIN (Observateur de la Chambre de commerce internationale) souscrit aux vues exprimées par le représentant de la France à propos du paragraphe 1 de l'article 23.

46. M. ROGERS (Australie) appuie le point de vue exprimé par les représentants des Etats-Unis et du Royaume-Uni. En ce qui concerne les remarques du représentant de l'Espagne, il estime qu'en invitant les parties à se protéger contre elles-mêmes, la loi type reconnaîtrait en apparence leur autonomie mais les enfermerait en réalité dans un carcan. Certains des orateurs précédents ont indiqué qu'ils ne connaissaient pas de cas où les parties pouvaient recourir à l'arbitrage sans produire les pièces mentionnées au paragraphe 1 de l'article 23. En réponse, M. Rogers attire l'attention sur les cas d'arbitrage de différends relatifs à des dommages causés à des biens. En pareils cas, les arbitres inspectent simplement les biens sur place et les parties ne sont pas tenues d'observer une norme minimale peut-être inadaptée aux faits. En conclusion, il se joint à l'observateur du *Chartered Institute of Arbitrators* pour demander instamment que les arbitres soient autorisés à faire leur travail comme ils l'entendent dès lors qu'une affaire leur a été soumise, et que le principe de l'autonomie des parties soit pleinement respecté.

47. M. BOGGIANO (Observateur de l'Argentine) déclare que le paragraphe 2 de l'article 23 accorde aux parties le droit de modifier leurs conclusions en demande et en défense et par conséquent l'objet de la procédure; cette faculté devrait être prise en considération au paragraphe 1 de l'article 23.

48. M. SEKHON (Inde) souscrit à l'argumentation du représentant de la France. Il convient de conserver le paragraphe 1 de l'article 23, mais si les clauses en étaient assouplies, la suggestion de M. Herrmann serait acceptable.

49. M. REINSKOU (Observateur de la Norvège) dit que l'article 23 laisse aux parties ou au tribunal arbitral le soin de décider si un délai unique ou des délais séparés doivent s'appliquer à la présentation des faits motivant la demande, des points litigieux et de l'objet de la demande. Il est en mesure d'accepter cet article tel que rédigé mais préférerait que le libellé en soit revu de manière à indiquer que ses dispositions s'entendent sous réserve de l'accord des parties.

50. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) convient avec le représentant de la France qu'il serait illogique que le paragraphe 1 de l'article 23 commence par les mots "sauf convention contraire des parties". Il estime également que les préoccupations exprimées par de nombreuses délégations, dont celle des Etats-Unis, devraient être prises en considération : de nombreux pays sont déjà dotés d'institutions permanentes d'arbitrage qui appliquent leurs propres règles de procédure en matière de conditions de présentation des conclusions en demande et en défense; il convient d'éviter d'inutiles conflits entre la loi type et ces règles. En outre, il faut permettre aux parties de se mettre d'accord, conformément aux règles de procédure de ces institutions permanentes d'arbitrage, sur la teneur des conclusions en demande et en défense. L'argument présenté par le représentant du Royaume-Uni est également valable; des centaines de procédures arbitrales sont conduites tous les jours sans que des formalités particulières soient exigées; la loi type ne devrait pas entraver ce processus.

51. M. Lebedev propose, à titre de compromis, d'ajouter les mots "sauf convention contraire des parties sur le contenu et la forme de ces conclusions" à la fin de la première phrase du paragraphe 1 de l'article 23, et de commencer la phrase suivante par les mots "Les parties peuvent présenter, en même temps que leurs conclusions, . . .".

52. M. GRAHAM (Observateur du Canada) juge acceptables les propositions de l'Union soviétique car elles permettent une accomodation souple à n'importe quel type de procédure, rendant inutile l'amendement français.

53. M. AYLING (Royaume-Uni) dit que les propositions de l'Union soviétique couvrent tous les cas examinés par la Commission et ont l'appui de sa délégation.

54. M. ROEHRICH (France) estime que la proposition de l'Union soviétique constitue un excellent compromis et sa délégation est prête à l'appuyer.

55. M. TORNARITIS (Chypre) souligne que même dans les pays qui appliquent des règles strictes aux conclusions en demande et en défense, ces règles peuvent n'être pas observées si l'une et l'autre parties conviennent d'adopter quelque autre procédure.

56. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) suggère de supprimer au paragraphe 2 de l'article 23 les mots "sauf convention contraire des parties" et d'ajouter un troisième paragraphe qui pourrait être rédigé comme suit "Les dispositions prévues aux paragraphes 1 et 2 peuvent être modifiées par convention des parties".

57. M. MATHANJUKI (Kenya) considère que le paragraphe 1 définit comme il convient les conditions minimales pour la présentation des conclusions par le demandeur et le défendeur. Il ne voit pas d'objection à la première proposition de l'Union soviétique mais pense que, quelle que soit la procédure utilisée, les parties doivent par-dessus tout avoir une idée claire de l'objet de leur demande. A son avis, la deuxième proposition de l'Union soviétique signifie qu'une partie n'est pas nécessairement tenue de joindre des pièces à ces conclusions avant l'ouverture de la procédure, car ces pièces ne peuvent être obtenues sur le champ et une certaine souplesse est indispensable.

58. M. LAVINA (Philippines) accepte la première proposition de l'Union soviétique mais la deuxième lui paraît superflue, car la phrase à laquelle elle s'applique est déjà parfaitement claire. La proposition faite par le représentant de la République fédérale d'Allemagne lui paraît intéressante et il aimerait qu'elle soit présentée par écrit.

59. M. HUNTER (Observateur, Association internationale du barreau) estime que les propositions de l'Union soviétique sont très utiles et tout à fait acceptables pour les professions juridiques.

60. M. RAMADAN (Egypte) constate que le paragraphe 1 de l'article 23 ressemble à l'article 18 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, bien qu'il soit un peu moins restrictif. Si un consensus se dégageait en faveur de la proposition de l'Union soviétique, il préférerait que l'on modifie la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 23 en s'inspirant de l'article 18 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, c'est-à-dire que les mots "Le demandeur présente une requête comportant les indications ci-après" devraient précéder le libellé proposé par le représentant de l'Union soviétique.

61. M. PENKOV (Observateur de la Bulgarie) fait observer que le droit des parties de modifier ou de compléter leurs conclusions en demande et en défense est limité à deux cas : lorsque les parties en conviennent ainsi et lorsqu'une décision mentionnant diverses raisons et circonstances est prise par les arbitres.

62. Le PRÉSIDENT dit que, si personne ne s'y oppose, il considérera que la Commission est disposée à approuver le paragraphe 1 de l'article 23 tel qu'il a été modifié par le représentant de l'Union soviétique.

63. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 17 heures.

323e séance

Vendredi 14 juin 1985, à 9 h 30

Président : M. SZASZ (Hongrie)

La séance est ouverte à 9 h 45.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2; A/CN.9/264)

Article 23. Conclusions en demande et en défense (suite)

Paragraphe 2

1. M. SEKHON (Inde) propose que le mot "pertinente" soit inséré après le mot "circonstance" à la dernière ligne.

2. M. PENKOV (Observateur de la Bulgarie) dit que l'autonomie accordée aux parties et la latitude laissée aux arbitres ne sont pas compatibles avec les dispositions impératives de la loi type. Par exemple, le droit de chaque partie d'avoir toute possibilité de faire valoir ses droits, prévu au paragraphe 3 de l'article 19, implique le droit pour chaque partie d'apporter toute modification à sa demande ou à ses défenses pendant toute la procédure. De plus, la disposition en question ne s'accorde pas avec une caractéristique essentielle de la procédure arbitrale, celle d'être une juridiction à un seul degré. La partie dont la position de négociation est la plus forte pourrait avoir une plus grande autonomie, mais la perspective de dépenses supplémentaires constitue un bon moyen d'action contre des manœuvres dilatoires. En conséquence, la délégation bulgare souhaite qu'il n'y ait pas de limitation au droit pour une partie de modifier ou compléter sa demande ou ses défenses.

3. M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) dit que sous réserve de l'alinéa 2 *b* de l'article 32, le tribunal arbitral ne devrait pas être habilité à empêcher une partie de modifier sa défense au cours de la procédure. Il suggère de modifier comme suit les trois dernières lignes du paragraphe : "le tribunal arbitral peut toutefois considérer ne pas devoir autoriser l'amendement de la demande, en raison du retard avec lequel il est formulé ou du préjudice qu'il causerait à l'autre partie". Les termes "ou de toute autre circonstance" devraient être supprimés car les notions de retard et de préjudice englobent toutes les circonstances qu'il est approprié de couvrir.

4. M. ZUBOV (Union des Républiques socialistes soviétiques) convient que le paragraphe laisse trop de liberté aux arbitres; les termes "ou de toute autre circonstance" devraient certainement être supprimés. Tout amendement ou adjonction émanant d'une partie serait à son avantage et, par conséquent, préjudiciable à l'autre partie. Il serait donc plus juste

de donner aux parties le droit de modifier ou de compléter leurs conclusions à tout moment jusqu'à ce que les arbitres prononcent la clôture de la procédure.

5. M. STROHBACH (République démocratique allemande) approuve les observations faites par les représentants de la Bulgarie et de l'Union soviétique. Les arbitres ont bien des moyens de redresser des injustices; en cas de retard, par exemple, ils peuvent prononcer une sentence partielle ou augmenter la part des dépens. La limitation énoncée dans la deuxième partie du paragraphe est donc superflue et il y aurait lieu de la supprimer; le paragraphe devrait se terminer sur le mot "arbitrale" au début de la troisième ligne.

6. M. SAMI (Iraq) dit que le droit des parties à modifier ou compléter leurs conclusions pendant la procédure doit être garanti jusqu'au prononcé de la sentence. Il approuve la suppression proposée par le représentant de la République démocratique allemande.

7. M. NEMOTO (Observateur du Comité consultatif juridique africano-asiatique) dit que les pouvoirs du tribunal arbitral en ce qui concerne les questions traitées dans le paragraphe examiné devraient être limités. Il propose que l'on insère les mots "ou complément" après le mot "amendement" à la quatrième ligne.

8. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) comprend les préoccupations exprimées par les orateurs précédents, mais sa délégation est également préoccupée par des questions de praticabilité et de coût. Si la limitation contenue dans la deuxième partie du paragraphe est supprimée, le tribunal arbitral n'aura pas le pouvoir de prévenir l'usage abusif d'un droit illicite. La voie sera ainsi ouverte aux retards, aux frais supplémentaires et aux injustices. L'article 20 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI définit des directives précises pour prévenir des abus possibles. Le texte actuel du paragraphe examiné contient des dispositions analogues, et la délégation américaine souhaite le voir conserver dans sa totalité.

9. M. ROEHRICH (France) convient que la disposition doit être lue en relation avec les articles 19, paragraphe 3, et 32, paragraphe 2. La procédure arbitrale devrait autoriser non seulement un échange initial de demande et défense, mais aussi la poursuite du dialogue. L'arbitrage est avant tout une affaire des parties, lesquelles devraient pouvoir modifier ou compléter leurs conclusions lorsque cela aide à préciser le litige. En conséquence, M. Roehrich est opposé à la limitation de ce droit des parties. Il propose que l'on supprime la référence au préjudice causé à l'autre partie, qui est déjà traité par les dispositions du paragraphe 3 de l'article 19, et que l'on supprime également la formule "ou de toute autre circonstance" qui est beaucoup trop vague. Le paragraphe se terminerait ainsi sur les mots "avec lequel il est formulé".

10. M. LOEFMARCK (Suède) dit que, pour les raisons données par le représentant des Etats-Unis, il est absolument opposé à la suppression de la deuxième partie du paragraphe.

11. M. GRIFFITH (Australie) convient avec le représentant des Etats-Unis que le texte devrait être voisin de celui de l'article 20 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

12. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) est opposé à la suppression de la deuxième partie du paragraphe car on doit s'efforcer de prévenir les abus. Il pourrait accepter la suppression du membre de phrase "ou de toute autre circonstance" et s'accommoderait de la proposition française, encore qu'il préférerait voir maintenir la référence au préjudice causé à l'autre partie.

13. M. SZURSKI (Observateur de la Pologne) dit que la loi type devrait traiter de façon souple les cas non couverts par une convention entre les parties et autoriser ces dernières à corriger toute erreur qu'elles peuvent avoir faite dans leur demande ou leurs défenses. Il est donc en mesure d'accepter la proposition tendant à supprimer la restriction énoncée dans la deuxième partie du paragraphe. Il propose d'insérer les mots "jusqu'à la clôture de la procédure d'arbitrage" après les mots "des parties," dans la clause restrictive placée au début du paragraphe.

14. M. SAWADA (Japon) juge le texte actuel satisfaisant car le tribunal arbitral doit conserver un certain pouvoir de contrôle. Le changement que sa délégation pourrait accepter consisterait à supprimer les mots "ou de toute autre circonstance".

15. M. LAVINA (Philippines) dit que sa délégation appuie la proposition de la France mais serait disposée à se rallier à la majorité qui s'est dégagée en faveur de la suppression de la deuxième partie du paragraphe.

16. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) convient que le droit des parties de modifier ou de compléter leur demande ou leurs défenses devrait être limité mais estime qu'il ne faut pas octroyer des pouvoirs trop étendus aux arbitres. Il pourrait donc accepter la proposition de la France.

17. M. AYLING (Royaume-Uni) dit qu'à son avis, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux est trop entré dans les détails dans cet article afin de maintenir un équilibre entre les droits des demandeurs et des défendeurs mais que le texte actuel représente un compromis équitable et doit rester inchangé. Malgré l'intérêt qu'elle présente à première vue, la proposition de la France se prêterait à une interprétation gênante, à savoir que les arbitres sont incapables de prendre en considération le préjudice subi, les frais, les éléments de preuve nouveaux et d'autres questions importantes de ce genre.

18. Mme VILUS (Yougoslavie) dit que sa délégation préfère la proposition de la France, car celle-ci respecte les exigences de la procédure d'arbitrage et les intérêts des deux parties. Si cette proposition n'était pas retenue, elle pourrait accepter la solution consistant à supprimer les mots "ou de toute autre circonstance" ou, à la rigueur, la proposition de l'Inde.

19. Mme DASCALOPOULOU-LIVADA (Observateur de la Grèce) dit que le paragraphe répond à deux préoccupations contradictoires : l'égalité des parties et le souci de justice. Elle appuie la proposition de la France, qui établit un équilibre équitable entre les deux.

20. M. RAMADAN (Egypte) est sensible aux considérations pratiques auxquelles le représentant des Etats-Unis a fait allusion mais estime toutefois que la proposition de la France lui paraît un compromis satisfaisant. Il fait observer que la garantie fournie par l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 30 devrait dissiper les craintes que les parties n'invoquent abusivement cette disposition.

21. M. GRAHAM (Observateur du Canada) pense comme l'observateur de la Grèce qu'il faut établir un équilibre entre les considérations d'égalité et de justice. C'est à la partie intéressée qu'il incomberait de prouver qu'un retard est justifié. Il appuie l'argument avancé par les représentants des Etats-Unis et de l'Australie, à savoir que la loi type devrait suivre l'article 20 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. S'agissant de la proposition de la France, il estime qu'il serait exagéré de supprimer la mention du préjudice causé à l'autre

partie mais que la solution consistant à supprimer les mots "ou de toute autre circonstance" pourrait être acceptable.

22. M. ENAYAT (Observateur de la République islamique d'Iran) estime que le texte actuel accorde une liberté excessive aux arbitres et appuie par conséquent la proposition de la France.

23. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) et M. BARRERA GRAF (Mexique) appuient la proposition de la France.

24. M. JOKO-SMART (Sierra Leone) dit que si le paragraphe 3 de l'article 19 était accepté, ce que sa délégation était disposée à faire, le paragraphe 2 de l'article 23 devrait également pouvoir être accepté sans difficulté. Il n'est pas d'accord pour que l'on supprime la deuxième partie du paragraphe, car cela romprait l'harmonie avec le paragraphe 3 de l'article 19 et encouragerait en outre les manœuvres abusives, les parties pouvant continuer à présenter des modifications sans que le tribunal arbitral puisse intervenir. M. Joko-Smart est partisan de conserver les mentions faisant référence au retard et au préjudice. Enfin, il ne voit pas d'objection à la solution de compromis consistant à supprimer les mots "ou de toute autre circonstance".

25. M. KADI (Algérie) rappelle que le texte actuel n'a pas été adopté à la majorité par le Groupe de travail. Il appuie la proposition de la France.

26. M. SEKHON (Inde) n'est pas d'accord pour que l'on supprime la mention du préjudice causé à l'autre partie, car il estime que celle-ci n'est pas inutile. Une partie causerait un préjudice à l'autre si, par exemple, il essayait d'apporter un amendement intéressant une question dépassant le cadre de la convention d'arbitrage.

27. M. TANG Houzhi (Chine) dit que la deuxième partie du paragraphe 2 de l'article 23, qui reprend le libellé de l'article 20 du Règlement d'arbitrage, semble offrir une marge de manœuvre trop étendue tant aux parties qu'au tribunal arbitral. Il appuie la solution de compromis tendant à supprimer uniquement les mots "du préjudice qu'il causerait à l'autre partie ou de toute autre circonstance" à la fin du paragraphe.

28. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) pense également qu'il faut parvenir à un meilleur équilibre entre la liberté octroyée aux parties et le contrôle exercé par le tribunal arbitral. A son avis, les mots "ou de toute autre circonstance" pourraient être supprimés.

29. Le PRÉSIDENT dit que certains membres sont favorables à la suppression de la totalité de la deuxième partie du paragraphe, mais qu'il y a aussi de nombreux partisans du maintien du texte tel qu'il se présente, ou du moins de la suppression des seuls mots "ou de toute autre circonstance". Une solution intermédiaire a également été proposée, consistant à supprimer la dernière partie de la phrase, à savoir : "du préjudice qu'il causerait à l'autre partie ou de toute autre circonstance"; le paragraphe se terminerait alors par les mots "en raison du retard avec lequel il est formulé". Le Président pense que la Commission pourrait accepter cette proposition, ce qui constituerait une solution équilibrée.

30. *Il en est ainsi décidé.*

31. M. SZURSKI (Observateur de la Pologne) appuie entièrement cette décision, étant entendu que le retard ainsi mentionné doit être entendu comme le retard dans la soumission d'une demande.

32. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) rappelle que, à la séance précédente, le représentant du Mexique a soulevé la question des demandes reconventionnelles et qu'il a été convenu que la Commission l'examinerait après avoir terminé sa discussion sur l'article 23. Il interprète le point de vue du Groupe de travail comme signifiant qu'une demande reconventionnelle est une forme de demande, et se trouve de ce fait couverte par le droit de faire une demande. Le même raisonnement s'applique à la réplique. Il propose qu'une phrase soit incluse dans l'article 23, ou en tout autre endroit approprié, afin que les "demandes" et "défenses" incluent les demandes reconventionnelles et les répliques, respectivement.

33. Le PRÉSIDENT suggère que la question soit laissée en suspens jusqu'à ce que la Commission ait fini d'examiner la loi type, pour le cas où une disposition distincte serait nécessaire.

34. M. BARRERA GRAF (Mexique), faisant référence à la proposition de son gouvernement dans ses observations (A/CN.9/263, p. 54, par. 2) dit qu'il préférerait que l'on ajoute une référence aux demandes reconventionnelles à la fin du paragraphe 1 de l'article 23. Toutefois, si nécessaire, il n'aura pas d'objection à ce que la question soit abordée une fois achevé l'examen de la loi type, ou à ce qu'une référence appropriée soit incluse dans le rapport.

35. Le PRÉSIDENT dit que le point soulevé par le représentant du Mexique sera noté. Il vaudrait mieux laisser la question en suspens jusqu'à ce que l'ensemble de la loi type ait été examiné, pour voir si elle s'applique à d'autres articles.

36. *Il en est ainsi décidé.*

37. M. RUZICKA (Tchécoslovaquie) dit que son gouvernement a fait lui aussi une proposition (A/CN.9/263, p. 54, par. 3). Il se prononce pour la rédaction d'un article distinct, dans lequel il faudrait également souligner que de telles demandes ne pourraient être faites que dans le cadre de la convention d'arbitrage.

Article 24. Procédure orale et procédure écrite

Paragraphes 1 et 2

38. M. AYLING (Royaume-Uni) attire l'attention sur l'observation du Royaume-Uni (A/CN.9/263/Add.2, par. 18) et sur la proposition faite dans le même sens par les Etats-Unis (A/CN.9/263, p. 36, par. 1), et qu'il appuie. Le Royaume-Uni soutient que, en l'absence d'une convention des parties, si l'une ou l'autre le demande, la procédure sera une procédure orale et non une procédure écrite.

39. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) attire l'attention sur le texte de la proposition de son gouvernement (A/CN.9/263 *Ibid.*), et en particulier sur les mots "à tout stade de la procédure" qui ont été introduits pour répondre aux craintes d'un certain nombre de représentants s'inquiétant qu'une partie puisse avoir la possibilité de demander une procédure orale pour des périodes illimitées et en des occasions illimitées. Il propose qu'une explication soit introduite dans l'article, ou éventuellement dans le rapport, indiquant que rien n'y limite le pouvoir du tribunal arbitral de déterminer la longueur des audiences ou le stade auquel elles devraient être organisées.

40. M. REINSKOU (Observateur de la Norvège) considère que la formulation employée au paragraphe 1 de l'article 24 est trop rigide. Il souhaiterait que le rapport de la Commission indique clairement que le paragraphe 1 de l'article 24 ne devrait pas être interprété comme excluant la possibilité d'une

procédure se déroulant en partie oralement et en partie sur la base de pièces. Il appuie la proposition des Etats-Unis.

41. M. MOELLER (Obervateur de la Finlande) dit qu'il semble n'y avoir aucune raison valable pour permettre à une partie de demander une procédure orale si les parties sont convenues qu'il y aurait seulement une procédure écrite. Lorsqu'il n'a été convenu ni de procédure orale ni de procédure écrite, une partie devrait avoir droit de demander une procédure orale; en conséquence, il propose que le texte du paragraphe 1 de l'article 24 soit modifié pour indiquer que, si une partie le demande, le tribunal arbitral "décide" (et non "peut décider") de tenir une procédure orale à moins que les parties ne soient convenues que la procédure ne sera qu'écrite. Pour ce qui est de l'explication avancée par les Etats-Unis, elle lui semble pouvoir être incluse dans le rapport de la Commission, mais il n'aurait pas d'objection si les membres préféraient qu'elle figure dans le corps du texte.

42. M. JARVIN (Observateur, Chambre de commerce internationale) est d'accord avec les représentants de la Finlande, des Etats-Unis et d'autres pays. Il souligne également que le droit de demander une procédure orale n'est pas assuré dans la version française du paragraphe 2 de l'article 24, aux termes duquel le tribunal arbitral "organise", alors que le texte anglais dit "peut organiser" ("may . . . hold"). Il appuie l'idée selon laquelle l'une ou l'autre partie a le droit de demander une procédure orale.

43. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) se référant aux observations écrites, y compris celle de sa délégation (A/CN.9/263, p. 39, par. 5), dit que le droit des parties à demander une procédure orale est fondamental. De l'avis de sa délégation, les paragraphes 1 et 2 de l'article 24 sont en contradiction avec ce principe de base; aussi appuie-t-il la proposition des Etats-Unis (A/CN.9/263, p. 36, par. 1), mais il sera nécessaire d'en examiner la formulation. La première phrase indique que l'une ou l'autre partie peut faire une demande "à tout stade de la procédure" et il suggère que l'on indique clairement que, en l'absence de convention entre les parties, la question devra être décidée au début de la procédure. Quand il y aura accord sur le principe, le choix de la formulation pourra être laissé au soin du comité de rédaction.

44. M. LAVINA (Philippines) dit que c'est un principe fondamental de la plupart des systèmes judiciaires qu'il ne peut y avoir de procédure sans audience — à moins bien entendu que les parties aient convenu de s'en passer. Aussi appuie-t-il la proposition des Etats-Unis qui a le mérite de regrouper les actuels paragraphes 1 et 2 et aussi d'employer, dans sa version originale, l'auxiliaire "shall" (caractère d'obligation). Il appuie également la suggestion de la Norvège selon laquelle l'idée d'une audience accompagnée de la production de documents ne devrait pas être exclue, et propose que cette idée soit incorporée dans la proposition des Etats-Unis.

45. M. SZURSKI (Observateur de la Pologne) dit que les conventions d'arbitrage stipulent rarement qu'il doit y avoir une procédure orale; il est également rare que les parties demandent une procédure orale dans leurs conclusions en demande ou en défense. En fait, son expérience lui permet d'affirmer sans risque qu'une procédure orale est indispensable à la bonne conduite de l'arbitrage commercial international. En conséquence, il propose que les deux paragraphes dont il est question soient fusionnés et que l'on inclue une disposition stipulant que, sauf convention contraire des parties, ou si elles ont renoncé expressément à une procédure orale, le tribunal arbitral sera tenu d'organiser une procédure orale pour la production de preuves par témoins ou pour l'exposé oral des arguments. Une autre solution pourrait être de modifier légèrement la proposition soumise par la Pologne et les Etats-Unis (A/CN.9/263, p. 36, par. 1) pour qu'elle se lise comme suit : ". . . le tribunal arbitral, après avoir consulté les parties, organise une procédure orale . . .".

46. M. ENAYAT (Obervateur de la République islamique d'Iran) dit qu'il préfère le texte original pour les raisons indiquées dans les commentaires du secrétariat (A/CN.9/264, p. 53).

47. M. ROEHRICH (France) dit que sa délégation préfère le texte initial car il pourrait être incorporé plus facilement dans les systèmes juridiques de différents pays. Il propose de remplacer au paragraphe 2 de l'article 24 du texte anglais, le mot "may" par le mot "shall", de façon que le texte se lise "the arbitral tribunal shall . . . hold hearings".

48. M. GRAHAM (Observateur du Canada) appuie la proposition des Etats-Unis d'Amérique et de la Pologne (A/CN.9/263, p. 36, par. 1) qui préserve le droit d'une partie à une procédure orale. Il accepterait aussi cependant l'amendement proposé par le représentant de la France au texte original, qui aurait le même résultat.

49. M. BONELL (Italie) souligne qu'en vertu du paragraphe 2 de l'article 24 sous sa forme actuelle, une partie qui avait à l'origine accepté d'exclure toute procédure orale pourrait changer d'avis ultérieurement, auquel cas le tribunal arbitral serait obligé d'accéder à sa demande. C'est pourquoi il est favorable à la proposition des Etats-Unis et de la Pologne, à laquelle on pourrait ajouter l'éclaircissement suggéré par le représentant des Etats-Unis.

50. M. GRIFFITH (Australie) appuie la proposition des Etats-Unis.

51. M. RAMADAN (Egypte) estime que la proposition des Etats-Unis a une portée trop large. La traduction arabe de l'article 24 se lit : "le tribunal arbitral *peut* organiser . . . une procédure orale".

52. M. LOEFMARCK (Suède) appuie la proposition des Etats-Unis. L'amendement suggéré par le représentant des Etats-Unis à sa proposition, concernant la limitation de la durée des procédures orales, devrait être inclus dans le rapport plutôt que dans le texte de l'article. Certes, il serait préférable de décider le plus tôt possible si une procédure doit être orale ou écrite, mais il ne conviendrait pas d'enlever au tribunal arbitral le droit de prendre une décision à cet égard à un stade ultérieur.

53. M. SAMI (Iraq) estime que le libellé actuel du paragraphe 1 de l'article 24 limite la liberté des parties de choisir le mode de présentation de leurs moyens. Il est important de respecter l'esprit de la loi type et d'accorder à chaque partie un traitement égal et la possibilité de faire valoir ses droits.

54. M. AYLING (Royaume-Uni) est disposé à accepter soit la proposition des Etats-Unis, avec ou sans l'amendement ultérieurement proposé par le représentant de ce pays, soit le texte original si le mot "may" est remplacé par le mot "shall" dans la version anglaise. Toutefois, comme l'a signalé le représentant de l'Italie, une partie ne devrait pas être autorisée à demander une procédure orale si elle a antérieurement convenu qu'il n'y en aurait pas.

55. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie), appuyé par M. JOKO-SMART (Sierra Leone), dit qu'une partie qui a accepté initialement qu'aucune procédure orale ne soit organisée pourrait par la suite décider qu'une telle procédure était après tout nécessaire. Le mot "may" dans la version anglaise

du texte original confère au tribunal arbitral le pouvoir de décider dans ce cas si la requête est justifiée.

56. M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) estime que le texte original serait préférable si on remplaçait le mot "may" par le mot "shall".

57. M. BARRERA GRAF (Mexique) pense, comme le représentant de la Tanzanie, qu'il convient de garder le mot "may". Il est également disposé à soutenir la proposition des Etats-Unis si le mot "shall" est utilisé.

58. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) estime que la proposition des Etats-Unis est plus claire que le texte original tout en conservant au tribunal arbitral le pouvoir d'empêcher toute tentative de retarder la procédure.

59. Mme DASCALOPOULOU-LIVADA (Observateur de la Grèce) appuie la proposition des Etats-Unis car elle permet d'éviter le problème évoqué par le représentant de l'Italie.

60. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que de nombreux orateurs ayant souligné le droit qu'a une partie de demander une procédure orale à tout moment, il conviendrait que le texte anglais du paragraphe 2 de l'article 24 soit ainsi libellé : ". . . the arbitral tribunal *shall* . . . hold hearings". Toutefois, il estime qu'une partie ne devrait pas avoir le droit d'exiger une procédure orale s'il a été décidé au préalable, dans la convention d'arbitrage, que l'on n'aurait pas recours à une telle procédure. La proposition des Etats-Unis est libellée dans ce sens.

61. M. TORNARITIS (Chypre) se déclare en faveur du texte original, avec les amendements oraux qui ont été proposés.

62. M. TANG Houzhi (Chine), M. KADI (Algérie) et M. OLUKOLU (Nigéria) expriment leur préférence pour le texte original de l'article 24.

La séance est levée à 12 h 30.

324e séance

Vendredi 14 juin 1985, à 14 heures

Président : M. SZASZ (Hongrie)

La séance est ouverte à 14 h 5.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264; A/CN.9/XVIII/CRP.10)

Article 24. Procédure orale et procédure écrite (suite)

Paragraphes 1 et 2 (suite)

1. Le PRÉSIDENT considérera, si personne ne s'y oppose, que la Commission souhaite transmettre le texte des paragraphes 1 et 2 au Comité de rédaction en le chargeant d'y insérer les idées suivantes : il sera loisible aux parties de décider de l'opportunité d'une procédure orale; à défaut d'interdiction expresse des parties, chaque partie a le droit de demander une procédure orale; et si les parties n'ont rien décidé à cet égard et si aucune d'entre elles ne demande une audience, il appartiendra au tribunal arbitral de fixer les modalités de la procédure.

2. *Il en est ainsi décidé.*

3. Le PRÉSIDENT fait observer qu'un certain nombre de délégations partagent l'avis exprimé par le représentant de la Tanzanie (A/CN.9/SR.323, par. 55) selon lequel, même si les parties sont convenues à un certain stade de ne pas prévoir de procédure orale, elles doivent avoir le droit de demander ultérieurement au tribunal arbitral de tenir audience. A son avis, le texte du paragraphe 3 de l'article 19 pourrait exprimer cette idée dans les cas extrêmes ou marginaux.

Paragraphe 3

4. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) signale la suggestion écrite de la délégation de son pays (A/CN.9/263, p. 37, par. 9) tendant à préciser l'expression "aux fins d'examen". Il espère que le Comité de rédaction examinera sérieusement cette proposition.

5. Le PRÉSIDENT considère, sous réserve de cette observation, que le paragraphe 3 de l'article 24 est approuvé.

6. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 4

7. M. GRAHAM (Observateur du Canada) relève, à propos des termes "ou autre document", qu'on ne comprend pas bien de quels documents il s'agit. Il suppose que l'intention est de permettre aux parties de consulter tout texte employé par le tribunal arbitral pour rendre sa décision, notamment toute publication officielle, tout dictionnaire, glossaire et bulletin météorologique; si tel est le cas, il faudrait le préciser.

8. M. LAVINA (Philippines) partage l'avis exprimé par l'observateur du Canada et a par ailleurs des réserves à formuler sur la référence à tout "rapport d'expert".

9. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni) souligne que l'objet du texte devrait être de garantir tout d'abord que le tribunal arbitral ne s'appuiera pas sur des documents sur lesquels les parties n'ont pu présenter d'observations et, deuxièmement, que ces documents leur seront communiqués avant que le tribunal ne rende sa décision. L'expression "pourrait s'appuyer" est ambiguë et devrait être modifiée pour faire ressortir que les documents doivent être communiqués aux parties avant le prononcé de la décision.

10. M. KADI (Algérie) se demande si par "autre document", on entend aussi des documents enregistrés ou filmés.

11. De l'avis de M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique), si la première phrase du paragraphe s'inspire du paragraphe 3 de l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, la deuxième phrase va au-delà. L'expression "ou autre document" pourrait être interprétée comme exigeant des arbitres qu'ils communiquent les résultats de leurs recherches documentaires avant de prononcer la sentence par exemple. Il ne faudrait pas que le texte les empêche de procéder comme il est d'usage pour rendre leurs décisions, à savoir de consulter des statistiques, des dictionnaires, etc. M. Holtzmann serait partisan de supprimer complètement la deuxième phrase et, si

on la maintenait, de retrancher "ou autre document". La référence à tout "rapport d'expert" pourrait être examinée lorsque la Commission abordera l'article 26.

12. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) demande si, au cas où les mots "ou autre document" seraient supprimés, une partie serait à même de soumettre au tribunal arbitral des documents contenant des informations couvertes par le secret professionnel qu'elle ne souhaite pas divulguer à l'autre partie.

13. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) souligne qu'en vertu de la première phrase, tous les documents fournis au tribunal arbitral par une partie doivent être communiqués à l'autre partie. Il appartient à la partie intéressée et au tribunal arbitral de concevoir un moyen de respecter le secret professionnel. La suppression de la deuxième phrase serait toutefois sans incidence sur le respect du secret professionnel.

14. M. ENAYAT (Observateur de la République islamique d'Iran) est partisan de ne pas modifier le texte, qui ne présente aucun risque. De plus, les parties doivent savoir sur quelle base le tribunal arbitral a pris sa décision.

15. Le PRÉSIDENT constate qu'il existe un accord sur le principe général stipulé à la première phrase, qui, de toute évidence ne concerne pas les rapports d'experts nommés par le tribunal arbitral. On pourrait résoudre les problèmes soulevés par la deuxième phrase en chargeant le Comité de rédaction de supprimer les mots "ou autre document", à moins qu'il ne puisse énoncer autrement que ne le fait la première phrase les documents susceptibles d'être utilisés par le tribunal arbitral. Toutefois, même si ces mots sont supprimés, le principe essentiel est que les parties doivent avoir la possibilité d'étudier tous les documents sur lesquels le tribunal arbitral pourrait s'appuyer pour rendre sa décision.

16. M. ROEHRICH (France) est pleinement d'accord avec la dernière observation du Président qui, à son avis, pourrait être utilement insérée dans le texte.

17. Le PRÉSIDENT pense qu'il suffira de la rapporter au compte rendu. Si personne ne s'y oppose, il considérera que la Commission accepte la procédure qu'il a proposée.

18. *Il en est ainsi décidé.*

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

19. Le PRÉSIDENT fait observer qu'il y a trois problèmes à résoudre, à savoir : en premier lieu, le problème de la faute qui est abordé dans une proposition du Royaume-Uni (document A/CN.9/XVIII/CRP.10); en deuxième lieu, celui du champ d'application territorial de l'article, et en troisième lieu, celui de l'harmonisation de l'énoncé de l'article avec celui du paragraphe 3 de l'article 19.

20. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) juge nécessaire d'indiquer clairement que des considérations autres que celles qui sont mentionnées au paragraphe 2 de l'article 34 peuvent motiver l'annulation d'une sentence. La délégation de Tanzanie propose que le paragraphe fasse référence à d'autres motifs justifiables.

21. Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni), présentant la proposition de sa délégation (A/CN.9/XVIII/CRP.10) dit qu'un problème s'est posé à la Commission parce que les termes "*public policy*" ne correspondent pas exactement à l'expression "ordre public" qui traduit une notion plus vaste d'injustice en matière de procédure. Il est nécessaire de trouver une expression ayant un sens pour les juristes du monde entier mais pas générale au point de permettre un accès totalement illimité aux tribunaux, ce qui risquerait d'entraîner des retards interminables.

22. La délégation britannique propose deux solutions possibles pour ce problème. La variante 1 fait référence à l'expression anglaise "*natural justice*" et elle est à son avis la meilleure. La notion de justice naturelle est familière à beaucoup de pays de *common law* et l'expression a l'avantage de ne pas nécessiter une nouvelle traduction en français car elle rend de façon acceptable "ordre public". Néanmoins, comme cette notion de justice naturelle risque de ne rien signifier dans certains systèmes juridiques, il a cherché une formulation qui soit plus explicite sans être liée à un système juridique particulier. S'inspirant de l'article 52 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, il a utilisé dans la variante 2 l'expression "*fundamental rule of procedure*" (règle fondamentale de procédure). Or, on peut y voir des références diverses, par exemple, à certaines dispositions de la loi type, à un ensemble de règles arrêtées par une institution d'arbitrage ou à un code national de procédure civile alors que l'objet était d'exprimer une règle fondamentale de procédure qui soit commune à tous les systèmes juridiques. C'est pourquoi il propose la variante 2 en y remplaçant le mot "règle" par "principes" ou "normes".

23. M. BOGGIANO (Observateur de l'Argentine) convient de la nécessité d'élargir la portée de la référence à "l'ordre public" pour y englober ce qui relève de la procédure mais les deux variantes proposées par le Royaume-Uni seraient ambiguës en espagnol. C'est pourquoi il suggère de faire référence dans cet article aux garanties d'une procédure régulière, notion qui a cours dans les systèmes tant de droit romain que de *common law*. Les termes utilisés au paragraphe 3 de l'article 19, à savoir "chaque partie doit avoir la possibilité de faire valoir ses droits" exprimeraient également cette notion de justice naturelle.

24. M. LOEFMARCK (Suède) dit que sa délégation peut accepter la variante 2 si le terme "principes" y remplace le terme "règle". Se référant à la variante 1, il dit que le concept de justice naturelle est abandonné depuis longtemps en Suède et qu'il voit difficilement comment l'expression "ordre public" lui correspond.

25. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) dit qu'il comprend les préoccupations qui motivent la proposition du Royaume-Uni encore que la nécessité d'une telle disposition ne soit pas évidente pour sa délégation. La notion de justice naturelle qui apparaît dans la variante 1 est inconnue dans son pays et en ce qui concerne la variante 2, il préférerait voir utiliser le terme "principes".

26. M. BONELL (Italie) dit que dans ses observations écrites (A/CN.9/263, p. 46, par. 8), sa délégation propose de faire figurer parmi les motifs permettant d'attaquer une sentence les motifs de révision des sentences arbitrales prévus dans le Code italien de procédure civile. Le Royaume-Uni a discuté de motifs tout à fait similaires dans ses observations générales sur l'intervention des tribunaux motivée par une injustice de procédure (A/CN.9/263/Add.2, p. 9-11). A son avis, toutefois, la proposition faite par le Royaume-Uni dans le document A/CN.9/XVIII/CRP.10 ne couvre pas entièrement la question.

27. La délégation italienne souhaiterait suggérer une autre solution. L'article 25 de la loi uniforme annexée à la Convention européenne de 1966 portant loi uniforme en matière

d'arbitrage a, pour l'essentiel, le même contenu que l'article 34 de la loi type, mais comporte en plus, au paragraphe 3, la disposition très importante qu'une sentence peut également être annulée si elle a été obtenue par fraude, si elle est fondée sur une preuve déclarée fausse par une décision judiciaire passée en force de chose jugée ou sur une preuve reconnue fausse, ou si, depuis qu'elle a été rendue, il a été découvert un document ou autre élément de preuve qui aurait eu une influence décisive sur la sentence et qui avait été retenu par le fait de la partie adverse. Un second point important est que l'article 28 de cette Convention fixe à cinq ans le délai dans lequel doit être intentée une demande en annulation fondée sur une de ces causes supplémentaires. Il est clair qu'en pareils cas, le délai approprié devrait être nettement supérieur à trois mois, même s'il ne va pas jusqu'à cinq ans. Toutefois, la principale préoccupation de M. Bonell est que la proposition du Royaume-Uni, même dans son interprétation la plus large, semble ne couvrir qu'une partie des motifs qu'il a mentionnés. S'il est trop tard pour que la suggestion de sa délégation puisse être prise en considération par la Commission, il espère qu'elle apparaîtra de façon appropriée dans le rapport.

28. M. ROEHRICH (France) dit que sa délégation a été favorable au départ au texte du Groupe de travail. Elle se rend compte des problèmes auxquels se heurte les délégations du Royaume-Uni et d'autres pays et est donc prête à accepter la variante 2, avec le mot "règle" remplacé par le mot "principe". Il lui serait difficile d'accepter la suggestion de la délégation italienne au stade actuel de la discussion. M. Roehrich considère que si la proposition du Royaume-Uni était acceptée, la liste des motifs à spécifier pour annuler une sentence serait close. A son avis, le lien entre l'article 34 et le paragraphe 3 de l'article 19 de la loi type est plus une question technique qu'une question de fond. Il importe de veiller à ce qu'il n'y ait pas de contradiction entre leurs dispositions.

29. M. DUCHEK (Autriche) dit que sa délégation est favorable à l'idée d'introduire la notion de règles de procédure d'ordre public dans l'article et est reconnaissant à la délégation du Royaume-Uni d'essayer de le faire. L'Autriche étant un pays de droit romain, sa délégation préférerait la deuxième variante, mais avec le mot "principe" au lieu de "règle". Les inquiétudes de la délégation italienne sont une question importante qui devrait être examinée séparément.

30. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) dit que sa délégation se rend bien compte des difficultés que le représentant du Royaume-Uni essaie de résoudre. Dans certains pays, la notion de "*natural justice*" n'est pas utilisée, dans d'autres, c'est celle d'"ordre public" ou "*public policy*", dans quelques autres encore, aucune des deux notions n'est utilisée dans le domaine législatif. Pourtant, l'emploi, dans des conventions internationales, des termes "ordre public" et "*public policy*" s'est révélé tout à fait satisfaisant pour la communauté internationale, même si ces termes sont très difficiles à définir. A son avis, la référence à l'ordre public, au sous-alinéa *b* ii du paragraphe 2, fournit une réponse aux problèmes qui se posent dans le cas présent. Si une expression telle que "principes fondamentaux de procédure" était adoptée, on ne saurait pas avec certitude si elle se rapporte aux règles contenues dans la loi type sur l'arbitrage ou aux règles stipulées dans les codes nationaux de procédure civile.

31. Si l'on compare la liste des motifs d'annulation d'une sentence spécifiés à l'article 52 de la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (Washington, 1965) et celle de l'article 34 du projet de loi type, on constate que les motifs énoncés dans la loi type couvrent un domaine beaucoup plus vaste. Etant donné la diversité des approches conceptuelles de la question du contrôle judiciaire sur la procédure et les sentences arbitrales, les normes exposées dans la loi type constituent un compromis plus ou moins acceptable; l'extension, au moyen d'une sorte de disposition générale, de la liste des motifs d'annulation d'une sentence déjà contenus dans la loi type romprait cet équilibre et donnerait la possibilité d'une interprétation trop large et trop variée de l'article dans différents pays. Aussi la délégation soviétique considère-t-elle que le projet est satisfaisant tel quel. Si une majorité se dégage en faveur de l'addition d'une disposition faisant référence à des principes fondamentaux de procédure, il faudrait alors déterminer ce que l'on entend par procédure. Par exemple, l'alinéa *g* du paragraphe 2 de l'article 25 de la loi uniforme annexée à la Convention de 1966 fait référence à la "méconnaissance de toute autre règle impérative de la procédure arbitrale", c'est-à-dire non à la procédure en général, mais spécifiquement à la procédure arbitrale. La Commission n'a pas l'intention, en élaborant la loi type, d'assimiler les procédures judiciaire et arbitrale.

32. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) indique que sa délégation est également reconnaissante au représentant du Royaume-Uni des efforts qu'il a déployés pour résoudre un problème difficile. Malheureusement, elle juge la première variante inacceptable : en effet, quoique l'expression "*natural justice*" soit connue aux Etats-Unis où elle désigne une norme philosophique, elle est absente de la législation de ce pays. La deuxième variante pose également un problème à la délégation des Etats-Unis. Par exemple, la référence aux règles ou principes fondamentaux de procédure risque de ne pas couvrir les cas de corruption d'un membre du tribunal car ceux-ci font l'objet d'une mention séparée dans la Convention de Washington de 1965. Le sens de cette référence donne donc matière à interrogation.

33. Peut-être les règles réellement visées par la proposition du Royaume-Uni sont-elles celles consacrées dans le paragraphe 3 de l'article 19 de la loi type dit "Grande Charte de la procédure arbitrale". Tout en convenant avec l'observateur de l'Argentine que le principe du respect de l'ordre public semble être énoncé au paragraphe 3 de l'article 19, la délégation des Etats-Unis ne peut appuyer la proposition qu'il a faite d'utiliser à l'article 34 l'expression "garanties d'une procédure régulière" car elle prêterait à des interprétations différentes selon les systèmes juridiques. Les Etats-Unis s'associent pleinement aux observations formulées par l'Union soviétique. S'il faut faire intervenir le critère de l'ordre public, celui-ci figure au sous-alinéa 2 *b* ii qui, de l'avis de la délégation des Etats-Unis, vise des éventualités telles que la corruption des arbitres. Etant donné que le souci de l'ordre public est déjà pris en considération à l'article 34 et couvre les cas de faux et de corruption et que les principes de procédure ne sauraient être mieux énoncés qu'ils le sont au paragraphe 3 de l'article 19, peut-être vaudrait-il mieux ne pas modifier le sous-alinéa ii de l'alinéa *a* du paragraphe 2, et y inclure un renvoi exprès au paragraphe 3 de l'article 19. En outre, la délégation des Etats-Unis préconise vivement de faire de ce paragraphe 3 un article distinct et de le placer en évidence.

34. M. GRAHAM (Observateur du Canada) déclare que la délégation canadienne préférerait voir adopter la première des deux variantes proposées par le Royaume-Uni. Il estime que l'expression anglaise "*natural justice*" est convenablement rendue en français par "ordre public" et fournit une solution acceptable au problème consistant à tenir compte de notions différentes tout en adoptant un terme reconnu en droit international. Dans la procédure judiciaire du Québec, les deux expressions sont tenues pour à peu près équivalentes : "justice naturelle" correspond à "ordre public". La délégation canadienne serait toutefois disposée à accepter la deuxième

variante si le mot "principe" était substitué au mot "règle". Il est inutile que la corruption fasse l'objet d'une mention expresse comme dans la Convention de Washington de 1965 puisqu'elle sera visée par la référence à l'ordre public faite au sous-alinéa 2 *b* ii. La délégation canadienne est favorable à l'addition à l'alinéa 2 *a* d'un sous-alinéa ii du type de celui proposé par le Royaume-Uni.

35. M. SAWADA (Japon) dit que la suggestion de la délégation italienne et en particulier ce qui concerne l'utilisation de nouveaux éléments de preuve dans la procédure d'annulation, serait difficilement acceptable pour sa délégation. Celle-ci pourrait toutefois accepter la proposition du Royaume-Uni : elle préférerait la variante 2 et l'utilisation du mot "principe" ou "norme" ou peut-être encore de l'expression "condition fondamentale de procédure".

36. M. GRIFFITH (Australie) indique que tout en trouvant parfaitement acceptable l'expression "*natural justice*", sa délégation comprend les difficultés qu'elle soulève pour d'autres délégations. La deuxième variante proposée par le Royaume-Uni couvrirait probablement les situations voulues, y compris — M. Griffith espère du moins que chacun en conviendra même si cela n'est pas dit expressément — des irrégularités aussi évidentes que l'obtention de sentences par la corruption ou le faux témoignage et les autres cas énumérés dans les observations écrites du Royaume-Uni (A/CN.9/263/Add.2, p. 9, par. 32). A défaut, l'utilisation d'une expression telle que "inobservation grave d'un principe fondamental de justice" pourrait être plus claire; elle engloberait à l'évidence les cas de fraude qui ne seraient peut-être pas inclus dans une définition étroite du terme "procédure".

37. S'agissant d'une autre question, il est tout à fait possible que dans le souci de donner à la sentence un caractère définitif, les parties à une convention d'arbitrage ne souhaitent pas se soumettre au contrôle judiciaire. La loi type devrait donc contenir des dispositions leur permettant de convenir de s'y soustraire si elles le souhaitent, en matière d'annulation comme d'exécution. Il y aurait donc lieu d'ajouter les mots "sauf convention contraire des parties" dans les dispositions pertinentes.

38. M. OLIVENCIA (Espagne) comprend ce qui a motivé la proposition du Royaume-Uni mais préfère le sous-alinéa 2 *a* ii dans sa formulation existante. S'il faut insérer la variante I dans cet article, elle aurait plutôt sa place dans le sous-alinéa 2 *a* iv, qui traite de la procédure arbitrale, que dans le sous-alinéa ii; cependant le texte en est trop abstrait et renvoie à une notion qui est étrangère non seulement au système juridique espagnol, mais aussi semble-t-il à beaucoup d'autres. La notion d'ordre public est plus généralement acceptable que celle de "*natural justice*" et apparaît déjà au sous-alinéa 2 *b* ii, à propos toutefois de "la sentence"; il est donc douteux que le motif du conflit avec l'ordre public puisse être invoqué concernant toutes les étapes de la procédure arbitrale au cours desquelles des irrégularités sont susceptibles d'être commises. Il est souhaitable qu'une mention expresse des procédures incompatibles avec la loi ou avec l'ordre public figure dans le texte de l'alinéa *a* du paragraphe 2.

39. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) déclare que tous les cas connus, relevant de la Convention de New York de 1958, où la violation de la clause de l'ordre public a été invoquée, concernaient des irrégularités de procédure. Il est clair que la référence à la sentence qui est faite au sous-alinéa ii de l'alinéa *b* couvre les irrégularités — telles que la corruption et la fraude — qui peuvent être commises dans la manière dont la sentence est obtenue. Ces cas ne sont pas considérés comme des vices de procédure mineurs.

40. M. LAVINA (Philippines) ne peut accepter la proposition du Royaume-Uni et en particulier sa variante I. L'expression "*natural justice*" n'est pas utilisée dans le système juridique philippin qui comprend pourtant des éléments de droit romain, de *common law* et de droit islamique. M. Lavina souscrit aux observations du représentant de l'Union soviétique.

41. Parlant en sa qualité de représentant de la Hongrie, le PRÉSIDENT dit qu'il craint que tout amendement ne déstabilise un texte qui, en ce qui concerne le contrôle judiciaire, est bien équilibré. La loi type doit être considérée dans son ensemble. La validité des exemples cités par le Royaume-Uni dans ses observations écrites (A/CN.9/263/Add.2, p. 9, par. 32) est généralement reconnue; cependant, tous les vices graves, y compris ceux de procédure, seront couverts par la notion d'acte contraire à l'ordre public; une disposition séparée visant les vices de procédure est donc inutile. En fait, le libellé de la proposition présentée sous la cote A/CN.9/XVIII/CRP.10 couvre de manière beaucoup plus lâche les exemples que le Royaume-Uni a fait valoir par écrit que la notion d'ordre public. Le Président suggère que l'alinéa *a* du paragraphe 2 ne soit pas modifié et que des explications appropriées soient fournies dans le rapport.

42. M. VENKATRAMIAH (Inde) doute beaucoup que la première solution proposée par le Royaume-Uni atteigne son but. La délégation de l'Inde pourrait accepter la deuxième solution, à condition de remplacer le mot "règle" par le mot "principe" et de préciser le sens du mot "fondamentale".

43. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) signale que, dans la législation suisse, la notion d'*ordre public procédural* couvre la question. Il estime que le texte, tel qu'il se présente, convient. S'il fallait une disposition de caractère plus général, on pourrait peut-être s'inspirer de la deuxième solution proposée par le Royaume-Uni. Toutefois, il ne convient pas que figurent dans l'alinéa *a* du paragraphe 2 une liste de cas précis et une expression générale couvrant les mêmes points. Si la Commission acceptait la deuxième solution, il faudrait supprimer du sous-alinéa 2 *a* ii les mots "ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits".

44. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) avait bien pensé que le texte actuel ne couvrait pas tous les cas; il semble cependant, de l'avis de nombreuses délégations, que la notion d'ordre public s'applique à tous les cas justifiant l'annulation de la sentence. S'il en est ainsi, il convient que le rapport fasse clairement état de cette interprétation large, afin que l'on n'ait pas l'impression que la Commission a considéré tous les cas possibles.

45. M. Mtango estime, comme le représentant des Etats-Unis, que le paragraphe 3 de l'article 19 doit faire l'objet d'un article distinct qui figurerait dans une partie appropriée de la loi type.

46. Mme DASCALOPOULOU-LIVADA (Observatrice de la Grèce) signale que le droit grec prévoit l'annulation d'une sentence si celle-ci est contraire à l'ordre public, notion qui couvrirait la plupart des exemples donnés par le Royaume-Uni dans ses commentaires écrits (A/CN.9/263/Add.2, p. 9, par. 32). La délégation grecque aurait donc appuyé l'inclusion d'au moins quelques-uns de ces exemples dans la liste des motifs d'annulation de sentence mentionnés à l'alinéa *a* du paragraphe 2, notamment dans le cas d'un apport de preuves nouvelles. En ce qui concerne les solutions proposées par le Royaume-Uni, il serait très difficile à la délégation grecque d'accepter "*natural justice*" comme équivalant à "ordre public". Pour Mme Dascalopoulou-Livada, "*natural justice*" est une notion abstraite et beaucoup plus large, généralement

utilisée par opposition au droit positif ou au droit appliqué. Mme Dascalopoulou-Livada préférerait en conséquence la deuxième solution.

47. De l'avis de M. RAMADAN (Egypte), si l'on prenait "ordre public" au sens large, il ne serait pas nécessaire de modifier le sous-alinéa ii de l'alinéa *a* du paragraphe 2, que M. Ramadan souhaiterait maintenir tel qu'il est, moyennant l'insertion d'explications appropriées dans le rapport. Un compromis possible serait de modifier le sous-alinéa ii de l'alinéa *a* pour lire ". . . ou qu'il y a eu inobservation grave des principes fondamentaux de la procédure arbitrale, ou encore qu'il a été impossible pour une autre raison à la partie qui demande l'annulation de faire valoir ses droits".

48. Mme VILUS (Yougoslavie) est, pour les raisons avancées par le représentant de l'Union soviétique, favorable au maintien du texte existant. Elle appuie la proposition de faire du paragraphe 3 de l'article 19 un article distinct qui, sous cette forme, aurait une incidence sur d'autres articles.

49. M. TANG Houzhi (Chine) indique que, des diverses options possibles au sujet du sous-alinéa 2 *a* ii, sa délégation préférerait soit le texte existant, sous sa forme actuelle, soit le texte existant modifié en remplaçant les mots "qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits" par une expression inspirée du paragraphe 3 de l'article 19. Comme la question de l'ordre public est très complexe, l'orateur suggère de remplacer, dans le sous-alinéa 2 *b* ii les mots "l'ordre public du présent Etat" par les mots "les principes fondamentaux du droit du présent Etat".

50. M. BARRERA GRAF (Mexique) préférerait le texte existant du sous-alinéa 2 *a* ii. Le problème qui a conduit la Commission à demander au Royaume-Uni de soumettre une modification de cette disposition tient à l'emploi du terme *public policy* dans le sous-alinéa 2 *b* ii. L'expression française "ordre public" est une notion assez large pour couvrir les exemples donnés par le Royaume-Uni dans ses commentaires écrits et certains des exemples mentionnés par le représentant de l'Italie. Il n'est pas nécessaire de spécifier dans le texte même si en anglais "*public policy*" correspond exactement à "ordre public". Si l'article 34 était accompagné de notes explicatives, celles-ci devraient traiter des points qui, de l'avis de certaines délégations, ne sont pas pris en considération dans la liste de l'alinéa 2 *a*. En second choix, la délégation mexicaine pourrait accepter la deuxième solution proposée par le Royaume-Uni, sous réserve de remplacer "règle" par "principe".

51. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) estime que dans le cas de violations de principes fondamentaux de procédure, par exemple la corruption et la falsification de documents, le délai prévu au paragraphe 3 est insuffisant. Il appuie sans réserve les observations faites à ce sujet par le représentant de l'Italie.

52. M. STROHBACH (République démocratique allemande) est en faveur du texte tel qu'il se présente. Il se pose des questions au sujet de l'une et l'autre solutions proposées par le Royaume-Uni en raison de l'interprétation qu'on peut leur donner et de leurs conséquences éventuelles sur la structure des articles 34 et 36. L'article 34 devrait donner une liste exhaustive des motifs d'annulation d'une sentence mais il ne devrait pas contenir de clause dérogatoire. M. Strohbach ne peut davantage souscrire à la suggestion faite par le représentant de l'Italie. La République démocratique allemande, en accédant à la Convention de Moscou de 1972, a renoncé au concept de révision judiciaire générale des sentences arbitrales et n'est pas disposée à revenir sur sa décision.

53. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba), pour les raisons exposées par la délégation hongroise, est favorable au texte de l'article 34 tel qu'il se présente. En outre, le concept de *natural justice* n'existe pas dans les systèmes juridiques issus du droit romain.

54. M. TORNARITIS (Chypre) fait observer que si la notion de *public policy* ne correspond pas exactement à celle d'"ordre public", les deux expressions ont souvent le même sens. La notion de *natural justice* est admise à Chypre qui a un système de *common law* mais elle n'est pas connue dans tous les pays bien que les principes qu'elle contient soient admis par tous. Il suggère que l'on explique dans le texte de la loi type ou dans le rapport que la notion de conflit avec l'ordre public (*public policy*) s'applique à toute transgression des principes fondamentaux de la *natural justice*.

55. Pour M. JARVIN (Observateur, Chambre de commerce internationale), il y a lieu de compléter le texte pour traiter des vices graves de procédure qui ne sont pas couverts à présent par la loi type. Les deux solutions proposées par le Royaume-Uni sont vagues mais il préférerait la deuxième à condition qu'elle fasse état d'un principe fondamental de procédure. La procédure arbitrale ne devrait pas être traitée de la même façon que la procédure judiciaire et il faudrait le préciser en complétant le texte de la deuxième solution. M. Jarvin serait même prêt à aller plus loin : la Commission est en train de créer un nouveau concept d'annulation d'une sentence dans le cadre d'un arbitrage international. Elle doit par conséquent assurer que les tribunaux nationaux n'appliquent pas des normes qui laissent la possibilité d'accepter des motifs d'annulation fondés sur des conditions ou des règles propres à un Etat. La deuxième solution devrait être limitée aux motifs internationalement reconnus soit en apportant une précision au texte, soit en donnant une explication dans le rapport.

56. Dans l'esprit de Sir Michael MUSTILL (Royaume-Uni), son mandat consistait à rédiger un texte qui compléterait le sous-alinéa *b* ii du paragraphe 2 et serait inséré à l'alinéa *a* du paragraphe 2 afin d'en préciser le sens. Il voudrait reprendre l'observation faite par le représentant de l'Espagne : l'une des principales raisons pour lesquelles on se demande si le sous-alinéa ii est suffisant — et tel serait le cas en particulier au Royaume-Uni — réside dans l'utilisation de l'expression "ordre public" avec le mot "sentence"; on a voulu dire que la question du conflit avec l'ordre public pourrait avoir trait uniquement à la sentence et non à la procédure qui aboutit à la sentence. Sir Michael Mustill reconnaît la valeur de l'observation faite par le représentant de l'Union soviétique au sujet des principes de procédure. Il n'a jamais voulu dire qu'une instance judiciaire de contrôle, lorsqu'elle examine l'acceptabilité de la procédure, devrait prendre en considération de quelque façon que ce soit des systèmes juridiques nationaux. Si un amendement était nécessaire pour préciser ce point, Sir Michael Mustill ne s'y opposerait certainement pas.

57. Le PRÉSIDENT note que la Commission semble souhaiter ajouter à l'alinéa 2 *a* une liste exhaustive des motifs d'annulation d'une sentence. La plupart des représentants ont exprimé leur préférence pour le maintien de l'article 34 tel qu'il se présente mais nombreux ont été ceux qui ont accepté comme deuxième choix la deuxième solution proposée par le Royaume-Uni moyennant certaines modifications. Certains d'entre eux ont estimé qu'il fallait en tout cas répondre aux préoccupations de ceux qui partagent la manière de voir de la délégation du Royaume-Uni. Il voudrait donc suggérer une solution qui corresponde au sentiment général en ce qui concerne le texte mais qui tienne compte aussi de l'opinion selon laquelle l'article 34 devrait comprendre certains éléments qu'on ne trouve pas actuellement dans le texte. Il lui semble qu'on pourrait ajouter à l'alinéa *a* du paragraphe 2 le

texte complet du paragraphe 3 de l'article 19. Quant à savoir si le texte du paragraphe 3 de l'article 19 devrait constituer un alinéa séparé du paragraphe 2 de l'article 34 ou être ajouté à la liste déjà établie, il s'agit là d'une question de présentation. Il faudrait aussi mentionner dans le commentaire que la plupart des représentants ont estimé que le terme "public policy" s'appliquait aux cas de fraude, de corruption et autres graves violations de la procédure.

La séance est levée à 17 h 10.

325e séance

Lundi 17 juin 1985, à 9 h 30

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 9 h 35.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2; A/CN.9/264)

Article 25. Défaut d'une partie

Alinéas a *et* b

1. M. JOKO-SMART (Sierra Leone) dit que les mots "sans invoquer d'empêchement légitime" placés au début de l'article soulèvent deux problèmes. Le premier est de savoir si cet empêchement doit être signalé à l'autre partie ou au tribunal arbitral. Le deuxième problème est lié au facteur temps. Si cet empêchement doit être signalé avant le délai visé par le paragraphe 1 de l'article 23, il faut laisser suffisamment de temps à l'autre partie pour qu'elle puisse respecter ce délai. Autoriser les parties à signaler un empêchement après l'expiration de ce délai équivaut à le prolonger. Le mieux serait peut-être de supprimer les mots "sans invoquer d'empêchement légitime".

2. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) dit qu'il vaudrait mieux préciser le sens de ce membre de phrase que de le supprimer. On pourrait peut-être résoudre le problème en ajoutant les mots "devant les arbitres".

3. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) dit que ce membre de phrase devrait être conservé parce que les parties devraient avoir la possibilité de justifier le non-respect du paragraphe 1 de l'article 23.

4. M. GRIFFITH (Australie) dit que le tribunal arbitral devrait être clairement habilité à ordonner une prolongation du délai lorsque les circonstances le justifient. Il propose de supprimer le membre de phrase "sans invoquer d'empêchement légitime" et d'ajouter les mots "ou ordonnance contraire du tribunal arbitral" avant la conjonction "si".

5. Le PRÉSIDENT dit que la proposition de l'Australie donnerait explicitement au tribunal arbitral un pouvoir discrétionnaire. Si tel était le souhait de la Commission, il faudrait remplacer le mot "poursuit" par les mots "peut poursuivre" dans l'alinéa *b* et la fin de l'alinéa *a* devrait être modifiée comme suit : "les arbitres peuvent mettre fin à la procédure arbitrale;". Les mots "sans invoquer d'empêchement légitime" deviendraient alors superflus et pourraient être supprimés.

6. M. ROEHRICH (France) dit que les mots "sans invoquer d'empêchement légitime" donnent déjà au tribunal arbitral un pouvoir discrétionnaire suffisant et répondent au souci du représentant de l'Australie. Les mots "il est mis fin" et "poursuit" doivent être conservés dans les alinéas *a* et *b*.

7. M. GOH (Singapour) dit que cette disposition devrait donner davantage de précisions au sujet du pouvoir discrétionnaire qu'a le tribunal arbitral de mettre fin à la procédure.

8. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que le membre de phrase "sans invoquer d'empêchement légitime" doit être conservé, étant entendu implicitement que c'est le tribunal arbitral qui en détermine le caractère légitime. La suggestion de l'Australie est peut-être plus claire à ce sujet. La proposition du Président tendant à remplacer les mots "il est mis fin" par les mots "il peut être mis fin" dans l'alinéa *a* et le mot "poursuit" par les mots "peut poursuivre" dans l'alinéa *b* reviendrait à modifier l'orientation de la loi type.

9. M. AYLING (Royaume-Uni) pense également que les mots "devant les arbitres" sont sous-entendus après les mots "sans invoquer d'empêchement légitime". Il est curieux que ce membre de phrase serve de chapeau non seulement à l'alinéa *a* mais également à l'alinéa *b* car l'objectif de ce dernier est de ne pas donner aux arbitres d'autre choix que de poursuivre la procédure si le défendeur ne présente pas ses défenses.

10. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) interprète cette disposition comme signifiant que les arbitres ont toujours la possibilité d'accorder par exemple au défendeur un délai de grâce si le fait qu'il n'a pas présenté ses défenses en temps utile n'est pas un acte intentionnel et n'a pas retardé indûment la procédure.

11. Le PRÉSIDENT propose de préciser dans le rapport de la Commission que les mots "devant les arbitres" sont sous-entendus après les mots "sans invoquer d'empêchement légitime" et que l'objectif visé est d'accorder aux arbitres un certain pouvoir discrétionnaire et une certaine marge de manœuvre.

12. *Il en est ainsi décidé.*

13. Le PRÉSIDENT dit que la Commission se heurterait à des difficultés considérables si elle essayait de prendre en compte dans le texte l'argument soulevé par le représentant de la Sierra Leone.

14. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) souligne qu'il est possible qu'une partie ne respecte pas le délai visé au paragraphe 1 de l'article 23 et évoque immédiatement après une raison valable.

15. M. JOKO-SMART (Sierra Leone) souligne qu'un empêchement légitime peut être invoqué après l'expiration du délai lorsque le tribunal arbitral a déjà mis fin à la procédure en application de l'alinéa *a*. En pareil cas, la partie intéressée devrait avoir la possibilité de rouvrir la procédure.

16. Le PRÉSIDENT dit qu'en pareil cas cette partie pourrait entamer une nouvelle procédure. Il propose à la Commission de ne pas essayer de traiter cette question dans la loi type.

17. *Il en est ainsi décidé.*

18. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne), appelle l'attention sur le commentaire écrit de son gouvernement à propos de l'alinéa *b* (A/CN.9/263, p. 38, par. 1). Cet alinéa ne peut s'interpréter comme signifiant que le silence du défendeur n'entraîne pour lui aucun inconvénient. C'est là une opinion largement répandue au sein de la Commission que ce texte doit faire clairement ressortir.

19. M. ROEHRICH (France) souscrit aux observations du représentant de la République fédérale d'Allemagne.

20. Le PRÉSIDENT propose que, s'il y a accord des membres de la Commission sur le sens de cet alinéa, ce dernier soit soumis au comité de rédaction pour que celui-ci en modifie le libellé.

21. *Il en est ainsi décidé.*

Alinéa c

22. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) appelle l'attention sur la proposition écrite de sa délégation concernant l'alinéa *c* (A/CN.9/263, p. 38, par. 3). De fait, il faut lire ainsi cette proposition : "peut, ou à la demande de l'autre partie doit, poursuivre la procédure" et non pas "peut et, à la demande . . ." car il serait injustifié de donner au tribunal arbitral un pouvoir discrétionnaire absolu dans des cas de ce genre.

23. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) souscrit à la proposition soviétique.

24. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) n'est pas opposé à la proposition soviétique mais estime qu'il conviendrait peut-être d'insérer les termes "dans un délai raisonnable" après les mots "des éléments de preuves dont il dispose".

25. Le PRÉSIDENT fait observer que les termes "dans un délai raisonnable" ne peuvent s'appliquer qu'à la production de documents et non pas à la comparution à une audience.

26. Pour M. SZASZ (Hongrie), le texte implique que le délai pour la production de documents sera fixé par le tribunal arbitral; on peut donc présumer qu'il sera raisonnable.

27. Le PRÉSIDENT propose que le rapport fasse ressortir que la production de documents doit intervenir dans un délai fixé par le tribunal arbitral ou, si aucun terme n'a été fixé, dans un délai raisonnable.

28. Selon M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique), le point soulevé par le représentant de la République fédérale d'Allemagne à propos de l'alinéa *b* s'applique également à l'alinéa *c*, qui devrait lui aussi être renvoyé au comité de rédaction.

29. Le PRÉSIDENT dit qu'à son avis l'argument du représentant de la République fédérale d'Allemagne s'applique seulement à l'alinéa *b*. La proposition soviétique sur l'alinéa *c* donne au tribunal arbitral un large pouvoir discrétionnaire.

30. M. SAMI (Iraq) ne peut accepter la proposition soviétique parce que la partie qui demande la poursuite de la procédure peut tirer un avantage injustifié de la non-production de documents par l'autre partie. Cette défaillance peut être justifiée et les décisions concernant la poursuite de la procédure doivent incomber au tribunal arbitral seulement. En outre, la proposition soviétique est en contradiction avec la disposition figurant à la fin de la phrase d'introduction, à savoir "sans invoquer d'empêchement légitime". Cette disposition donne au tribunal un certain pouvoir discrétionnaire, alors que la proposition soviétique obligerait le tribunal à poursuivre la procédure à la demande de l'une des parties.

31. Mme RATIB (Egypte) souscrit au deuxième point soulevé par le représentant de l'Iraq.

32. Le PRÉSIDENT ne voit pas de contradiction dans la proposition soviétique puisque la phrase d'introduction porte sur les trois alinéas. Selon cette proposition, le tribunal ne devrait donner suite à une demande de poursuite de la procédure présentée par l'une des parties en vertu de l'alinéa *c* que si la partie défaillante n'a pas invoqué d'empêchement légitime.

33. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques), comme le Président, ne voit pas de contradiction dans sa proposition; mais si un certain nombre de délégations y sont opposées, il n'insistera pas sur cet amendement.

34. M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) ne peut accepter aucun amendement au texte actuel.

35. M. ENAYAT (Observateur de la République islamique d'Iran) préfère le texte actuel, car la proposition soviétique limiterait le pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral.

36. M. LAVINA (Philippines) dit que la délégation de son pays soutient la position du représentant de l'Iraq.

37. Le PRÉSIDENT propose à la Commission de maintenir le texte actuel de l'alinéa *c* puisque le représentant de l'Union soviétique n'insiste pas sur l'amendement qu'il a proposé.

38. *Il en est ainsi décidé.*

Article 26. Expert nommé par le tribunal arbitral

39. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) dit, à propos du paragraphe 1 de l'article 26, que les parties doivent décider, avant la constitution du tribunal arbitral, si elles souhaitent ou non permettre la nomination d'experts. Bien sûr, un arbitre peut estimer qu'il n'est pas compétent dans un domaine particulier et vouloir se faire conseiller par un expert. Si les parties ne consentent pas à la nomination d'un expert, l'arbitre peut démissionner, mais il s'ensuit un retard qui n'est pas précisément dans l'intérêt des parties. M. Lebedev propose que la première phrase de ce paragraphe soit modifiée comme suit : "Sauf convention contraire des parties avant la nomination des arbitres, . . .".

40. Le PRÉSIDENT fait observer que les parties peuvent se retirer de la procédure arbitrale à n'importe quel moment si elles ne sont pas satisfaites de l'expert nommé par le tribunal arbitral.

41. Pour M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie), l'article 26 doit être conservé dans sa forme actuelle parce qu'il donne aux parties la liberté de décider s'il faut nommer un expert à n'importe quel stade de la procédure.

42. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) estime, comme le représentant soviétique, que les arbitres doivent savoir à l'avance s'ils auront l'assistance d'un expert. Les parties ne courent aucun risque car, dans le cadre de la loi type, elles ont la possibilité d'interroger l'expert nommé par le tribunal.

43. M. AYLING (Royaume-Uni) préfère le texte actuel de l'article 26. En ce qui concerne le point soulevé par le représentant soviétique, il estime pour sa part que, dans la plupart des cas, les parties éviteront toute décision pouvant provoquer la démission d'un arbitre, en raison du retard et des dépenses que celle-ci entraînerait.

44. M. ROEHRICH (France) est, lui aussi, favorable au maintien du libellé actuel de l'article 26.

45. M. PAULSSON (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) est, lui aussi, favorable au texte actuel de l'article 26; l'organisation qu'il représente a suivi ce texte en établissant les règles de la London Court for International Arbitration (1985). Ce texte est également conforme à celui des règles supplémentaires de l'IBA (Association internationale du barreau) concernant la présentation et la recevabilité des preuves dans l'arbitrage commercial international (1983). Dans la pratique, il est rare que les parties s'opposent à la nomination d'experts.

46. Pour M. OLUKOLU (Nigéria), le texte actuel de l'article 26 donne aux parties une marge de liberté suffisante et doit donc être maintenu.

47. M. LAVINA (Philippines) propose de supprimer les termes "sauf convention contraire des parties"; les parties doivent s'en remettre au tribunal arbitral pour nommer des experts si nécessaire.

48. M. JOKO-SMART (Sierra Leone) fait observer que la confiance faite par les parties au tribunal arbitral ne s'étend pas forcément aux experts nommés par ce dernier. Le texte actuel de l'article 26 doit donc être maintenu.

49. M. ABOUL-ENEIN (Observateur, Centre régional d'arbitrage commercial du Caire) et M. KADI (Algérie) expriment leur préférence pour le texte original de l'article 26.

50. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) accepte de retirer son amendement mais demande que le soutien que celui-ci a reçu soit consigné dans le rapport.

51. M. MATHANJUKI (Kenya) note que le texte de l'alinéa 1 *b* de l'article 26 dispose qu'une partie pourrait être appelée à fournir des renseignements à l'expert. Il convient de préciser que ceci pourrait s'appliquer soit à l'une des parties soit aux deux.

52. Le PRÉSIDENT dit qu'il faut interpréter les mots "une partie" comme signifiant "chaque partie".

53. M. SEKHON (Inde), à propos du paragraphe 2 de l'article 26, propose, dans la version anglaise, de remplacer le mot "interrogate" par "examine", ce qui donnerait : ". . . the parties have the opportunity to examine [the expert]".

54. M. ENAYAT (Observateur de la République islamique d'Iran) estime que le paragraphe 2 de l'article 26, qui dispose que "les parties peuvent l'interroger", devrait préciser que cette interrogation ne peut être faite directement par les parties, mais qu'elle a lieu uniquement par le truchement du tribunal arbitral.

55. Le PRÉSIDENT déclare que, si personne ne s'y oppose, il considérera que la Commission est d'accord pour conserver l'article 26 dans sa forme actuelle.

56. *Il en est ainsi décidé.*

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

Paragraphe 1

57. M. PELICHET (Observateur, Conférence de La Haye de droit international privé) dit que le membre de phrase "in this State or under this Law" dans la version anglaise du paragraphe 1 de l'article 27 est ambigu; il convient d'aligner le texte anglais sur le texte français qui se lit "dans le présent Etat en vertu de la présente Loi". Comme l'a indiqué son organisation dans les observations qu'elle a présentées par écrit (A/CN.9/263/Add.1, p. 15-16, par. 1 sous la rubrique article 27), une commission spéciale de la Conférence de La Haye s'est réunie pour décider si le champ de la Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (La Haye, 1970) ne pourrait pas être élargi en y ajoutant un protocole couvrant la procédure arbitrale. La commission spéciale a confirmé que cette formule serait réalisable sur le plan technique, mais elle a exprimé des doutes quant à son utilité. M. Pelichet serait intéressé par toute observation que les participants auraient à formuler sur la question.

58. Le PRÉSIDENT signale que la version française de l'article 27 a été corrigée et alignée sur le texte anglais (A/CN.9/246/Corr.1, français).

59. M. SEKHON (Inde) signale qu'en général un tribunal arbitral n'est pas habilité à s'adresser directement à un tribunal pour demander une assistance. Il propose que le texte du paragraphe 1 de l'article 27 soit modifié de manière à indiquer que le tribunal arbitral ". . . peut demander, par l'intermédiaire d'une autorité compétente, . . .".

60. Dans sa forme actuelle, le paragraphe 1 de l'article 27 peut être interprété comme signifiant qu'un tribunal ne fournira une assistance que pour l'obtention de preuves. Il propose de modifier la première phrase du paragraphe comme suit ". . . le tribunal arbitral peut demander . . . une assistance pour obtenir ou recueillir des preuves".

61. M. ROEHRICH (France) appuie la proposition de l'observateur de la Conférence de La Haye tendant à ce que la première phrase du paragraphe 1 de l'article 27 soit modifiée comme suit : "menée dans le présent Etat et en vertu de la présente Loi". La loi type est destinée à être adoptée en tant que législation nationale et ne saurait traiter de la question de la coopération entre tribunaux de divers pays. Cette question demeure ouverte et pourra peut-être être abordée à l'avenir. Etant donné la diversité des dispositions existant dans les systèmes juridiques différents, il ne semble pas opportun de préciser explicitement que seul un tribunal arbitral ou une partie peut demander une assistance pour l'obtention de preuves. Il propose donc que l'on adopte pour le paragraphe 1 de l'article 27 un libellé plus neutre qui indiquerait qu'avec l'autorisation du tribunal arbitral une demande d'assistance peut être présentée à un tribunal compétent. Sa délégation appuie la proposition écrite de l'Autriche (A/CN.9/263, p. 39, par. 4) tendant à supprimer les alinéas *a*, *b* et *c* qui sont superflus.

62. M. STROHBACH (République démocratique allemande) se déclare en faveur de l'approche territoriale préconisée par le Japon, l'Autriche et l'Union soviétique dans leurs observations écrites (A/CN.9/263, p. 39, par. 2, 4 et 5). Il estime aussi que les alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 1 de l'article 27 sont superflus et devraient être supprimés.

63. M. SAWADA (Japon) confirme les observations de son gouvernement (A/CN.9/263, p. 39, par. 1) concernant la portée de l'article 27 et la nécessité de supprimer les mots "en

vertu de la présente Loi" au paragraphe 1, ainsi que son appui à la décision du Groupe de travail de limiter l'assistance des tribunaux aux procédures arbitrales conduite dans l'Etat du tribunal sollicité (A/CN.9/263, p. 39, par. 2). Son gouvernement n'est pas contre une assistance pour l'obtention de preuves, mais considère que le recueil de preuves au-delà des frontières nationales serait mieux réglementé par des conventions internationales que par une disposition de la loi type, qui est destinée à devenir une législation nationale.

64. Mme RATIB (Egypte) dit que son gouvernement estime que l'application de l'article 27 devrait être limitée à la procédure arbitrale menée dans l'Etat concerné. Il serait excessif d'obliger un Etat de prêter assistance à une procédure arbitrale tenue en dehors de son propre territoire.

65. M. AYLING (Royaume-Uni) est d'accord avec les observations du représentant de la France, tant sur les points de fond que sur les points de forme, à condition que les propositions faites par ce représentant n'aient pas pour effet de conférer à l'Etat dans lequel s'applique la loi type le pouvoir de décider s'il doit y avoir une assistance des tribunaux ou non; ce pouvoir discrétionnaire appartient au tribunal arbitral ou aux parties.

66. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) retire l'amendement écrit de son gouvernement (A/CN.9/263, p. 39, par. 3) qui aurait habilité les tribunaux de l'Etat où se déroule l'arbitrage à transmettre au tribunal d'un Etat étranger une commission rogatoire pour l'obtention de preuves. Il estime maintenant que l'insertion de telles dispositions dans la loi type ou dans une convention n'est guère nécessaire dans la pratique; en outre, une commission rogatoire adressée à des tribunaux étrangers risque d'entraîner des retards de six mois à un an dans la procédure d'arbitrage. Il ne voit pas l'utilité de mentionner le champ territorial d'application au paragraphe 1 de l'article 27 puisque cette question est traitée dans une autre partie de la loi type. Il fait sienne la suggestion écrite de l'Autriche de supprimer les alinéas *a*, *b* et *c* (A/CN.9/263, p. 39, par. 4).

67. Il soutient également la suggestion écrite de la Suède (A/CN.9/263, p. 39, par. 6) tendant à l'inclusion d'une disposition qui donnerait au tribunal arbitral le pouvoir d'ordonner à la partie détenant les preuves de les produire, et indiquerait qu'un refus d'obtempérer serait retenu contre elle. Il suggère que cette idée soit reprise dans le rapport comme représentant l'avis de la Commission.

68. M. HOLTZMANN soutient l'amendement de la France à la première partie du paragraphe 1 de l'article 27, sous réserve qu'il soit entendu qu'une demande ne peut être faite que par le tribunal arbitral ou par l'une des parties.

69. M. SAMI (Iraq) appuie l'amendement proposé par la délégation française visant à remplacer le mot "ou" par le mot "et" à la première ligne de l'article 27, paragraphe 1. En ce qui concerne l'autorité recevant la demande, il propose d'ajouter audit paragraphe un texte qui pourrait être libellé comme suit : "L'autorité recevant la demande est le tribunal ou l'autorité mentionné à l'article 6". M. Sami appuie également la suggestion de la délégation autrichienne tendant à supprimer les alinéas *a*, *b* et *c*.

70. Le PRÉSIDENT a l'impression qu'il s'est établi un large accord sur le fait que l'article ne devrait s'appliquer qu'aux arbitrages ayant lieu sur le territoire de l'Etat. Il suggère qu'en attendant d'examiner une proposition du secrétariat à ce sujet, on conserve la référence à la procédure arbitrale "menée dans le présent Etat". La proposition visant à supprimer les alinéas *a*, *b* et *c* au paragraphe 1 de l'article 27 a également été accueillie favorablement. En ce qui concerne l'amendement proposé par la France à ce paragraphe, il serait peut-être malavisé de modifier un texte qui constitue un compromis issu d'une longue discussion. Le Président aimerait savoir si les membres de la Commission sont prêts à marquer leur accord à titre préliminaire dans ce sens.

71. M. SAMI (Iraq) suggère qu'on ajoute l'article 27 à la liste des articles énumérés à l'article 6.

72. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) explique que l'article 6 a pour objet de centraliser les fonctions d'un tribunal spécialement désigné. Il n'aurait pas été approprié d'y mentionner l'article 27, consacré à des questions comme l'audition de témoins, l'accès à des locaux, etc.; dans ces domaines, la compétence des tribunaux locaux est fonction d'autres facteurs tels que le lieu de résidence du témoin ou l'emplacement de locaux.

73. M. MATHANJUKI (Kenya) approuve les conclusions du Président mais pense que l'on devrait garder présent à l'esprit l'amendement proposé par l'Inde à l'article 27, paragraphe 1.

74. M. LAVINA (Philippines) approuve lui aussi les conclusions du Président, mais estime qu'il pourrait être parfois nécessaire de demander l'assistance d'un tribunal d'un autre Etat, comme indiqué dans la proposition des Etats-Unis qui a été retirée. Il appuie la proposition visant à supprimer les alinéas *a*, *b* et *c*.

75. M. TANG Houzhi (Chine) est entièrement d'accord avec le résumé présenté par le Président. Il appuie également l'amendement proposé par la France à l'article 27, paragraphe 1.

76. M. VOLKEN (Suisse) approuve lui aussi les conclusions du Président.

77. A son avis, l'amendement français n'est pas assez fort. La question à régler est celle des rapports entre le tribunal arbitral et le tribunal de l'Etat. M. Volken propose le libellé suivant : "Lorsqu'un tribunal du présent Etat est saisi d'une demande d'obtention de preuves par un tribunal arbitral, ce tribunal étatique est tenu de donner suite à une telle demande".

78. M. SEKHON (Inde) approuve le résumé du Président et appuie l'approche territoriale adoptée dans l'article 27, paragraphe 1. La définition du terme "Tribunal" donnée à l'article 2 ne conviendrait pas pour l'article 27 en ce qui concerne l'acheminement des demandes, qui sont souvent présentées par des organes ne faisant pas partie du système judiciaire d'un pays.

79. Le PRÉSIDENT suggère que l'on note dans le rapport que les règles en question s'appliquent non pas à l'acheminement des demandes mais seulement à leur présentation et à la suite qui doit leur être donnée.

80. *Il en est ainsi décidé.*

81. M. KADI (Algérie) approuve lui aussi le résumé présenté par le Président. En ce qui concerne la question soulevée par le représentant de l'Iraq, il voit un lien entre les articles 25 et 27 car tous deux traitent d'assistance. Si la proposition iraquienne était approuvée, il suggérerait le libellé suivant : "Dans une procédure arbitrale menée dans le présent Etat et conformément à l'article 6, le tribunal arbitral peut demander à un tribunal compétent une assistance pour l'obtention de pièces".

82. Le PRÉSIDENT dit que si personne ne s'y oppose, l'amendement pourrait être envoyé au comité de rédaction.

83. *Il en est ainsi décidé.*

84. M. LOEFMARCK (Suède) appelle l'attention sur la suggestion de son gouvernement (A/CN.9/263, p. 39, par. 6) selon laquelle il conviendrait d'inclure dans le texte une disposition stipulant expressément que le refus par une partie de produire des preuves qu'elle détient serait retenu contre elle. Si cette notion était généralement acceptée, il lui suffirait qu'il en soit simplement fait mention dans le rapport.

85. Le PRÉSIDENT dit que le rapport mentionnera la proposition et le fait que personne ne s'y est opposé.

86. *Il en est ainsi décidé.*

87. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) approuve le résumé du Président, mais demande si le champ d'application territorial serait énoncé dans l'article 27 ou dans un article distinct, comme le propose le secrétariat (A/CN.9/XVIII/CRP.12).

88. Le PRÉSIDENT dit que, pour le moment, le champ d'application territorial serait énoncé dans l'article 27, mais que cela pourrait se révéler superflu lors de l'examen de la proposition du secrétariat.

Paragraphe 2

89. M. LAVINA (Philippines) propose la suppression de la partie finale du paragraphe "soit en recueillant lui-même des preuves, soit en ordonnant que les preuves soient fournies directement au tribunal arbitral". Le texte de la disposition se terminerait ainsi par le mot "demande".

90. Le PRÉSIDENT dit que, si personne ne s'y oppose, il considérera que la Commission convient d'adopter le paragraphe 2 de l'article 27 ainsi modifié.

91. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 12 h 25.

326e séance

Lundi 17 juin 1985, à 14 heures

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 14 h 10.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264)

Article 28. Règles applicables au fond du différend

Paragraphe 1

1. M. BONELL (Italie) dit que sa délégation est favorable au paragraphe 1 parce que la plupart des législations nationales en vigueur sur l'arbitrage ne prévoient pas de règles applicables au fond du différend, ce qui crée des difficultés pour les différends de caractère international. Jusqu'à présent, on a résolu le problème en appliquant la loi du lieu de l'arbitrage, ou la loi applicable à la procédure arbitrale choisie par les parties, ou encore en laissant au tribunal arbitral le soin de décider des règles du droit international privé qu'il juge applicable en l'espèce. Ces deux solutions ne sont pas satisfaisantes; la première parce qu'il y a souvent très peu de rapport entre le lieu de l'arbitrage et le fond du différend et la seconde en raison de l'incertitude qu'elle peut provoquer. Dans les deux cas, on admet que, tout comme un tribunal national, le tribunal arbitral doit régler les différends selon les règles juridiques de fond d'un Etat donné. D'autre part, la délégation italienne estime que les parties devraient pouvoir "dénationaliser" le différend en prenant comme base pour son règlement des règles et des principes différents, figurant par exemple dans des conventions internationales, qu'elles soient ou non déjà en vigueur, des usages commerciaux reconnus ainsi que des principes et des règles communs aux systèmes juridiques nationaux de l'une et l'autre partie.

2. M. KIM (Observateur de la République de Corée) propose de modifier le titre de l'article 28 comme suit : "Règles et principes applicables au fond du différend". La première phrase du paragraphe 1 serait en conséquence modifiée comme suit : "le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles et aux principes de droit choisis par les parties". Il faudrait aussi supprimer le reste de la première phrase et la seconde, qui est superflue.

3. Pour M. SZASZ (Hongrie), le paragraphe 1 prévoit une méthode nouvelle pour le choix de la loi applicable au fond du différend. Le Gouvernement hongrois préférerait une conception plus traditionnelle, mais si ce paragraphe bénéficie d'un large soutien, il l'acceptera. Néanmoins, le terme "règles de droit" est une notion très imprécise qui donnera lieu à de nombreuses difficultés d'interprétation dans les législations nationales. Ceci ressort clairement des commentaires écrits sur cet article. M. Szasz recommande que tout pays adoptant ce terme en donne une définition. Il approuve la deuxième phrase du paragraphe 1, car elle fait utilement ressortir la situation en ce qui concerne les règles de conflit de lois.

4. Le PRÉSIDENT fait observer que, sans cette phrase, les parties pourraient constater que le système juridique de leur choix les renvoie de façon inattendue au système d'un troisième Etat.

5. M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) est favorable au texte actuel de la première phrase et trouve justifié que l'autonomie des parties soit étendue à la faculté de désigner la loi applicable. Il est grand temps de donner aux parties une gamme d'options nouvelles et plus larges pour le choix des règles de droit qui peuvent être applicables au règlement des différends commerciaux internationaux. La délégation des Etats-Unis approuve également la seconde phrase de ce paragraphe.

6. M. SEKHON (Inde) estime que le texte actuel du paragraphe 1 pourrait créer une confusion inopportune et préférerait le remplacer par la formule figurant au paragraphe 1 de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

7. M. BOGGIANO (Observateur de l'Argentine) estime que le texte du paragraphe 1 devrait être approuvé, étant entendu que l'expression "règles de droit" ne désigne pas exclusivement la législation nationale d'un Etat donné; les parties pourraient ainsi faire également appliquer à leur différend les règles et pratiques internationales ou les conventions internationales. Vu l'ampleur du champ d'application de la loi type et la large interprétation qu'elle donne au terme "commercial", un grand nombre de relations pourraient être soumises à l'arbitrage. Il y a donc lieu de donner aux parties l'autonomie la plus étendue, dans les limites fixées par la loi type eu égard à l'ordre public, pour décider des règles applicables à des relations contractuelles complexes.

8. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) rappelle que sa délégation a déjà, dans ses observations écrites (A/CN.9/263, p. 40, par. 3), fait savoir qu'elle était satisfaite du large éventail d'options offert aux parties aux paragraphes 1 et 3 de l'article 28. Telle qu'il la comprend, l'expression "règles de droit" donne aux parties la possibilité de retenir comme applicable une combinaison de règles empruntées à plusieurs systèmes juridiques. Cette faculté découle des dispositions du paragraphe 3; en effet, si les parties sont libres de convenir que le tribunal statuera *ex aequo et bono*, elles doivent l'être également de convenir de l'application de certaines règles juridiques, quelle qu'en soit l'origine. La délégation de la République fédérale d'Allemagne est favorable à l'adoption du paragraphe 1 dans sa rédaction existante.

9. M. ROEHRICH (France) approuve sans réserve le texte du paragraphe 1. Le principe de l'autonomie des parties exige que celles-ci aient la liberté de retenir comme répondant à leurs besoins, une combinaison de règles de droit correspondant à différents systèmes juridiques ou usages commerciaux ou à des conventions internationales non encore en vigueur. Il approuve également l'interdiction des renvois non intentionnels faite à la deuxième phrase du paragraphe 1.

10. M. GRAHAM (Observateur du Canada) est favorable au maintien du paragraphe 1 tel qu'il est présenté.

11. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) se réfère aux observations écrites de sa délégation sur le paragraphe 1 (A/CN.9/263, p. 41, par. 5), dans lesquelles celui-ci a émis le désir de voir traiter cette question complexe et controversée d'une manière plus traditionnelle que celle retenue dans le paragraphe. Au lieu de la notion très vague de "règles de droit", c'est celle de "droit" qui devrait figurer dans ce paragraphe puisque ce terme est compris tel qu'il est utilisé dans les conventions internationales en vigueur ainsi que dans les règlements de la CNUDCI et d'autres documents internationaux analogues. C'est l'approche traditionnelle; elle s'est révélée efficace dans la pratique et sera comprise par les personnes qui appliqueront la loi type. L'expression "règles de droit" est une innovation dont l'utilisation n'a pas été réellement justifiée ni bien définie par ceux qui l'ont proposée. M. Lebedev convient avec eux que les parties devraient avoir la possibilité de retenir les lois de plusieurs pays et non celle d'un seul, conformément au processus amorcé par l'introduction dans la jurisprudence française de la notion dite de "dépeçage". Toutefois, l'utilisation de l'expression "règles de droit" ne résout pas cette question qui devra être tranchée par l'application des règles nationales de conflit de lois et des conventions internationales pertinentes.

12. Ceux qui proposent de modifier la pratique ont également fait valoir qu'il fallait permettre aux arbitres de régler les différends sur la base des règles désignées par les parties. Ce problème devrait se régler au niveau des stipulations du contrat entre les parties qui pourraient renvoyer aux règles types ou aux contrats types existant dans différents domaines d'activité. L'argument a également été avancé que les parties devraient être libres de demander l'application des usages commerciaux. De l'avis de M. Lebedev, il vaudrait mieux, pour régler ces questions, adopter *expressis verbis* l'approche énoncée au paragraphe 3 de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui exige des arbitres qu'ils appliquent les stipulations du contrat et tiennent compte des usages du commerce. Cette solution répondrait directement aux desiderata dont il a fait mention et que l'utilisation de l'expression vague "règles de droit", dans le présent texte, ne satisfait qu'indirectement.

13. M. KADI (Algérie) appuie les modifications proposées par le représentant de l'Union soviétique. Il est favorable au texte du paragraphe 1 à tous autres égards.

14. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) ne trouve pas lui non plus satisfaisante l'expression "règles de droit". Le représentant de l'Union soviétique a souligné que son utilisation visait, semble-t-il, à permettre le processus dit du dépeçage. La Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles a marqué une progression dans cette direction en autorisant l'application de lois différentes aux différentes parties d'un contrat; toutefois, elle l'a fait à titre exceptionnel, alors que le présent texte du paragraphe 1 peut faire passer le dépeçage pour la règle fondamentale. Pareille disposition risque de permettre la fragmentation du contrat en un trop grand nombre de parties. C'est pourquoi la délégation helvétique préférerait un texte inspiré du paragraphe 1 de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

15. M. OLUKOLU (Nigéria) pourrait difficilement accepter le paragraphe 1. De même que les représentants de l'Inde et de l'URSS, il serait partisan d'adopter les règles de la CNUDCI sur ce point.

16. M. DUCHEK (Autriche) a des vues très proches de celles du représentant de la Hongrie. La délégation autrichienne peut accepter l'énoncé actuel du paragraphe 1 mais elle pourrait accepter qu'il soit fait mention de la notion de "droit" plutôt que de "règles de droit". On pourrait, à son avis, laisser les parties combiner des lois appartenant aux systèmes juridiques de plusieurs pays mais ce genre d'arrangement se rencontre rarement dans les contrats. Quant aux conventions internationales, le fait que des parties énoncent les règles qui régiront leur contrat ou qu'elles fassent une référence générale explicite à la convention pertinente, par exemple la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980) de l'ONU, est un détail technique. Bien qu'il ne partage pas les préoccupations du représentant de l'URSS, il juge essentiel d'indiquer clairement dans le rapport comment la Commission comprend le paragraphe. La référence faite dans le commentaire du secrétariat aux "règles de droit", à savoir que "ceci élargit le choix" qu'ont les parties (A/CN.4/264, p. 61, par. 4) est beaucoup trop vague pour tenir lieu d'éclaircissement.

17. M. STROHBACH (République démocratique allemande) partage les vues exprimées par le représentant de l'URSS. Il aimerait également que le paragraphe fasse référence aux termes du contrat et aux usages commerciaux et le terme "loi" bien connu dans ce contexte y soit utilisé plutôt que l'expression "règles de droit". C'est pourquoi il préconise de modifier l'énoncé du paragraphe 1 en s'inspirant du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

18. M. GOH (Singapour) trouve tout à fait satisfaisant le projet de texte existant qui tient compte des pratiques largement acceptées. A son avis, les termes "règles de droit" et "loi" ont le même sens et toute distinction faite entre les deux est pour une bonne part affaire de sémantique.

19. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) préférerait le terme "loi" à l'expression "règles de droit" car de nombreux juristes qui ont été consultés en Finlande comprenaient mal le sens de cette expression. Cependant, qu'il s'agisse du fond ou de la pratique, la différence entre les deux termes est mince et si beaucoup de délégations sont résolument en faveur de l'expression "règles de droit", la délégation finlandaise pourra l'accepter.

20. Pour M. SAWADA (Japon), la loi d'une part et une décision *ex aequo et bono* d'autre part peuvent être considérées comme les deux pôles entre lesquels se situent entre autres les règles appliquées par les hommes d'affaires et les associations commerciales. Comme le représentant de la République fédérale d'Allemagne, il pense que les termes "règles de droit" doivent être interprétés dans un sens large qui corresponde à cette position intermédiaire permettant de s'écarter des dispositions de la loi. Bien que le représentant de l'Union soviétique ait indiqué que l'expression était trop vague, la notion classique de loi serait trop étroite. Peut-être la Commission devrait-elle ajouter "usages commerciaux" à l'expression "règles de droit" aux paragraphes 1 et 2 pour couvrir pleinement le domaine considéré.

21. M. ENAYAT (Observateur de la République islamique d'Iran) préférerait que le libellé des paragraphes 1 et 3 de l'article 33 du Règlement de la CNUDCI soit utilisé pour les paragraphes 1 et 2 de l'article 28 de la loi type. Il peut accepter le texte proposé par le Groupe de travail pour le paragraphe 3 de l'article 28.

22. Mme DASCALOPOULOU-LIVADA (Observateur de la Grèce) hésiterait à accepter la première phrase du premier paragraphe de l'article 28 proposée dans le projet de texte : l'expression "règles de droit" permet aux parties d'opter pour n'importe quelle solution extravagante et notamment d'appliquer une combinaison de règles empruntées à divers systèmes juridiques et peut-être même aussi à un instrument juridique international qui pourra être ou ne pas être en vigueur. Elle préférerait voir utiliser le texte du paragraphe 1 de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI où le terme "loi" est utilisé. Quant à la deuxième phrase, elle peut accepter l'énoncé proposé par le Groupe de travail.

23. M. PELICHET (Observateur, Conférence de La Haye de droit international privé) dit que si l'expression "règles de droit" permet un dépeçage ou démembrement, il serait dommage d'exclure cette option en revenant à l'énoncé du Règlement de la CNUDCI car la tendance actuelle en droit international privé est d'autoriser le dépeçage. De plus, si l'on admet que les "règles de droit" font référence à des lois qui n'ont pas été promulguées par un Etat, rien ne limitera l'autonomie des parties. Ce qui compte au premier chef, c'est que les parties soient totalement libres de choisir pour leur contrat les règles qui leur plaisent.

24. M. PAULSSON (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) dit que dans la pratique un contrat ne fait pour ainsi dire jamais référence à plusieurs législations nationales; cependant, des parties stipulent souvent qu'une certaine partie d'une législation ne s'appliquera pas à un contrat. A titre d'exemple, on considère souvent que le caractère neutre de la législation helvétique le recommande pour des contrats internationaux mais qu'il ouvre trop largement la porte à la compensation ordonnée par les tribunaux. C'est pourquoi les parties acceptent souvent d'appliquer le droit helvétique au règlement de leurs différends en introduisant une exception relative aux dispositions instituant la compensation ordonnée par un tribunal. Si le terme "loi" est incorporé dans le texte, les arbitres risquent d'être tentés d'en conclure que les parties ont fait un choix qui n'est pas approprié.

25. M. RAMOS (Observateur du Portugal) approuve le texte existant et notamment la référence aux "règles de droit" qui élargit l'éventail des possibilités de choix offertes aux parties.

26. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) approuve sans réserve le texte existant. Les contrats comportent souvent une référence au texte d'une loi telle qu'elle a été rédigée à un moment donné mais stipulent que tous amendements ultérieurs à cette loi ne s'appliqueront pas nécessairement au contrat.

27. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) suggère de régler le problème qui se pose à la Commission en utilisant la formule "la loi et/ou les règles de droit".

28. M. ROEHRICH (France) souligne que l'important est que les parties aient le droit de choisir pour le règlement de leur différend un ensemble de règles, ne figurant pas nécessairement dans une loi formelle, qui permetront aux arbitres de trancher le litige de façon aussi souple que possible. Avant tout, les parties tiennent à être assurées que le différend sera réglé sur la base de règles connues, qu'il s'agisse d'usages, des dispositions d'une convention non encore en vigueur ou de la législation d'un pays tiers.

29. M. BONELL (Italie) pense qu'actuellement les parties à une convention d'arbitrage n'ont le choix qu'entre deux solutions : demander au tribunal de fonder sa décision sur une loi, ou le charger de statuer *ex aequo et bono*. Le paragraphe 1 de l'article 28 vise à indiquer qu'il existe d'autres possibilités, comme l'application des règles de droit de tel ou tel pays ou les dispositions d'une convention non encore en vigueur. Si la Commission reprenait le terme traditionnel "loi", elle se priverait d'une occasion unique d'aider les parties à surmonter les nombreuses difficultés qu'elles rencontrent du fait précisément que le système actuel les place devant une alternative.

30. M. SZASZ (Hongrie) indique que l'arbitrage commercial international a évolué de telle façon que les parties peuvent désormais choisir comme loi applicable à leurs différends celle de tout Etat. Il leur est également loisible de compléter les dispositions non impératives de la loi par des règles conformes à leur intention expresse ou présumée et certains Etats admettent aujourd'hui que, si les parties ne formulent pas expressément un choix, il n'est pas nécessairement statué *ex aequo et bono* et qu'un autre type de procédure peut être appliqué. La loi type doit autoriser les parties à choisir comme droit applicable, les dispositions de conventions non encore en vigueur. La formule "dépeçage", au paragraphe 1 de l'article 28, serait plus restrictive de la liberté des parties que l'expression "règles de droit" qui est beaucoup plus générale. La solution traditionnelle, à savoir l'emploi du mot "loi", permettrait aussi aux parties de choisir des règles distinctes pour certaines obligations.

31. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) est d'avis que le concept de "dépeçage", qui correspond à une pratique largement admise, devrait être inséré dans le texte de l'article.

32. M. BONELL (Italie) indique que sa délégation ne peut accepter cette formule.

33. Le PRÉSIDENT dit que, bien que le désaccord semble subsister sur le sort du paragraphe 1, l'idée de remplacer l'expression "règles de droit" par le terme "loi" recueille un appui considérable, cette dernière notion étant néanmoins entendue dans un sens plus large qu'auparavant eu égard à l'évolution de la pratique en matière d'arbitrage commercial international. Il semble par ailleurs être largement admis que le paragraphe devrait au moins envisager d'autoriser les par-

ties à procéder à l'opération dite "dépeçage", c'est-à-dire à désigner différentes règles applicables respectivement à différentes parties du contrat.

34. Il considérera par conséquent, si aucune délégation ne s'y oppose, que la Commission souhaite remplacer l'expression "règles de droit" par le terme "loi" à la première phrase du paragraphe 1, renvoyer le paragraphe au comité de rédaction en chargeant celui-ci d'y insérer une formule consacrant la notion de "dépeçage", et exposer dans le rapport que le mot "loi" doit être entendu dans un sens plus large que par le passé.

35. *Il en est ainsi décidé.*

36. De l'avis de M. TORNARITIS (Chypre), il est cohérent de remplacer dans le texte anglais du paragraphe 1 l'expression "*rules of law*" par le mot "*law*" vu qu'au paragraphe 2, le mot "*law*" est également employé. Le problème qui s'est posé à la Commission tient en partie au fait que la langue anglaise n'emploie qu'un mot pour désigner les deux notions de "droit" et de "loi" en français. Au paragraphe 1, il s'agit selon lui de principes de droit plutôt que de règles législatives. Ainsi, le paragraphe 1 laisserait toute latitude aux parties pour adopter les principes de droit de leur choix, et à défaut d'une telle désignation de leur part, la loi applicable serait celle visée au paragraphe 2.

Paragraphe 2

37. M. BONELL (Italie) retire l'amendement proposé par la délégation de son pays dans ses observations écrites (A/CN.9/263, p. 41, par. 7).

38. M. SAWADA (Japon) relève que la mention de la règle de conflit de lois au paragraphe 2 est conforme au paragraphe 1 de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il est favorable à la suppression de la référence aux règles de conflit de lois pour deux raisons : premièrement, il serait plus simple de désigner directement la loi applicable au fond; deuxièmement, les règles de conflit de lois ne porteraient que sur les "lois" au sens étroit du terme, ce qui ne serait pas conforme à la décision qui vient d'être prise de donner un sens large à ce mot au paragraphe 1.

39. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) précise que, dans ses observations écrites, la délégation de son pays a formulé des réserves sur le paragraphe 2, mais qu'elle est maintenant disposée à allouer aux arbitres un plus grand pouvoir qu'elle ne l'avait alors estimé souhaitable. Elle retire par conséquent l'objection qu'elle avait opposée à ce paragraphe, qui est en harmonie avec la Convention européenne de 1961, les règles de la Chambre de commerce internationale et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

40. M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) indique que la délégation des Etats-Unis est parvenue à la conclusion qu'il faut supprimer la clause relative au conflit de lois, pour consacrer une conception souple et moderne de la procédure d'arbitrage commercial international. A cet égard, il approuve les observations écrites de la Suède (A/CN.9/263, p. 40, par. 2) et celles de la Chambre de commerce internationale (A/CN.9/263/Add.1, art. 28, p. 16, par. 1).

41. La délégation de son pays a vivement recommandé que le paragraphe 3 ou un autre passage de l'article vise les stipulations du contrat et les usages du commerce. Cette référence a été supprimée du projet de texte par le Groupe de travail sur les pratiques en matière de contrats internationaux au cours de sa sixième session (A/CN.9/245, par. 99). Elle figure toutefois au paragraphe 3 de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et a été adoptée et recommandée par l'Assemblée générale comme constituant une clause acceptable par des pays dotés de systèmes juridiques différents. Elle figure aussi au paragraphe 1 de l'article VII de la Convention européenne de 1961.

42. M. STROHBACH (République démocratique allemande) pense que le paragraphe 2 devrait être maintenu tel quel puisqu'il est en harmonie avec la Convention européenne de 1961.

43. M. BOGGIANO (Observateur de l'Argentine) est partisan de supprimer toute référence à la règle de conflit de lois, ce qui permettra de donner un sens plus large au terme "loi", s'accordant mieux avec son emploi au paragraphe 1. La délégation de l'Argentine serait d'accord sur cette suppression, étant entendu que les arbitres pourraient appliquer une règle de conflit de lois s'ils l'estimaient nécessaire, mais qu'ils pourraient aussi employer des moyens plus directs de déterminer la loi applicable.

44. De l'avis de M. ROEHRICH (France), le fait que la référence à la règle de conflit de lois soit contraire à la pratique moderne de l'arbitrage commercial international justifie sa suppression.

45. Mme RATIB (Egypte) est favorable au maintien du paragraphe 2 tel qu'il est présenté. Il faut se souvenir que, aux termes de l'alinéa 2 *c* de l'article premier, les parties à un différend peuvent convenir expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays; en d'autres termes, deux ressortissants du même pays peuvent convenir que l'objet de l'arbitrage a un caractère international. La procédure d'arbitrage peut donc avoir lieu sur le territoire des deux ressortissants mais les arbitres seront libres de décider d'appliquer la loi d'un Etat différent. Mme Ratib se demande si une telle possibilité est souhaitable.

46. M. LOEFMARCK (Suède) rappelle que dans ses observations écrites au sujet de l'article dans son ensemble (A/CN.9/263, p. 40, par. 2), la Suède avait estimé que les règles concernant le choix du droit applicable traduisait une conception assez traditionnelle de la question et que si ce texte était adopté, on risquerait de contrarier la tendance à un libre jugement sur le choix du droit applicable. La délégation suédoise est donc favorable à la suppression de la mention au paragraphe 2 des règles de conflit de lois.

47. M. SZASZ (Hongrie) préférerait que la Commission laisse le texte inchangé et il s'inquiète de la relation entre le paragraphe 1 et le paragraphe 2. Si le mot "loi" est considéré comme désignant des choses qui n'entrent pas réellement dans la définition de la loi, il sera difficile d'être sûr de la signification du paragraphe 2 et on sera conduit à mettre ce paragraphe sur le même plan que le paragraphe 1 en ce qui concerne la question de la loi applicable. Cependant, la délégation hongroise n'a pas de forte objection à la suppression du paragraphe 2 car il existe certainement dans le droit commercial international une tendance du genre décrit par le représentant de la Suède.

48. M. GRIFFITH (Australie) approuve la suppression de la référence au conflit des lois. Il estime que le lien entre les paragraphes 1 et 2 est suffisamment bien établi.

49. M. BONELL (Italie) est lui aussi favorable à la proposition du Japon. Le mot "loi" tel qu'il est utilisé au paragraphe 1 devrait être expliqué dans le rapport. Pour ce qui est de l'utilisation de ce terme au paragraphe 2, il devrait être entendu que les législateurs nationaux devront considérer les

deux paragraphes l'un par rapport à l'autre lorsqu'ils transféreront les dispositions de la loi type dans leur propre législation.

50. M. SAMI (Iraq) estime que la suppression de la référence aux règles de conflit de lois rendrait le paragraphe 2 compatible avec le paragraphe 1.

51. M. TANG Houzhi (Chine) préférerait que la Commission laisse les deux paragraphes tels qu'ils sont. Il s'oppose à la suppression au paragraphe 2 de la référence au conflit de règles de droit car, à son avis, faute de cette référence, le tribunal arbitral dans la plupart des cas appliquera vraisemblablement la loi du lieu de l'arbitrage. En outre, c'est le libellé utilisé dans les règles d'arbitrage de la CNUDCI.

52. M. MATHANJUKI (Kenya) doute de l'opportunité de la suppression du paragraphe 2 car on donnerait trop de pouvoir au tribunal arbitral, en particulier lorsque les deux parties appartiennent à deux systèmes juridiques différents. Le tribunal arbitral devrait avoir à prendre en considération la loi la plus étroitement liée à l'exécution du contrat.

53. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) voudrait qu'on laisse le paragraphe 2 en l'état. Le texte représente un compromis bien connu qui a été réalisé en 1961 au cours de l'élaboration de la Convention européenne. L'objet du compromis est d'établir les conditions voulues de certitude et de prévisibilité dans le choix par les arbitres de la loi applicable. Ceux-ci auront à choisir dès le début du conflit un système sur la base duquel ils détermineront la loi applicable. La suppression de la référence aux règles de conflit de lois donnerait aux arbitres la liberté absolue de choisir la loi applicable, ce qui créerait un précédent inacceptable pour de nombreux pays. L'acceptation du texte proposé est donc, de l'avis de l'Union soviétique, la meilleure solution.

54. M. GRAHAM (Observateur du Canada) est favorable, pour les raisons exposées par des orateurs précédents, à la suppression de la référence aux règles de conflit de lois.

55. De l'avis de M. DUCHEK (Autriche), s'il est vrai que dans les questions d'arbitrage commercial international, la prévisibilité est un critère important, il ne sait cependant pas si le texte existant répondrait mieux à ce critère que le libellé qui résulterait de la suppression. Les règles de conflit de lois sont elles-mêmes très souples et peuvent fort bien permettre de recourir à la loi la plus étroitement liée à l'objet du différend. Le paragraphe, tel qu'il est, peut conduire à une situation où les parties pourraient être surprises de la désignation finale de la loi applicable. Si elles avaient prévu cette possibilité, elles auraient peut-être été plus enclines à décider d'un commun accord du choix de la loi. Il importe donc que les arbitres informent dès que possible les parties des règles de droit sur lesquelles sera fondée leur décision.

56. Selon la délégation autrichienne, maintenir la mention des règles de conflit de lois n'aurait guère d'incidence sur la situation, mais supprimer cette mention obscurcirait la relation entre le paragraphe 1 et le paragraphe 2. Dans l'intérêt de l'autonomie des parties, on pourrait interpréter le mot "loi" utilisé dans le paragraphe 1 comme couvrant des conventions qui ne sont pas encore en vigueur. La situation est différente en ce qui concerne le paragraphe 2, puisque "loi" signifierait le droit interne existant. En conséquence, il serait peut-être souhaitable que la Commission réexamine sa décision de remplacer, dans le paragraphe 1, les mots "règles de droit" par le mot "loi", si elle entend restreindre, dans le paragraphe 2, la portée du mot "loi" aux règles de droit interne. Si la Commission en faisait ainsi, la délégation autrichienne pourrait accepter la suppression de la mention des règles de conflit de lois.

La séance est levée à 17 h 5.

327e séance

Lundi 17 juin 1985, à 19 heures

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 19 h 5.

Arbitrage commercial international (*suite*)
(A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/SR.263 et Add.1 et 2; A/CN.9/264)

Article 28. Règles applicables au fond du différend (suite)

1. M. KIM (Observateur de la République de Corée) ne voit pas la nécessité d'inclure les mots "conflit de lois", mais propose, à titre de compromis, d'insérer après les mots "règles de conflits de lois", les mots "et/ou les règles et principes généraux du droit international privé". Il propose également une clause supplémentaire indiquant que lorsque les parties sont d'accord, ou que le tribunal arbitral l'estime nécessaire, ce dernier peut appliquer toute coutume ou usage établi du commerce international.

2. Le PRÉSIDENT dit que cette proposition entraînerait le réexamen du paragraphe 1 de l'article 28, car il donnerait des pouvoirs plus étendus aux arbitres qu'aux parties, ce qui serait l'inverse de la situation actuelle.

3. M. TANG Houzhi (Chine) pense que la suppression des mots "conflit de lois" pourrait conduire à une situation dans laquelle les tribunaux des pays en développement seraient exclus. Lorsque les parties désignent dans leur convention un pays tiers comme lieu d'arbitrage, mais omettent d'indiquer quelle loi s'appliquerait, il est probable que ce serait la loi du pays tiers, car on considérerait que telle était l'intention des parties. Or, si l'on retient la référence aux règles de conflit de lois, le tribunal arbitral utiliserait ces règles pour déterminer la loi à appliquer et si l'une des parties est un pays en développement, la loi de ce pays pourrait donc être envisagée comme loi applicable. Cette possibilité d'appliquer la loi d'un pays en développement ne devrait pas être exclue.

4. Il pense que la cohérence entre les paragraphes 1 et 2 n'est pas l'élément le plus important. Pour éviter qu'il y ait contradiction, il serait préférable en tout état de cause de maintenir le texte tel qu'il a été rédigé par le Groupe de travail.

5. M. SEKHON (Inde) préférerait que le paragraphe 1 de l'article 28 ait la même formulation que l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Sa délégation pense désormais que le paragraphe 2 de l'article 28 devrait être maintenu tel quel, puisque la suppression de la référence au "conflit de

lois" donnerait au tribunal arbitral une trop grande latitude. Il serait prudent de conserver un certain degré de contrôle.

6. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) est favorable à la suppression des mots "conflit de lois" car ils n'apportent pas grand chose aux pouvoirs du tribunal. En tout état de cause, un tribunal arbitral devra justifier son choix de la loi applicable. En vertu du paragraphe 2 de l'article 28 tel qu'il est rédigé, il devra justifier en plus son choix des règles de conflit de lois, de sorte qu'il faudra deux justifications. M. Volken craint également que le choix des règles de conflit de lois et la justification de ce choix ne soient influencés par le résultat souhaité. La suppression de la référence au conflit de lois n'exclut pas qu'il y ait choix par les arbitres; c'est donc la meilleure solution.

7. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) pense que le paragraphe 2 de l'article 28 devrait être maintenu tel quel.

8. M. BONELL (Italie) rappelle que la Commission, malgré des opinions divisées, a accepté la modification (remplacement de "règles de droit" par "loi") au paragraphe 1; en bonne logique, elle devrait maintenant accepter la modification proposée pour le paragraphe 2 (suppression de "conflit de lois"), au sujet de laquelle les opinions sont également partagées. Mais comme cela ne serait pas satisfaisant, il propose, à titre de compromis, que l'on revienne sur la décision relative au paragraphe 1 et que l'on maintienne à la fois le paragraphe 1 et le paragraphe 2 tels qu'ils sont rédigés.

9. Le PRÉSIDENT dit que le paragraphe 1 a déjà fait l'objet d'une décision. La difficulté, dans le cas du paragraphe 2, est que sans la référence au conflit de lois, il ne sera plus en harmonie avec le paragraphe 1. En outre, les opinions sur ce point sont également partagées.

10. M. JOKO-SMART (Sierra Leone) pense que les paragraphes 1 et 2 doivent être pris ensemble. Une fois que les parties ont choisi la loi à appliquer, cette loi couvre à la fois les règles juridiques de fond et les règles de conflit de lois. Ainsi, il n'est pas nécessaire d'essayer de les distinguer.

11. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) dit qu'il est clair que les arbitres doivent utiliser certaines règles pour déterminer la loi applicable, et il appuie la proposition du représentant de l'Italie.

12. M. RUZICKA (Tchécoslovaquie) dit que sa délégation appuie le texte tel qu'il se présente. Se référant aux commentaires de l'observateur de la Suisse, il souligne que le tribunal arbitral devrait porter principalement son attention sur le contrat, et par conséquent se préoccuper d'abord des règles de conflit de lois.

13. M. KADI (Algérie) est favorable au maintien du paragraphe 2 de l'article 28 tel qu'il se présente.

14. M. MOURA RAMOS (Observateur du Portugal) est partisan de conserver le paragraphe 2 de l'article 28 tel qu'il est rédigé. En ce qui concerne le problème soulevé par l'observateur de la Suisse, il estime qu'une fois que le choix des règles de conflit de lois a été justifié, aucune justification supplémentaire n'est nécessaire. En outre, la suppression des mots "conflit de lois" aurait pour effet de donner aux arbitres une marge de manœuvre trop étendue car ils pourraient appliquer n'importe quelle règle juridique de fond de leur choix.

15. M. LAVINA (Philippines) est partisan de conserver le paragraphe 2 sous sa forme actuelle pour les raisons exposées par plusieurs représentants et notamment par ceux de l'Union soviétique, de la Chine et du Japon. Il pense également qu'il faut assurer l'harmonie entre les paragraphes 1 et 2 et que, par conséquent, il est préférable de conserver les mots "conflit de lois" dans le paragraphe 1. Pour ce qui est de la conduite des travaux, il faudrait conserver le texte établi par le Groupe de travail lorsque des points de vue divergents rencontrent un écho identique.

16. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) dit qu'en réalité l'article 28 n'est rien de plus qu'une directive étant donné qu'aucune sanction n'est prévue dans la loi type en cas de non-respect de ses dispositions. Par exemple, il n'est pas possible d'annuler la décision arbitrale en vertu de l'article 34 si les arbitres n'ont pas appliqué la loi qui devait l'être. Une directive peut être utile si l'on s'est mis d'accord sur son contenu, mais comme les membres de la Commission ne parviennent pas à s'entendre sur le contenu à donner à cet article, il est sans doute préférable d'adopter une solution plus radicale et de supprimer entièrement les paragraphes 1 et 2.

17. M. ROEHRICH (France) estime impossible de passer sous silence la question du choix de la loi régissant l'arbitrage dans une loi sur l'arbitrage commercial international et appuie les observations faites par le représentant des Philippines. Enfin, en ce qui concerne le choix des règles d'arbitrage, il est normal que les parties aient une plus grande liberté que le tribunal arbitral.

18. M. LOEFMARCK (Suède) est d'accord avec le représentant de l'Union soviétique. Il pense qu'il faudrait supprimer au moins la première phrase du paragraphe 1 et la totalité du paragraphe 2. Toutefois, sa délégation est également en mesure d'accepter le texte élaboré par le Groupe de travail pour ces deux paragraphes.

19. M. GRIFFITH (Australie) dit que, si l'on prend l'article 28 dans son ensemble, il est préférable que la Commission conserve le texte établi par le Groupe de travail. Lorsqu'une modification ne rencontre pas d'appui véritable, il y a lieu de conserver le texte mis au point par ce dernier.

20. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) propose d'inclure dans le texte les deux variantes proposées pour le paragraphe 1 et de laisser à chaque Etat le soin de choisir celle qu'il juge appropriée. Il serait alors possible de conserver le paragraphe 2 sous sa forme actuelle.

21. M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) s'oppose à ce que l'on supprime les paragraphes 1 et 2. Ces deux dispositions sont interdépendantes et ont fait l'objet d'un examen approfondi au sein du Groupe de travail qui en a arrêté le texte par consensus. Il lui paraît donc judicieux d'accepter le texte sous sa forme actuelle. Il n'est pas favorable à l'idée de laisser plusieurs options, car le rôle de la Commission est de donner des directives.

22. M. JOKO-SMART (Sierra Leone) pense comme les représentants des Etats-Unis et de la France que l'article 28 ne peut pas être omis. Il peut, quant à lui, accepter le texte sous sa forme actuelle.

23. M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) propose d'ajouter un nouveau paragraphe 3 stipulant à l'instar du paragraphe 3 de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI que le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.

24. Mme VILUS (Yougoslavie) appuie la proposition des Etats-Unis, mais formule des réserves en ce qui concerne la

mention des stipulations du contrat et l'emploi des mots "tient compte".

25. M. BONELL (Italie) retire la proposition écrite de l'Italie tendant à ajouter une disposition au texte actuel du paragraphe 3 de l'article 28 (A/CN.9/263, p. 42, par. 11).

26. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) suggère de faire ressortir dans le libellé l'équivalence des expressions *ex aequo et bono* et amiable compositeur — par exemple en plaçant *ex aequo et bono* entre crochets après "amiable compositeur" dans le texte français, et *vice versa* dans le texte anglais — afin d'éviter qu'elles puissent être interprétées comme désignant des procédures différentes.

27. Le PRÉSIDENT pense qu'il s'agit d'un problème de rédaction. Il espère que le nouveau paragraphe 3 concernant les usages dont l'ajout est proposé reprendra le libellé du paragraphe 3 de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI car cela éviterait des débats prolongés au stade de la rédaction.

28. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) appuie la suggestion tendant à calquer le nouveau paragraphe 3, dont l'ajout à l'article 28 est proposé sur le paragraphe 3 de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

29. M. AYLING (Royaume-Uni) juge indispensable d'ajouter la règle proposée par le représentant des Etats-Unis, laquelle est similaire à celle figurant dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, car le tribunal arbitral a pour obligation première de déterminer la question litigieuse en appliquant les stipulations du contrat. Sa délégation appuie donc sans réserve la proposition des Etats-Unis.

30. M. PELICHET (Observateur, Conférence de La Haye de droit international privé) affirme qu'il y a une contradiction entre l'article 28 et l'article 2, alinéa *c* qui permet aux parties, lorsque la "présente Loi" les y autorise, de décider de certaines questions telles que l'attribution de l'autorité de décision à un tiers ou à une institution. Premièrement, il n'est certainement pas dans l'intention du Groupe de travail d'autoriser un organisme tel que la Chambre de commerce internationale à prendre une décision sur la loi à appliquer à un différend de fond. Deuxièmement, même si les parties laissaient aux arbitres le soin de le faire, cela entrerait en conflit avec les dispositions de l'article 28 aux termes duquel le tribunal arbitral est tenu de trancher le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties. Si les deux dispositions demeurent inchangées, les arbitres ne sauront pas s'ils ont la liberté de choix ou s'ils sont liés par l'article 28. La Conférence de La Haye a donc proposé d'inclure à l'alinéa *c* de l'article 2 une réserve concernant l'article 28 (A/CN.9/263/Add.1, p. 5, fin du par. 2).

31. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) déclare qu'il est d'accord avec l'observateur de la Conférence de La Haye. L'alinéa *c* de l'article 2 est destiné à traiter des aspects techniques et non du choix des règles juridiques de fond applicables.

32. M. BOGGIANO (Observateur de l'Argentine) fait sienne l'opinion exprimée par l'observateur de la Conférence de La Haye.

33. M. AYLING (Royaume-Uni) déclare ne pouvoir accepter la proposition selon laquelle un différend concernant le droit applicable ne peut pas être tranché par un tribunal arbitral, car il ne diffère en rien d'un autre.

34. M. ROEHRICH (France) dit que les dispositions de l'alinéa *c* de l'article 2 ne concernent que les aspects fonctionnels liés à la constitution d'un tribunal arbitral. Elles ne s'étendent pas aux questions de fond dont traite le paragraphe 2 de l'article 28.

35. M. MATHANJUKI (Kenya) voudrait éviter qu'à ce stade tardif on rouvre la discussion sur les définitions contenues à l'alinéa *c* de l'article 2.

36. M. STROHBACH (République démocratique allemande) estime qu'une solution consisterait à stipuler à l'alinéa *c* de l'article 2 à quel endroit de la loi type les parties sont libres de décider de certaines questions.

37. Le PRÉSIDENT estime qu'il s'agit là d'un problème de rédaction et invite l'observateur de la Conférence de La Haye et le représentant de la République démocratique d'Allemagne à soumettre un projet de texte à l'examen de la Commission.

38. En ce qui concerne l'article 28 pris dans son ensemble, le sentiment de la Commission semble être que le paragraphe 1 devrait, contrairement à la décision antérieure, être retenu tel qu'il a été rédigé par le Groupe de travail, que le paragraphe 2 devrait également rester tel qu'il a été rédigé par le Groupe de travail, qu'un nouveau paragraphe 3, correspondant au paragraphe 3 de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, devrait être inséré, et que l'ancien paragraphe 3 devrait être renuméroté 4.

39. *Il en est ainsi décidé.*

Article 29. Prise de décisions par plusieurs arbitres

40. M. GRIFFITH (Australie) suppose que la mention d'un "arbitre-président" à l'article 29 implique que cet arbitre-président sera le troisième arbitre choisi par les arbitres désignés par les parties. D'après son interprétation, il est également implicitement admis dans la loi type qu'en l'absence d'une volonté contraire expressément formulée, il n'est pas nécessaire que les arbitres soient physiquement présents pour prendre des décisions. Les décisions peuvent être prises par téléphone, télex ou autres moyens de communication analogues; ce point devrait être consigné dans le commentaire sur la loi type, à l'intention des législateurs nationaux.

41. Des difficultés ne sauraient manquer de surgir si, comme le stipule la deuxième phrase de l'article 29, le tribunal arbitral est habilité à autoriser l'arbitre-président à trancher les questions de procédure. En effet, du moins dans les pays de *common law*, la distinction entre les questions de procédure et les questions de fond n'est pas toujours très nette. Cela n'est pas important lorsque ce sont les parties qui autorisent l'arbitre-président à prendre les décisions et non le tribunal arbitral. Afin d'éviter également tout conflit possible entre les arbitres sur ces questions, il propose donc de supprimer les mots "ou le tribunal arbitral".

42. Le PRÉSIDENT pense que la Commission pourrait peut-être décider qu'il serait suffisant de mentionner dans le rapport les questions évoquées par le représentant de l'Australie.

43. M. SEKHON (Inde) s'inquiète de ce que, à la différence du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans son article 7, la loi type ne contienne aucune définition de l'arbitre-président et n'indique pas comment il est désigné.

44. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que la question de la définition et de la

désignation de l'arbitre-président est exprimée sous une forme très comprimée par le libellé très prudent de la deuxième phrase de l'article 29. En anglais, l'emploi de l'article indéfini "*a*" devant les mots "*presiding arbitrator*" signifie qu'il ne doit pas forcément y avoir désignation d'un tel arbitre. En ce qui concerne la distinction entre les questions de procédure et les questions de fond, on a estimé, lors de la rédaction de l'article, que le tribunal arbitral devrait aussi être habilité à se prononcer sur cette distinction puisqu'il avait pouvoir de trancher les deux types de questions.

45. M. GRIFFITH (Australie) dit qu'un arbitre-président autorisé par le tribunal arbitral pourrait ne pas forcément être le troisième arbitre nommé par les arbitres des parties. Dans ce cas, il se pourrait que les questions de procédure soient tranchées par un arbitre désigné par une seule des parties. La procédure arbitrale échapperait ainsi au contrôle des parties, ce qui est contraire aux intentions de la loi type. Aussi la délégation australienne préférerait-elle voir supprimer les mots "ou le tribunal arbitral"; si cela ne s'avérait pas acceptable, elle serait en faveur du maintien du texte dans son libellé actuel.

46. M. MELIS (Autriche) considère qu'il est implicitement indiqué dans la première phrase de l'article 29 que le tribunal arbitral est habilité à autoriser l'un de ses membres à prendre des décisions. La référence aux "parties", dans la deuxième phrase, devrait être supprimée car elle est illogique. Un problème pourrait se poser si deux arbitres autorisaient un arbitre-président à trancher et si celui-ci refusait de le faire seul. On éviterait ce problème en prévoyant que l'autorisation ne pourrait être donnée à un arbitre-président que par décision unanime du tribunal arbitral.

47. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) dit que dans le cas où le tribunal arbitral ne parviendrait pas à décider à la majorité, l'arbitre-président devrait décider comme s'il était arbitre unique. Il est indispensable, pour éviter aux parties une perte de temps et d'argent, que le tribunal arbitral parvienne toujours à une décision. En ce qui concerne la deuxième phrase, M. Moeller appuie la proposition du représentant de l'Autriche.

48. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que la délégation américaine est d'avis que toute décision doit être prise à la majorité. Lorsqu'un arbitre-président est habilité à décider en l'absence d'une majorité, il est en fait arbitre unique. Si tel est le désir des parties, il serait moins coûteux et plus pratique de désigner un arbitre unique dès le début. De plus, si la condition de majorité est maintenue, il lui paraît plus probable que toutes les questions seront examinées avec le maximum de soin, eu égard à la nécessité de parvenir à un accord. Les parties seront en outre plus disposées à accepter la décision, ce qui réduira la possibilité de litige ou recours ultérieurs. En conséquence, M. Holtzmann est en faveur du maintien de l'article 29 dans son libellé actuel.

49. M. LOEFMARCK (Suède) estime avec le représentant de la Finlande qu'en l'absence de majorité, l'arbitre-président doit décider. Les parties veulent une décision et le plus important, c'est qu'il y en ait une, et non la manière dont elle est prise.

50. M. MELIS (Autriche) est, comme le représentant des Etats-Unis, d'avis que si les parties ont désigné trois arbitres ou davantage, ceux-ci devraient tous participer aux décisions. Il ne connaît cependant, dans toute l'histoire de la CCI, dont le règlement autorise un arbitre-président à trancher lorsqu'il n'y a pas majorité, que deux cas où cela s'est effectivement produit. En pratique, il ne devrait guère y avoir de problème à cet égard. De même, rien dans le libellé de la première phrase de l'article 29 n'empêche les parties, si le tribunal arbitral ne parvient pas à une décision, d'autoriser un arbitre-président à décider seul. La première phrase de l'article 29 devrait donc être conservée dans son libellé actuel.

51. M. ROEHRICH (France) estime avec le représentant des Etats-Unis et pour les raisons exposées par celui-ci que l'article 29 devrait être conservé dans son libellé actuel.

52. M. AYLING (Royaume-Uni) dit que sa délégation est d'accord pour le maintien de l'article 29.

53. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) est contre la proposition autrichienne visant à supprimer les mots "ou le tribunal arbitral". Cette suppression établirait une divergence par rapport au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et, partant, créerait un grave risque de conflit dans les cas où les parties conviendraient d'appliquer ce Règlement.

54. M. TANG Houzhi (Chine) préférerait voir supprimer toute la deuxième phrase de l'article 29. A défaut, il serait d'accord sur la proposition autrichienne d'insérer les termes "à l'unanimité" à un endroit approprié dans cette phrase.

55. M. MELIS (Autriche) dit que le véritable problème posé par la deuxième phrase tient à l'emploi du mot "toutefois", qui implique un pouvoir autre que celui conféré dans la première phrase. Ce mot devrait donc être supprimé.

56. M. SZASZ (Hongrie) dit que le Groupe de travail a rédigé l'article de cette manière pour énoncer expressément les droits et pouvoirs des parties et du tribunal arbitral.

57. Le PRÉSIDENT propose que l'on fasse de la deuxième phrase de l'article 29 un paragraphe distinct et que l'on supprime le mot "toutefois". Il serait également précisé que la décision du tribunal arbitral autorisant un arbitre-président à trancher les questions de procédure devra être prise à l'unanimité.

58. M. GRIFFITH (Australie) est partisan du maintien de l'article 29 dans son libellé actuel, sous réserve des amendements proposés.

59. Le PRÉSIDENT dit que, si personne ne s'y oppose, il considérera que la Commission convient d'approuver l'article 29 dans son libellé actuel, sous réserve des amendements proposés.

60. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 21 h 20.

328e séance

Mardi 18 juin 1985, à 9 h 30

Président : M. LOEWE (Autriche)

Les débats faisant l'objet du présent compte rendu analytique commencent à 11 h 10.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264)

Article 30. Règlement par accord des parties

Paragraphe 1

1. M. SEKHON (Inde) propose de remanier la dernière partie de ce paragraphe comme suit : "constate le fait et rend la sentence conformément à l'accord des parties".

2. Le PRÉSIDENT propose de renvoyer cet amendement au comité de rédaction.

3. *Il en est ainsi décidé.*

4. M. GRIFFITH (Australie) estime que si les parties règlent elles-mêmes leur différend, elles doivent avoir le droit de faire constater ce fait sous la forme d'une sentence arbitrale. Il n'y a aucune raison pour que le tribunal arbitral ait le pouvoir de ne pas rendre de sentence dans ces circonstances. M. Griffith propose donc de supprimer l'expression "et si il n'y voit pas d'objection".

5. M. GRAHAM (Observateur du Canada) estime suffisant que la sentence soit demandée par l'une des parties. Il propose donc de remplacer les mots "si les parties lui en font la demande" par l'expression "si une partie lui en fait la demande".

6. Selon M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique), le tribunal arbitral doit avoir le droit de ne pas approuver un règlement par accord des parties, car une sentence arbitrale constatant l'accord des parties peut inclure un élément que le tribunal arbitral estime inapproprié.

7. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) est favorable au pouvoir discrétionnaire du tribunal pour les raisons indiquées au paragraphe 2 des observations du secrétariat (A/CN/9/264, p. 64) et soulignées par le représentant des Etats-Unis. Il préfère que le texte de ce paragraphe reste inchangé.

8. M. SAMI (Iraq) penche pour la proposition australienne. Si les deux parties parviennent à un accord, il doit être mis fin à la procédure sous une forme qui leur convienne et si elles en font la demande.

9. M. GRAHAM (Observateur du Canada) est opposé à cette proposition pour les raisons exposées au paragraphe 2 des observations du secrétariat. Le tribunal doit pouvoir tenir compte de diverses considérations, en particulier des lois antitrust, quel que soit l'accord auquel sont parvenues les parties.

10. Selon M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba), le tribunal arbitral ne doit pas pouvoir refuser de constater par une sentence arbitrale l'accord conclu par les parties. Dans le cas où il y a défaut d'application de l'accord de la part de l'une des parties, la sentence constitue un élément de preuve utile si l'autre partie cherche à faire exécuter cet accord.

11. M. ROEHRICH (France) est favorable à la proposition australienne qu'il estime raisonnable. Après tout, l'arbitrage n'est qu'une manifestation relevant de la justice privée et un tribunal arbitral ne doit donc pas avoir de pouvoirs qui s'opposent à la volonté des parties.

12. M. BARRERA GRAF (Mexique) penche aussi pour la proposition australienne.

13. Pour M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique), la délégation de son pays est convaincue que les arbitres ne doivent pas être contraints d'approuver un accord qui peut, par exemple, violer les lois antitrust ou la législation applicable à l'impôt sur le revenu ou favoriser une collusion entre les parties. Le libellé doit rester inchangé, sinon les arbitres pourront tout simplement être contraints de démissionner. Il faut également tenir compte du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

14. En réponse à une question du PRÉSIDENT sur le point de savoir ce qui se passera si les arbitres refusent de donner suite à la demande des parties, M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) dit que rares sont les cas où un arbitre n'a pas signé la sentence et où les parties ont donc été forcées d'avoir recours à un accord de règlement à caractère privé.

15. Pour M. SZASZ (Hongrie), il faut établir une distinction entre l'obligation de mettre fin à la procédure arbitrale et celle de signer une sentence. Il est vrai que, si les parties sont parvenues à un accord, il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure d'arbitrage. Mais les arbitres doivent cependant avoir la liberté de dire qu'ils n'approuvent pas un règlement par accord des parties parce que ce dernier est contraire à la loi. Si donc le texte est modifié comme proposé, il faut établir une distinction entre les deux questions, celle de la suspension de la procédure et celle de la sentence.

16. M. STROHBACH (République démocratique allemande) est en complet accord avec l'orateur précédent.

17. M. GRIFFITH (Australie) retire l'amendement qu'il a proposé, compte tenu des objections soulevées à son égard par d'autres orateurs, et en particulier par les représentants des Etats-Unis et de la Hongrie.

18. Le PRÉSIDENT propose de faire figurer dans le rapport que la question du prononcé de la sentence doit être laissée à la discrétion des arbitres.

19. M. BONELL (Italie) marque son accord à la suggestion du Président. A son avis, si le texte est modifié pour envisager la demande d'une seule partie comme le propose l'observateur du Canada, on pourra aisément l'interpréter comme impliquant que nul autre accord n'est nécessaire pour transformer cet accord contractuel en sentence, ce qui serait inacceptable. M. Bonell est très favorable au maintien du texte actuel.

20. Le PRÉSIDENT propose que, puisqu'il ne semble pas y avoir d'écho très favorable à la modification du paragraphe 1, ce dernier reste en l'état et soit renvoyé au comité de rédaction pour ce qui est de la modification suggérée par le représentant de l'Inde.

21. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 2

22. Pour M. SEKHON (Inde), si son amendement au paragraphe 1 est accepté, l'expression "et mentionne le fait qu'il s'agit d'une sentence" figurant au paragraphe 2 sera superflue.

23. Le PRÉSIDENT propose de renvoyer cette question au comité de rédaction.

24. *Il en est ainsi décidé.*

Article 31. Forme et contenu de la sentence

Paragraphe 1

25. M. LAVINA (Philippines) estime que les mots "pourvu que soit mentionnée la raison de l'omission des autres" devraient être supprimés. A son avis, les signatures de la majorité des membres du tribunal arbitral devraient suffire à valider la sentence, que la raison de l'absence d'une signature soit ou non mentionnée. Il demande quelle serait la situation si une signature était omise sans que la raison en soit donnée.

26. Le PRÉSIDENT indique que le texte du paragraphe 1 représente un compromis entre deux positions extrêmes dont l'une veut que la majorité des arbitres puisse prendre toute décision qu'elle souhaite prendre et l'autre que tous les arbitres signent la sentence. Cette dernière position peut être à l'origine de difficultés en cas de décès, de maladie, d'absence prolongée ou de refus de signer d'un arbitre. Si la raison de l'omission d'une signature n'est pas mentionnée, les utilisateurs de la sentence arbitrale doivent la demander aux arbitres. Le Président constate que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI contient, au paragraphe 4 de son article 32, une disposition analogue à cette clause du paragraphe 1. Il suggère que la Commission conserve ce paragraphe dans la rédaction existante.

27. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 2

28. La Commission ne fait aucun commentaire sur le paragraphe 2.

Paragraphe 3

29. M. GRIFFITH (Australie) propose que la disposition contenue dans la deuxième phrase s'applique à la date aussi bien qu'au lieu de la sentence.

30. M. BONELL (Italie) déclare que l'application du texte de cette deuxième phrase risque de créer une fiction juridique car le lieu où la sentence est réputée rendue n'est pas nécessairement le même que le lieu réel de l'arbitrage.

31. M. GRIFFITH (Australie) dit que ce risque de fiction juridique peut se présenter également en ce qui concerne la date de la sentence.

32. Pour M. SZASZ (Hongrie), il existe une importante différence entre la date de la sentence et le lieu de l'arbitrage. Il est juste, aux fins de l'exécution de la sentence, que les dispositions de la deuxième phrase du paragraphe 3 s'appliquent au lieu de la sentence. Mais pour ce qui est de sa date, les parties devraient avoir le droit de faire valoir que la date mentionnée sur la sentence n'en est pas la date réelle.

33. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) penche pour l'adoption de la proposition australienne qui comble une lacune. Les sentences arbitrales sont souvent envoyées tour à tour à chacun des arbitres pour signature et la date mentionnée sur la sentence pourrait être une date réputée, de même que le lieu de la sentence peut être un lieu réputé. Ceci n'est pas sans conséquences juridiques s'agissant par exemple du paiement d'intérêts à compter de la date de la sentence.

34. M. ROEHRICH (France) ne comprend pas vraiment la proposition de l'Australie. Si deux lieux peuvent être en cause, à savoir le lieu de l'arbitrage et le lieu de la sentence, il ne peut y avoir qu'une date : celle à laquelle la procédure a pris fin.

35. Le PRÉSIDENT fait observer que plusieurs dates peuvent se rapporter à la sentence : la date à laquelle elle est signée, celle à laquelle elle est rendue et celle à laquelle elle est notifiée aux parties. L'objet de la proposition de l'Australie est de prévenir tout litige concernant la date de la sentence; cependant la Commission peut ne voir aucune raison d'empêcher pareil litige.

36. M. ROEHRICH (France) dit que même le texte existant ne prémunit pas contre les litiges sur la date. Ce qui importe, c'est que les arbitres fixent la date de la sentence; à cet égard, le texte actuel est satisfaisant. Le risque de litige pourrait être plus grand si l'on introduisait la notion de date réputée que si on laissait la phrase telle quelle.

37. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) déclare que cette deuxième phrase a pour objet de créer expressément une présomption irréfragable quant au lieu de l'arbitrage. La date de la sentence ne doit pas être traitée de la même manière. Il n'est pas favorable à la proposition australienne mais estime que le comité de rédaction peut trouver le moyen de résoudre le problème sur lequel elle porte.

38. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) estime que le texte doit être conservé dans la rédaction existante. Il fait observer que l'existence d'une date réputée peut avoir des incidences sur l'application du paragraphe 3 de l'article 34 concernant le délai d'annulation de la sentence.

39. M. BONELL (Italie) indique que les règlements ou accords d'arbitrage fixent souvent un délai limite dans lequel la sentence doit être prononcée. Il arrive parfois que les arbitres ne soient pas en mesure d'observer ce délai. Si la date de la sentence n'est pas réfutable, des difficultés risquent de surgir à l'occasion, par exemple, de la découverte de nouveaux éléments de preuve.

40. Pour M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique), le débat a fait apparaître clairement que le lieu de la sentence devrait faire l'objet d'une présomption irréfragable tandis que la date de la sentence devrait pouvoir être réfutée.

41. M. GRAHAM (Observateur du Canada) dit que les arbitres pourraient siéger dans un ressort et rendre la sentence dans un autre. Le but de cette disposition est de donner au tribunal arbitral une certaine latitude quant à l'indication du lieu de la sentence.

42. M. JOKO-SMART (Sierra Leone) suggère que la Commission règle la question en reformulant ce paragraphe comme suit : "La sentence mentionne la date à laquelle elle est rendue, le lieu où elle est rendue et le lieu de l'arbitrage déterminé conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 20."

43. Le PRÉSIDENT estime que la suggestion du représentant de la Sierra Leone entraînera de très longues discussions. La proposition de l'Australie trouvant apparemment peu

d'écho, il présume que la Commission souhaite ne pas modifier ce paragraphe.

44. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 4

45. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) suggère que la date de notification de la sentence soit prévue dans ce paragraphe car tout délai d'exécution commence à cette date. Le critère à appliquer pourrait être soit la date de l'expédition, soit celle de la réception.

46. Le PRÉSIDENT dit qu'il ne voit pas comment la date de notification pourrait être connue à l'avance et indiquée dans la sentence. La preuve de la date d'envoi ou de réception ne peut être obtenue qu'*a posteriori*. Il suggère que le rapport de la Commission fasse référence à l'idée émise par le représentant de Cuba, en indiquant que la date de notification est importante et qu'il est nécessaire que la preuve en soit apportée quand c'est possible.

47. M. RUZICKA (Tchécoslovaquie) dit qu'il pourrait être utile d'indiquer dans le texte de l'article le caractère et les effets d'une sentence rendue en application de la loi type. Dans les observations écrites qu'il a fournies (A/CN.9/263, p. 43), son gouvernement a proposé d'ajouter un nouveau paragraphe pour préciser qu'une sentence arbitrale remplissant les conditions de l'article a force de chose jugée et qu'elle est exécutoire devant les tribunaux.

48. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) appuie la proposition tchécoslovaque parce qu'elle fait ressortir le fait qu'une sentence n'a pas besoin d'être enregistrée ou déposée auprès d'un tribunal pour être reconnue ou exécutée.

49. M. ENAYAT (Observateur de la République islamique d'Iran) dit que le texte ne devrait pas être modifié. L'amendement de la Tchécoslovaquie ne serait pas en harmonie avec les dispositions du paragraphe 4 de l'article 34 relatives à la suspension de la procédure d'annulation.

50. M. ROEHRICH (France) dit que la proposition de la Tchécoslovaquie ferait double emploi avec les dispositions du paragraphe 1 de l'article 35 qui stipulent qu'une sentence arbitrale doit être reconnue comme ayant force obligatoire quel que soit le pays où elle a été rendue.

51. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) fait observer que, dans certains systèmes juridiques, la notion de chose jugée risque d'être trop limitée en regard des raisons d'être de l'article examiné.

52. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) dit qu'il est important que la loi type précise si la sentence arbitrale acquiert force obligatoire à la date à laquelle elle est rendue, ou à la date à laquelle elle est notifiée aux parties ou à l'expiration du délai de trois mois mentionné au paragraphe 3 de l'article 34 pendant lequel une demande d'annulation peut être présentée. La question a son intérêt du point de vue de la reconnaissance et de l'application des sentences arbitrales rendues à l'étranger en application de la Convention de New York de 1958. La date à laquelle une sentence arbitrale prend force obligatoire pourrait être indiquée dans un paragraphe distinct ou simplement dans une phrase séparée.

53. M. BONELL (Italie) pense comme le représentant de l'URSS qu'il convient d'indiquer dans la loi type à quelle date une sentence acquiert force obligatoire. Il préférerait que cette indication figure au paragraphe 3 ou au paragraphe 4 de l'article 31. La délégation italienne estime que la sentence arbitrale devrait avoir force obligatoire à partir de la date à laquelle elle a été rendue. Quant à la proposition tchécoslovaque, elle ne constitue pas une solution acceptable sur ce point parce qu'elle fait référence à la chose jugée.

54. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en son nom personnel, dit que la sentence arbitrale devrait avoir force obligatoire à partir de la date de sa notification aux parties. Si cette opinion est acceptable, on pourrait compléter l'article 31 en indiquant au paragraphe 4 que la sentence a force obligatoire pour les parties à partir de la date de sa notification à chacune d'elles. Si la sentence acquiert force obligatoire à partir du jour où elle est rendue, elle sera exécutoire pour les parties avant que celles-ci n'aient eu une chance de l'étudier. Par contre, un délai de trois mois pendant lequel elle n'aurait pas force obligatoire est trop long s'il apparaît à l'évidence qu'aucune partie ne cherchera à en obtenir l'annulation.

55. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que sa délégation appuie dans son principe la suggestion de l'URSS mais qu'elle a le sentiment que la Commission n'a pas encore eu le temps d'en examiner les conséquences. La suggestion du Président peut signifier que la sentence arbitrale acquerra force obligatoire à des dates qui ne seront pas les mêmes pour chacune des parties.

56. Le PRÉSIDENT dit que, dans ce cas, ce sera la plus récente des deux dates qu'il conviendra de retenir comme étant la date à laquelle la sentence acquiert force obligatoire.

57. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) demande pourquoi cette question n'a pas été tirée au clair dans le projet de texte original de la loi type.

58. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que la question a été soulevée en liaison avec l'article 35 mais qu'elle n'a pas été traitée dans le texte. Il semblait que le mieux soit qu'une sentence acquière force obligatoire à la date à laquelle elle est rendue, mais pour plus de sûreté le paragraphe 3 de l'article 34 stipule qu'une demande d'annulation peut être présentée pendant un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la sentence a été notifiée et non à compter de la date à laquelle la sentence a été rendue.

La séance est levée à 12 h 30.

329e séance

Mardi 18 juin 1985, à 14 heures

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 14 h 5.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264)

Article 31. Forme et contenu de la sentence (suite)

1. Le PRÉSIDENT dit que l'on semble s'orienter vers un accord pour que soit défini à l'article 31 le moment où une sentence acquiert force obligatoire. Selon un avis, cette date devrait être celle du prononcé de la sentence; selon un autre, ce devrait être la date de réception de la sentence par l'une ou l'autre partie ou, si les parties le reçoivent à des dates différentes, la plus tardive de celles-ci.

2. De l'avis de M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique), il serait préférable, pour des raisons de simplicité, de retenir la date du prononcé de la sentence, qui est connue et certaine, alors que la date de réception devrait être prouvée, et même doublement dans le dernier cas envisagé. On pourrait, aux articles suivants, remédier à toute injustice susceptible de résulter de l'emploi de la date de la sentence, par exemple la réduction de la période de recours.

3. M. LOEFMARCK (Suède) se demande s'il est vraiment utile de stipuler la date à laquelle une sentence acquiert force obligatoire. Toutefois, si d'autres délégations insistent pour l'insertion d'une telle clause, la délégation de son pays ne s'y opposera pas.

4. M. GRIFFITH (Australie) estime lui aussi inutile l'adjonction proposée. Toutefois, s'il faut fixer une date, ce doit être celle de la sentence.

5. M. SAWADA (Japon) est d'avis que, si une date doit être précisée, il faut stipuler celle à laquelle la partie est informée de la sentence — on peut donc envisager une date différente pour chaque partie. Il semblerait pour le moins singulier que la sentence acquière force obligatoire sans que les parties en soient informées. M. Sawada n'est cependant toujours pas convaincu, personnellement, qu'il faille fixer une date.

6. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) approuve la proposition tchécoslovaque dans son principe, mais pense qu'il faut stipuler une date précise à laquelle la sentence acquiert force obligatoire, c'est-à-dire acquiert force de chose jugée et est exécutoire devant les tribunaux. Un certain délai doit toutefois s'écouler avant qu'une sentence ne devienne définitive. La délégation cubaine considère par conséquent que la proposition serait acceptable s'il était précisé que la sentence n'acquiert force obligatoire qu'après un délai de trois mois à compter de sa réception.

7. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) doute lui aussi de l'intérêt de stipuler une date à laquelle la sentence sera considérée comme ayant force obligatoire. Néanmoins, si les effets de la sentence doivent courir à partir d'une certaine date, ce doit être celle de la réception par la partie intéressée. Ce sont l'exécution et l'annulation éventuelles de la sentence qui sont en jeu et, si une date est nécessaire, ce doit être celle de la réception effective par la partie concernée.

8. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) dit qu'il s'agit de savoir si la stipulation d'une date est vraiment nécessaire. La loi type contient trois articles au regard desquels une telle stipulation peut être utile, à savoir les articles 33, 34 et 36. Au paragraphe 1 de l'article 33, qui traite de la rectification et de l'interprétation des sentences, il est précisé une date — "dans les 30 jours de la réception de la sentence". Au paragraphe 3 de l'article 34, relatif à la demande d'annulation, une date précise est à nouveau fixée ("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"). L'article 36 relatif aux motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution contient à l'alinéa v du paragraphe 1 *a* une disposition prévoyant que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence peut être refusée, sur la demande de la partie contre laquelle elle est invoquée, s'il est démontré que la sentence n'a "pas encore acquis force obligatoire". Si la loi type ne définit nulle part la date à laquelle une sentence acquiert force obligatoire, la partie qui sollicite le refus de la reconnaissance ou de l'exécution pour ce motif ne saura pas sur quelle date se fonder. M. Volken juge par conséquent nécessaire de préciser cette date quelque part dans la loi type et il partage l'avis des représentants qui proposent que l'on retienne la date de la sentence elle-même.

9. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) approuve la proposition tchécoslovaque : la question de la date à laquelle une sentence acquiert force obligatoire est importante et il est regrettable qu'elle ne soit envisagée que de façon implicite, par le biais de l'article 35. La délégation de son pays estime que cette date devrait être celle de la réception la plus tardive par les parties.

10. M. RICKFORD (Royaume-Uni) partage les doutes qui ont été exprimés quant à l'opportunité de stipuler une date dans la loi type. Si le sentiment général est favorable à la fixation d'une date, il faut tenir compte d'un certain nombre de considérations. Les règles uniformes de la loi type doivent être subordonnées à l'accord des parties, qui peuvent convenir de reporter l'effet obligatoire de la sentence à l'expiration d'un certain délai. Il faut aussi prévoir que la sentence elle-même puisse énoncer qu'elle n'acquerra force obligatoire qu'au terme d'un certain délai. Néanmoins, s'il faut fixer une date présumée, la délégation du Royaume-Uni partage l'avis de la République fédérale d'Allemagne. La proposition des Etats-Unis d'Amérique présente le grand avantage de la certitude, mais il est difficile de la faire cadrer avec l'alinéa v du paragraphe 1 *a* de l'article 36. Dans l'ensemble cependant, la délégation britannique a de sérieux doutes quant à l'opportunité d'ajouter une telle clause.

11. M. STROHBACH (République démocratique allemande) approuve la proposition tchécoslovaque tendant à énoncer expressément qu'une sentence est définitive et a force obligatoire pour les parties. Quant à la date à retenir à cet égard, il approuve la proposition du représentant des Etats-Unis d'Amérique, qui offre le moyen le plus simple d'obtenir une date uniforme et d'empêcher des litiges ultérieurs. Il juge inutile de soulever la question de l'accord des parties. C'est pourquoi il propose que la date soit celle de la sentence elle-même, en excluant toute possibilité pour les parties de prévoir un report. Il ne juge pas nécessaire de modifier l'article 36, puisque cet article traite de la reconnaissance ou de l'exécution de sentences rendues en vertu de la loi type et d'autres systèmes.

12. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) convient avec l'observateur de la Suisse que, s'il est nécessaire de définir le moment où une sentence prend force obligatoire, c'est aux fins de l'article 36. Si aucune disposition de cet ordre ne figure dans la loi type, la question pourra être réglée par la loi nationale, ce qui exigerait sans doute la constitution de dossiers, des enregistrements, etc. Par conséquent, une disposition prévoyant qu'une sentence prend force obligatoire au moment où elle a été signée par les arbitres serait utile. La nécessité de prouver la réception de la notification, problème qui se poserait si l'on retenait la date de remise la plus tardive, pourrait causer des difficultés pratiques, en particulier lorsque le temps est un élément important.

13. M. TORNARITIS (Chypre) accepte en principe la proposition de la Tchécoslovaquie. Cependant, afin de couvrir certaines conséquences juridiques relevant d'autres dispositions de la loi type, il pourrait être bon de déclarer que la sentence prend force obligatoire à compter de la date à laquelle elle a été prononcée, sauf dispositions contraires de la loi.

14. M. PAULSSON (Observateur, Chartered Institute of Arbitrators) appuie la proposition de la Tchécoslovaquie et la suggestion faite par les Etats-Unis au sujet de la date. Il observe que, dans la législation française, le sujet a été abondamment traité. Il y a de nombreux exemples, dans la pratique judiciaire française antérieure à 1980, où la conclusion est qu'une sentence prend force obligatoire au moment où elle est prononcée. Une disposition à cet effet inscrite dans la loi relative à l'arbitrage, adoptée en 1980, est devenue très importante dans la pratique et elle est fréquemment invoquée. Le prononcé d'une sentence crée certains droits abstraits qui peuvent être d'un grand intérêt et qui n'exigent pas nécessairement, pour exister réellement, que la partie qui en bénéficie en ait connaissance.

15. M. LAVINA (Philippines) trouve que la solution proposée par la délégation des Etats-Unis est à la fois pratique et réaliste en ce qu'elle créerait une date unique. Il convient qu'elle est également utile aux fins du sous-alinéa 1 *a* v de l'article 36.

16. Le PRÉSIDENT observe que certaines délégations jugent utile et nécessaire de fixer la date à laquelle la sentence prend force obligatoire, tout en laissant de côté la référence à la chose jugée et au caractère exécutoire, tandis que d'autres estiment qu'une telle disposition n'aurait pas une grande utilité. Quant à la date, il semble y avoir une légère majorité en faveur de la date du prononcé de la sentence.

17. Mme RATIB (Egypte) pense que la date devrait être celle à laquelle les parties ont reçu notification de la sentence.

18. M. LOEFMARCK (Suède) préférait la date de la sentence. Cependant, si la Commission choisissait une date donnée, il faudrait préciser ce que l'on entend en disant qu'une sentence prend force obligatoire.

19. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) convient qu'il faudrait savoir ce que l'on entend par force obligatoire avant de décider d'une date. Les délégations doivent obtenir des précisions afin d'informer les gouvernements qui envisagent peut-être d'adopter la loi type.

20. M. BONELL (Italie) croit que la Commission ne devrait pas s'engager à ce stade dans une discussion sur les conséquences de la force obligatoire d'une sentence. Sa délégation souhaiterait l'inclusion d'une disposition rédigée dans les termes proposés par les délégations de l'Union soviétique et des Etats-Unis et retenant la date du prononcé de la sentence.

21. M. ROEHRICH (France) souligne que, si une telle disposition était incluse dans le texte, la date fixée devrait être celle de la sentence car c'est la seule date connue et sûre.

22. M. GRAHAM (Observateur du Canada) fait observer qu'il est d'usage dans de nombreux pays de spécifier dans la convention d'arbitrage le moment précis où une sentence prend force obligatoire. S'agissant de la loi type, si la date de la dernière réception est choisie, le problème demeurerait de vérifier cette date. Le point pourrait être résolu par la disposition du paragraphe *e* de l'article 2 qui définit le moment où une communication écrite est réputée avoir été reçue. Bien que sa délégation préfère la suggestion des Etats-Unis, elle ne s'opposera pas à la proposition concernant la date de réception.

23. M. TORNARITIS (Chypre) persiste à croire qu'une distinction devrait être établie entre la validité de la sentence et ses conséquences légales. Il faudrait préciser que la sentence est valide à la date où elle est prononcée et qu'elle produit tous ses effets juridiques à cette date, à moins qu'il n'en soit disposé autrement dans "la présente Loi".

24. Le PRÉSIDENT estime que, puisque apparemment il n'est pas possible de concilier tous les points de vue, la Commission devrait maintenir le texte en l'état et ne pas insister sur l'adjonction d'un nouveau paragraphe. Le rapport indiquera qu'il y a eu une longue discussion et que plusieurs délégations étaient favorables à l'insertion d'une disposition de la nature proposée, certaines souhaitant que la date retenue soit celle du prononcé de la sentence, d'autres que ce soit la date de la réception par les parties et une délégation préférant le moment de l'expiration du délai de présentation de la demande d'annulation de la sentence. S'il n'y a pas d'objection, le Président considérera que la Commission décide d'approuver l'article 31 sur cette base.

25. *Il en est ainsi décidé.*

Article 32. Clôture de la procédure

Paragraphe 1

26. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) attire l'attention des participants sur les commentaires écrits de sa délégation, reproduits dans le document A/CN.9/263 (p. 44). La Commission a déjà approuvé, au paragraphe 1 de l'article 30, le principe selon lequel, si les parties s'entendent pour régler le différend, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale. Pour des raisons de logique, la mention de l'accord des parties devrait être transférée du paragraphe 1 au paragraphe 2 de l'article 32. Ce n'est sans doute là qu'une question de rédaction. M. Lebedev fait de plus remarquer que l'emploi du mot "définitive" introduit une notion nouvelle.

27. Pour le PRÉSIDENT, les questions soulevées par le représentant de l'Union soviétique sont des questions de forme. Sauf objection, elles seront soumises au comité de rédaction.

28. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 2

29. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) met en question l'inclusion de réserves dans l'alinéa *a* du paragraphe 2. Si le demandeur retire sa demande, le différend cesse d'exister. Même en admettant que cette hypothèse soit erronée, la question des coûts continue à se poser. Si le défendeur insiste pour que la procédure se poursuive, le demandeur initial

pourrait-il être tenu responsable des coûts entraînés par une telle insistance ? Comment pourrait-on régler la question ? M. Mtango suggère de supprimer ces réserves.

30. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) indique que le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a examiné la question soulevée par le représentant de la République-Unie de Tanzanie et a décidé qu'il fallait en l'occurrence accorder au tribunal arbitral une certaine latitude. Entre les parties, le retrait d'une demande peut signifier soit un retrait de la procédure en cours pour permettre au demandeur de porter le différend devant un autre tribunal, soit une renonciation aux droits allégués dans la demande. La loi type n'a pas le dessein de trancher la question. Le Groupe de travail a toutefois reconnu que l'autre partie pouvait avoir quelque intérêt à la poursuite de la procédure en cours : réduire le risque d'être harcelée par un demandeur qui ne cesserait d'introduire une demande pour la retirer ensuite. La question des coûts se pose immédiatement et une proposition visant à mentionner dans le texte la responsabilité de ces coûts a été présentée. Elle n'a pas eu de suite parce que, d'une façon générale, le Groupe de travail s'est montré peu disposé à traiter des questions de coût dans la loi type. Le libellé actuel de l'alinéa *a* du paragraphe 2 tente de couvrir les cas où, de l'avis objectif du tribunal arbitral, et non pas seulement de l'avis du défendeur, l'intérêt légitime de ce dernier est d'obtenir le règlement du différend.

31. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) estime toujours que la disposition pourrait donner matière à abus de la part du défendeur : il pourrait arriver, par exemple, que celui-ci insiste pour que la procédure se poursuive devant un tribunal arbitral qui se révélerait par la suite incompétent. M. Mtango n'insistera toutefois pas sur ce point.

32. Mme RATIB (Egypte) rappelle l'alinéa *b* du paragraphe 2 où il est dit que, ". . . lorsque la poursuite de la procédure . . . devient superflue ou inappropriée", le tribunal arbitral "peut ordonner la clôture de la procédure arbitrale". Le mot "peut" signifie qu'il s'agit d'un droit et non d'une obligation. Il s'ensuit que, même s'il est convaincu que la procédure est superflue ou inappropriée, le tribunal arbitral peut néanmoins, pour des raisons non spécifiées dans le texte, ordonner qu'elle se poursuive. Il est clair que la poursuite de la procédure ne serait en pareil cas qu'un gaspillage de temps et d'argent. C'est pourquoi Mme Ratib propose de modifier comme suit le paragraphe 2 :

"2. Le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale lorsque :

"*a)* le demandeur retire sa demande. . . [suite du texte sans changement];

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

33. Selon M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques), le mot "inappropriée" n'est pas assez clair. Dans le texte correspondant du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (par. 2 de l'article 34), on trouve les mots "inutile ou impossible". Il suggère que le comité de rédaction envisage de remplacer le mot "inappropriée" par le mot "impossible".

34. M. SAMI (Iraq) appuie la proposition de l'Egypte.

35. Le PRÉSIDENT dit que la proposition de l'Egypte porte sur une question de fond. Peut-être un libellé tel que le suivant pourrait faire clairement apparaître qu'il appartient au tribunal arbitral de décider si la poursuite de la procédure est inutile ou impossible : "Le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure lorsqu'il constate que, pour une raison quelconque, la poursuite de la procédure est inutile ou impossible". En l'absence d'objection, il soumettra le paragraphe au comité de rédaction afin que celui-ci en remanie le texte en conséquence.

36. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 3

37. *La Commission ne fait pas de commentaires au sujet du paragraphe 3.*

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

Paragraphe 1

38. En tant que praticien, M. HUNTER (Observateur, Association internationale du barreau) juge préoccupant que l'alinéa 1 *b* confère au tribunal arbitral le pouvoir d'interpréter sa sentence. Il appuie donc la proposition écrite de la République démocratique allemande [A/CN.9/263, p. 44 (art. 33, par. 2)] tendant à ne pas traiter cette question dans la loi type. L'alinéa *b* pourrait, estime-t-il, donner lieu à une malséante lutte de vitesse entre la partie gagnante et la partie perdante, la première cherchant à présenter une demande en interprétation si elle constate dans le texte de la sentence des motifs que son adversaire pourrait invoquer pour en demander l'annulation, et la seconde à intenter une action en recours. C'est pourquoi M. Hunter préférerait que l'alinéa 1 *b* soit supprimé, mais si la Commission souhaite le conserver, il espère qu'elle lui conférera un caractère facultatif en ajoutant les mots "sauf convention contraire des parties".

39. M. GRIFFITH (Australie) pense également que les parties devraient avoir la possibilité de ne pas appliquer l'alinéa 1 *b*.

40. M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) dit qu'à la réflexion, sa délégation doute elle aussi qu'il soit judicieux d'octroyer au tribunal arbitral le pouvoir d'interpréter sa sentence. Cette disposition invite aussi bien la partie gagnante que la partie perdante à demander des modifications touchant le fond de la sentence. Une telle demande pourrait être admissible si les parties sont d'accord, mais pas s'il s'agit d'une demande unilatérale. Cela contribuerait à prolonger la procédure et compromettrait le principe du caractère définitif de la sentence arbitrale. En outre, l'intention de la Commission est d'harmoniser le droit de l'arbitrage et M. Hoellering ne connaît quant à lui aucune règle contenant une telle disposition.

41. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) partage les points de vue exprimés par les orateurs précédents. Outre les problèmes déjà mentionnés, se pose la question de savoir si l'interprétation peut être contestée et quand elle devient partie intégrante de la sentence. Il serait préférable de supprimer l'alinéa 1 *b*.

42. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) préférerait que cette disposition soit amendée. Il existe diverses règles d'arbitrage qui autorisent un tribunal arbitral à préciser un point précis ou une partie d'une sentence.

43. M. ROEHRICH (France) attire l'attention de la Commission sur le fait que l'article 35, par. 1, du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit la possibilité d'interpréter une sentence. Le principe de l'interprétation des décisions est également admis dans le système judiciaire, afin d'éviter des litiges ultérieurs. M. Roehrich est donc en mesure d'approuver le texte tel qu'il se présente, à condition que l'on impose un délai très bref. Il n'aurait aucune objection à ce que l'on donne un caractère facultatif à cette disposition.

44. M. STROHBACH (République démocratique allemande) dit qu'en application de l'alinéa 1 *b*, la partie perdante a le droit de demander au tribunal arbitral d'interpréter seulement un passage de la sentence. Dans quel délai doit-elle pouvoir exercer ce droit ? A son avis, il faut soit supprimer, soit amender cette disposition, afin de la rendre plus précise et d'empêcher dans une certaine mesure la partie perdante d'intenter des actions visant uniquement à différer l'exécution de la sentence. Il préférerait la suppression de la disposition car la possibilité donnée au tribunal arbitral de rectifier sa sentence et de rendre une sentence additionnelle lui paraît répondre de façon satisfaisante aux besoins des parties.

45. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) estime aussi que l'alinéa devrait être supprimé. La Finlande a connu une disposition de ce genre dans son système juridique mais celle-ci n'a pas fonctionné de manière satisfaisante et a dû être abrogée. Il pourrait également accepter la suggestion écrite de la Tchécoslovaquie tendant à limiter la disposition [A/CN.9/263, p. 44 (art. 33, par. 1)], mais cette proposition ne conviendrait pas à ceux qui désirent voir le tribunal arbitral conserver son pouvoir d'interprétation. Un compromis possible serait de rendre l'interprétation subordonnée à l'accord des deux parties. Dans ce cas, le tribunal arbitral devrait donner à l'autre partie la possibilité de présenter ses observations avant qu'il ne rende son interprétation. Toutefois, cela aurait pour effet de prolonger le délai prévu.

46. M. NEUTEUFEL (Autriche) appuie les remarques faites par l'observateur de l'Association internationale du barreau.

47. M. RUZICKA (Tchécoslovaquie) ne pense pas que la suppression de l'alinéa soit justifiée, mais il estime qu'il serait peut-être souhaitable de limiter l'interprétation admissible à celle des motifs sur lesquels se fonde la sentence, comme l'avait suggéré son gouvernement dans ses observations écrites. L'interprétation de la sentence elle-même risquerait d'entraîner la réouverture du dossier et le prononcé d'une nouvelle sentence.

48. M. JOKO-SMART (Sierra Leone) est d'avis de conserver l'alinéa, encore que le mot "interprétation", pris au sens juridique strict, est peut-être trop fort; les parties devraient avoir la possibilité de demander une clarification ou une explication de la sentence.

49. M. LOEFMARCK (Suède) estime que la disposition est peut-être justifiée par le fait que la partie succombante ou l'autorité d'exécution risquait de ne pas savoir quelle mesure elle était appelée à prendre. Si l'on conserve la disposition, il conviendrait donc de ne pas la restreindre aux seuls motifs sur lesquels la sentence est fondée. Toutefois, M. Loefmarck est favorable à sa suppression.

50. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) est également favorable à la suppression de la disposition. Toutefois, une demande d'explication de certains points spécifiques pourrait offrir à la partie succombante la possibilité de faire perdre du temps inutilement au tribunal arbitral. Un compromis possible serait de rendre la disposition subordonnée à l'accord des deux parties, mais il serait préférable de la supprimer.

51. M. SEKHON (Inde) se prononce en faveur de la suppression de la disposition, car elle pourrait entraîner des abus et aller à l'encontre d'un des objectifs fondamentaux de l'arbitrage, à savoir la solution rapide des différends. Il pourrait accepter, à titre de compromis, un texte dont le libellé permettrait aux deux parties de se mettre d'accord pour demander une clarification de la sentence. Il n'est guère justifié de vouloir que la disposition porte expressément sur les motifs de la sentence puisque cette question est déjà traitée au paragraphe 2 de l'article 31.

52. Le PRÉSIDENT demande si la Commission est disposée à accepter le maintien de l'alinéa *b* du paragraphe 1, sous réserve que le comité de rédaction en revoie la formulation de manière à préciser que les deux parties devront s'être mises d'accord avant le prononcé de la sentence pour en permettre l'interprétation par le tribunal arbitral, ou devront d'un commun accord en demander l'interprétation après le prononcé de la sentence.

53. *Il en est ainsi décidé.*

54. M. GRIFFITH (Australie) approuve la suggestion formulée par la Suède et les Etats-Unis dans leurs observations écrites [A/CN.9/263, p. 44 (art. 33, par. 3)], selon laquelle un tribunal arbitral qui a reçu au titre de l'article 33 une demande d'une partie devrait donner à l'autre partie la possibilité d'y répondre. Cela devrait être implicite, à la lecture de l'article 19, paragraphe 3, et l'inclusion d'une disposition à cet effet dans l'article 33, paragraphe 1 n'est pas nécessaire, mais il faut, estime l'orateur, préciser que telle doit être l'interprétation de cet article. L'article 33, paragraphe 3, stipule que le tribunal arbitral doit rendre une sentence additionnelle "s'il juge la demande justifiée". M. Griffith suggère que le membre de phrase "s'il juge la demande justifiée" soit ajouté à la fin de l'avant-dernière phrase du paragraphe 1 dudit article.

55. Le PRÉSIDENT dit que l'article 33, paragraphe 1 ne doit pas être compris comme obligeant les arbitres à donner automatiquement suite aux demandes des parties; il est évident qu'ils sont censés devoir faire preuve de discernement.

Paragraphe 2

56. M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) estime qu'il devrait y avoir un délai durant lequel l'autre partie peut faire objection à une demande, et un autre durant lequel les arbitres peuvent agir après le dépôt de la demande ou après la date limite fixée pour ce dépôt.

57. M. ROEHRICH (France) dit que l'article 33, paragraphe 2, lu en relation avec les articles 19, paragraphe 3, et 33, paragraphe 1, pourrait faciliter la réouverture de la procédure sous le prétexte d'une demande de rectification. Toutefois, d'éventuels changements rédactionnels visant à empêcher une telle interprétation risqueraient de rendre plus compliqué encore un article qui l'est déjà suffisamment.

58. Le PRÉSIDENT dit qu'il sera consigné au rapport que la Commission ne désire pas modifier le texte du paragraphe.

Paragraphe 3

59. M. SEKHON (Inde) dit qu'une partie autre que celle demandant la sentence additionnelle devrait pouvoir déposer une objection ou se faire entendre en la matière; une telle mesure serait conforme à la procédure des pays de *common law* comme à celle des pays de droit romain.

Paragraphes 4 et 5

60. *La Commission ne formule pas de commentaires sur les paragraphes 4 et 5.*

Article 35. Reconnaissance et exécution (suite)

Paragraphe 3 (suite)

61. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) dit que le Groupe de travail des prati-

ques en matière de contrats internationaux a décidé d'insérer ce paragraphe dans le projet pour des raisons valables liées à la structure de la loi type et à ses rapports avec la Convention de New York de 1958. En donnant suite aux objections soulevées à l'encontre du paragraphe lors de la 320e séance, la Commission a peut-être négligé ces considérations. M. Broches estime que la loi type devrait énoncer explicitement ce que stipule l'article 35, paragraphe 3. En conséquence, il prie instamment la Commission d'étudier sérieusement la possibilité de revenir sur sa décision de supprimer ledit paragraphe.

62. Le PRÉSIDENT dit que la Commission ne souhaitera pas revenir sur l'une de ses décisions sans avoir de très bonnes raisons de le faire. S'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission maintient sa décision de supprimer le paragraphe 3 de l'article 35.

63. *Il en est ainsi décidé.*

64. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que sa délégation souhaite faire savoir qu'elle n'est pas satisfaite de ce que trop peu de temps ait été imparti pour la discussion des points importants soulevés par le paragraphe 3 de l'article 35, et sur lesquels l'observateur du Conseil international pour l'arbitrage commercial a attiré l'attention.

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

Paragraphe 1

65. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) dit que, ayant décidé de traiter à la fois les sentences nationales et les sentences étrangères dans la loi type, la Commission doit se souvenir que les mêmes dispositions ne s'appliquent pas toujours nécessairement aux deux; les motifs de refus qui doivent être prouvés par les parties ne sont pas nécessairement les mêmes dans les deux cas et les motifs de refus exposés à l'alinéa *a* du premier paragraphe de l'article 36 ne devraient pas être obligatoires pour les sentences nationales. Pour que cette distinction apparaisse bien, il faudrait rédiger à nouveau l'article 36; toutefois, il est déjà difficile à lire sous sa forme actuelle, et une nouvelle rédaction risquerait de le rendre encore plus complexe. Une autre possibilité serait de limiter l'application de l'article 36 aux sentences étrangères et d'ajouter un nouvel article 37 reprenant les termes de l'article 36, mais applicable uniquement aux sentences nationales; il y aurait répétition du texte, mais celui-ci serait plus facile à saisir.

66. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) propose qu'au paragraphe 1 de l'article 36, les mots "quel que soit le pays où elle a été rendue" soient supprimés, et que le mot "étrangère" soit inséré après les mots "sentence arbitrale". La loi type serait alors le reflet de la Convention de New York de 1958, du fait qu'elle ne s'appliquerait qu'aux sentences étrangères.

67. M. LOEFMARCK (Suède) dit que d'un point de vue logique, il faudrait traiter séparément les sentences étrangères et les sentences nationales; d'un point de vue pratique, toutefois, il se demande si cela est dans l'intérêt des différents pays. Il est partisan du maintien tel quel du texte de l'article 36.

68. M. ROEHRICH (France) est lui aussi favorable au maintien du texte tel qu'il se présente. La loi type est conçue pour s'appliquer à l'arbitrage commercial international et il est inutile de limiter l'article 36 aux sentences étrangères, dans la mesure notamment où il établit des motifs de refus de l'exécution semblables aux motifs d'annulation indiqués à l'article 34.

69. M. SZASZ (Hongrie) dit que l'un des principaux points soulevés pendant l'examen de l'article 35 a été que la loi type est non pas une simple répétition de la Convention de New York de 1958, mais une innovation dans ce sens qu'elle établit un régime commun unifié pour l'arbitrage commercial international. Si l'article 36 ne devait s'appliquer qu'aux sentences étrangères au sens de la Convention de New York de 1958, les articles 35 et 36 seraient totalement superflus et pourraient être supprimés. La Commission devrait chercher plutôt à établir un système de reconnaissance et d'exécution qui ait une portée complètement différente de celui de la Convention de New York de 1958 mais tienne compte des enseignements tirés de son application.

70. M. BONELL (Italie) approuve les commentaires du représentant de la Hongrie.

71. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) dit que, compte tenu des remarques du représentant de la Hongrie, il retire sa proposition.

72. M. LOEFMARCK (Suède) dit que dans certains systèmes juridiques, notamment les systèmes suédois et finlandais, ce n'est pas d'un tribunal, mais d'une autre autorité que relève l'exécution des sentences nationales. Il suggère en conséquence que l'on insère les mots "ou à une autre autorité" après les mots "au tribunal compétent", à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 36.

73. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) dit qu'à son avis le problème est résolu par la définition du terme "tribunal" donnée à l'alinéa *c* de l'article 2.

74. M. BOGGIANO (Observateur de l'Argentine) rappelle la question de la compétence du tribunal arbitral, soulevée lors de l'examen de l'alinéa *c* du paragraphe 2 de l'article premier. Si un différend pouvait être rendu international par la seule volonté des parties, le recours à l'arbitrage pourrait être un moyen pour ces dernières de se soustraire à la juridiction du pays dans lequel est né le différend. Toutefois, en application de l'alinéa *a* i du paragraphe 1 de l'article 36, le tribunal devant lequel l'exécution est demandée peut souhaiter récuser une convention conclue entre les parties sur la compétence du tribunal arbitral, s'il estime qu'elle représente une tentative de se soustraire à la juridiction d'un pays avec lequel le différend est directement lié. M. Boggiano se réfère en outre aux observations écrites de son pays (A/CN.9/263, p. 52, par. 1) sur la façon dont l'article devrait être interprété.

La séance est levée à 17 heures.

330e séance

Mercredi 19 juin 1985, à 9 h 30

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 9 h 35.

Arbitrage commercial international (*suite*)
(A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2; A/CN.9/264, A/CN.9/XVIII/CRP.9, 11 et 12)

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

1. De l'avis de M. PELICHET (Observateur, Conférence de La Haye de droit international privé), la Commission ayant décidé de supprimer du sous-alinéa 2 *a* i de l'article 34 l'expression "en vertu de la loi qui leur est applicable", il faut éliminer cette même expression du sous-alinéa 1 *a* i de l'article 36.

2. M. BOGGIANO (Observateur de l'Argentine) approuve cette suggestion qui est conforme à la tendance actuelle visant à accorder aux parties une plus large autonomie.

3. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) dit que, puisqu'il s'est opposé à la suppression du membre de phrase "en vertu de la loi qui leur est applicable" au sous-alinéa 2 *a* i de l'article 34, il ne peut pas être favorable au même amendement dans l'article examiné.

4. Pour M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques), il faut que le rapport de la Commission fasse ressortir clairement que cette modification est purement d'ordre rédactionnel et n'a aucune incidence sur l'interprétation de la Convention de New York de 1958.

5. M. LOEFMARCK (Suède) demande, à propos du sous-alinéa 1 *a* v de l'article 36, ce qui se passera si l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère est demandée dès que la sentence a acquis force obligatoire, mais avant l'expiration du délai de trois mois pendant lequel une procédure d'annulation peut être engagée. Le tribunal compétent peut, par exemple, constater des erreurs pouvant entraîner l'annulation de la sentence ou encore apprendre qu'une procédure d'annulation est déjà engagée. Ce point doit être abordé dans le rapport de la Commission pour que les Etats adoptant la loi type prévoient, s'il y a lieu, des dispositions législatives nationales appropriées.

6. Le PRÉSIDENT dit que, dans le système juridique de son pays, l'exécution de la sentence peut être suspendue si le tribunal compétent estime qu'une demande d'annulation risque d'être présentée. La loi type ne doit contenir aucune référence spécifique à l'exécution des sentences arbitrales étrangères pouvant s'opposer à la législation nationale existante. Toutefois, ce point sera traité dans le rapport.

7. Selon M. SEKHON (Inde), la notion d'ordre public (*public policy*) existe aussi dans les Etats de tradition romaine, mais s'applique avant tout au droit des contrats. La délégation indienne propose donc de supprimer le sous-alinéa *b* ii du paragraphe 1 de l'article 36.

8. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que, dans le sous-alinéa *b* ii du paragraphe 2 de l'article 34, la Commission a décidé de maintenir l'expression "ordre public" mais d'indiquer dans le rapport les interprétations possibles de ce terme. La Commission a également décidé d'aligner le libellé du sous-alinéa 2 *a* ii de l'article 34 sur celui du paragraphe 3 de l'article 19 en insérant une référence au principe de l'égalité de traitement des parties.

9. M. GRAHAM (Observateur du Canada), soutenu par M. RICKFORD (Royaume-Uni), dit qu'il comprend l'expression *public policy* au sens qu'elle a en français ("ordre public"), plutôt qu'au sens restreint qu'elle a dans les pays de *common law*.

10. Le PRÉSIDENT dit que s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission désire supprimer l'expression "en vertu de la loi qui leur est applicable" au sous-alinéa 1 *a* i de l'article 36 et conserver la référence à "l'ordre public" au sous-alinéa 1 *b* ii de l'article 36.

11. *Il en est ainsi décidé.*

Article 15. Nomination d'un arbitre remplaçant (suite)
(A/CN.9/XVIII/CRP.11)

12. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que le document à l'examen (A/CN.9/XVIII/CRP.11) a été établi avant que la Commission ne soit parvenue à une décision définitive sur le texte de l'article 14. Toutefois, puisqu'il a été décidé de maintenir le texte original de l'article 14, l'amendement à l'article 15 figurant dans ce document n'est plus nécessaire.

13. M. SEKHON (Inde), parlant au nom du groupe de travail spécial, retire cet amendement.

Article premier. Champ d'application (suite)
(A/CN.9/XVIII/CRP.12)

14. M. HERRMANN (Service du droit commercial international), en présentant le projet de nouveau paragraphe 1 *bis* de l'article premier proposé par le secrétariat (A/CN.9/XVIII/CRP.12), dit que ce projet fait suite à la décision provisoire de la Commission visant à donner à la loi type un champ d'application territorial strict. Il a été décidé que les dispositions de la loi type s'appliqueront si le lieu de l'arbitrage est situé dans l'Etat particulier qui a adopté cette dernière, à l'exception des articles 8, 9, 35 et 36 qui s'appliqueront quel que soit le lieu de l'arbitrage. D'autre part, la Commission n'a pas encore décidé si les tribunaux ont à fournir l'assistance envisagée aux articles 11, 13 et 14 même avant que le lieu de l'arbitrage ait été déterminé; si elle décide que non, le projet de nouveau paragraphe 1 *bis* pourra être grandement simplifié : c'est cette autre version possible qui est proposée dans le document A/CN.9/XVIII/CRP.12.

15. Puisque le paragraphe 1 *bis* de l'article premier stipulerait explicitement que les articles 8, 9, 35 et 36 sont exclus du champ d'application territorial strict, une nouvelle définition explicite du champ d'application global de certains de ces articles risquerait de donner lieu à des erreurs d'interprétation. Si la Commission veut clarifier ce point pour les articles 35 et 36, on peut modifier le titre du chapitre VIII de la loi type pour indiquer que les articles y figurant régissent la reconnaissance et l'exécution des sentences quels que soient les pays où elles ont été rendues.

16. Le PRÉSIDENT dit que la Commission a décidé d'inclure une disposition sur le champ d'application territorial de la loi type, à condition qu'il y ait accord sur un texte satisfaisant; sinon, elle garderait le texte original, bien qu'il puisse donner lieu à des interprétations différentes.

17. M. ROEHRICH (France) penche pour l'inclusion d'une disposition sur le champ d'application territorial et préfère la deuxième version, plus brève, du nouveau paragraphe 1 *bis*. Toutefois, la délégation française n'est pas convaincue par les autres critères qui ont été suggérés pour les dispositions relatives aux fonctions des tribunaux énoncées aux articles 11, 13 et 14, à savoir l'établissement du demandeur ou du défendeur et elle estime qu'il faut mieux définir le tribunal qui fournira l'assistance. La version abrégée du projet de nouveau paragraphe 1 *bis* ne permettra pas aux tribunaux de fournir une assistance avant que le lieu de l'arbitrage ait été déterminé, mais il est vrai qu'une telle assistance est rarement demandée si tôt.

18. M. SZASZ (Hongrie) s'associe aux observations du représentant de la France. La loi type doit absolument comporter une règle sur le champ d'application territorial et il est favorable à la plus brève des versions proposées. M. Szász se félicite que le secrétariat ait soumis deux projets, car les rédacteurs des législations nationales, en lisant les comptes rendus des débats, pourront comprendre les raisons ayant motivé la décision de la Commission.

19. M. BONELL (Italie), tout en comprenant les arguments avancés en faveur du texte abrégé, en appuie néanmoins la version la plus longue. En premier lieu, les mots "à l'exception des articles 8, 9, 35 et 36" figurant dans le texte abrégé peuvent être interprétés à tort comme signifiant que ces articles ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage n'est pas situé sur le territoire de l'État en question. Cependant, la principale des raisons qui le poussent à appuyer la version la plus longue du texte est que celle-ci prévoit les cas où l'assistance d'un tribunal est nécessaire alors que le lieu de l'arbitrage n'a pas encore été déterminé. Il est vrai que la Commission doit décider de la question de savoir si elle veut prendre ces cas en considération; toutefois, M. Bonell estime qu'il conviendrait d'inclure si possible dans le paragraphe une disposition à ce sujet. La proposition du secrétariat est réaliste et permettrait de faire face à bon nombre, sinon à la totalité des situations qui risquent de se présenter dans la pratique. Si l'intervention de tribunaux différents dans la même procédure arbitrale risque de poser des problèmes, ce n'est pas en les ignorant qu'on les évitera. Les parties n'ont pas toujours la possibilité de déterminer le lieu de l'arbitrage; en pareil cas, il appartiendra au tribunal de prendre une décision. Une autre raison de préférer la version la plus longue est qu'elle dispose que, dans ce contexte, le critère à retenir est celui de l'établissement du défendeur.

20. Le PRÉSIDENT pense que la première question soulevée par le représentant de l'Italie pourrait être résolue si l'on retenait la version la plus longue en spécifiant que les dispositions de la loi "ne s'appliquent que" si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire de l'Etat.

21. *Il en est ainsi décidé.*

22. M. PELICHET (Observateur, Conférence de La Haye de droit international privé) dit que, pour des raisons techniques relatives à la rédaction des lois, il doute sérieusement de l'intérêt du paragraphe proposé. La loi type sera incorporée dans les législations nationales; or, dans ce contexte, dire qu'une loi s'applique dans le pays qui l'adopte revient à énoncer une évidence juridique. Le texte proposé pourrait inciter, par un raisonnement *a contrario*, à soutenir que le législateur qui adopte la loi type ne permet pas, par exemple à des parties établies à l'étranger, de l'appliquer à une procédure arbitrale. De l'avis de M. Pelichet, l'article proposé n'a aucune utilité.

23. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) convient avec le représentant de l'Italie qu'il serait utile que la loi type tienne si possible compte des cas où les parties ne sont pas convenues du lieu de l'arbitrage. Il admet toutefois à regret qu'en l'occurrence — et faute d'un groupe de travail pour examiner les aspects complexes de ce problème — il est impossible d'envisager cette situation.

24. Parmi les problèmes à résoudre, il y aura celui de savoir si le tribunal choisi pour octroyer l'assistance devrait être celui du demandeur ou celui du défendeur, ou encore un autre tribunal. M. Holtzmann ne peut souscrire au choix du tribunal du défendeur. Pour des raisons qu'il s'abstiendra d'exposer à moins que l'on adopte la variante la plus longue du nouveau paragraphe, M. Holtzmann estime que les dispositions de cette variante sont incompatibles avec celles de l'article premier existant. Il appuie donc la version abrégée, étant entendu que le point de rédaction soulevé par le représentant de l'Italie et la solution proposée par le Président — à laquelle il souscrit — seront renvoyés au comité de rédaction.

25. M. Holtzmann suggère qu'il soit noté dans le rapport que de toute évidence les questions d'assistance se posant dans les cas visés par les articles 11, 13 et 14 ne relèvent pas de la loi type. Il appartiendra aux parties de résoudre ce problème — ce qui sera facile si elles y mettent de la bonne volonté — car elles ne disposent autrement que des recours éventuellement prévus par les lois nationales.

26. *Il en est ainsi décidé.*

27. M. STROHBACH (République démocratique allemande) est favorable à l'insertion d'un nouveau paragraphe et appuie la version abrégée du texte proposé, y compris l'amendement rédactionnel de l'Italie.

28. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) appuie l'idée de l'inclusion d'un article général, dont il préfère lui aussi la version abrégée. Il souscrit à la définition du champ d'application territorial donnée ailleurs dans la loi type.

29. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) n'est pas tout à fait d'accord avec l'observateur de la Conférence de La Haye car une législation nationale peut parfaitement comporter une disposition régissant son champ d'application, voire le restreignant; il s'agirait dans ce dernier cas d'une disposition autolimitative.

30. En ce qui concerne la proposition du secrétariat, il en préfère la version abrégée mais suggère qu'elle soit énoncée en des termes plus généraux, sans que les articles soient énumérés, par exemple comme suit : "Les dispositions de la présente Loi s'appliquent si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent Etat ou si un tribunal du présent Etat est appelé à trancher une question juridique relative à l'arbitrage." Ceci couvrirait tous les cas où un tribunal de l'Etat en question serait appelé à trancher une question relative à une affaire d'arbitrage commercial international.

31. Le PRÉSIDENT suggère que la formulation de l'amendement proposé, qui porte sur une question de présentation, soit confiée au comité de rédaction.

32. *Il en est ainsi décidé.*

33. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) ne disconvient pas que la règle énoncée dans le nouveau paragraphe proposé est une évidence comme l'a dit l'observateur de la Conférence de La Haye, mais il l'estime néanmoins utile. Il en appuie la version abrégée, sous réserve de modifications rédactionnelles.

34. M. LOEFMARCK (Suède) partage le point de vue du représentant de l'Italie. Bien qu'il préfère la version la plus longue du nouveau paragraphe, il se rangera à l'avis de la majorité si celle-ci est favorable à la version abrégée. Il regrette toutefois que cette version exclue la possibilité de recours au tribunal stipulé dans la loi type.

35. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) déplore qu'il reste si peu de temps pour régler une question d'une telle importance. Il appelle l'attention sur la proposition que sa délégation a faite à ce propos dans ses observations relatives à l'article 6 (A/CN.9/263, p. 19 par. 5). Cette proposition est proche de l'idée, avancée au cours du débat, que le critère territorial pourrait être combiné à l'accord des parties. Vu les circonstances, M. Lebedev est toutefois disposé à se rallier à l'avis de la majorité et à appuyer la variante la plus brève du nouveau paragraphe étant entendu, comme l'a dit le représentant des Etats-Unis, que les cas dans lesquels le lieu de l'arbitrage n'aurait pas encore été convenu devraient rester en dehors du champ d'application de la loi type.

36. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) regrette, comme le représentant de l'Union soviétique, que le temps manque pour étudier les incidences de la question examinée. Il préfère en conséquence l'approche suggérée par le représentant des Etats-Unis et développée par celui de l'Union soviétique.

37. M. SAWADA (Japon) appuie également la version abrégée, mais convient avec le représentant de l'Union soviétique que, dans les cas où le lieu de l'arbitrage n'a pas encore été décidé, il vaut mieux, plutôt que de déclarer impossible l'obtention de l'assistance d'un tribunal au titre des articles 11, 13 et 14, soumettre la question à la législation de l'Etat concerné.

38. Le PRÉSIDENT présume que la Commission décide de renvoyer au Comité de rédaction la version abrégée du nouveau paragraphe 1 *bis* pour modification rédactionnelle.

39. *Il en est ainsi décidé.*

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

40. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) croit comprendre que l'adoption dans sa version abrégée du nouveau paragraphe 1 *bis* de l'article premier, résoudrait aussi la question laissée en suspens à propos de l'article 27. A cet égard, il attire l'attention sur la suggestion qu'a faite la délégation soviétique de supprimer dans cet article les mots "En vertu de la présente loi" (A/CN.9/263, p. 39, par. 1).

41. Le PRÉSIDENT suggère de supprimer tout le premier membre de phrase "Dans une procédure arbitrale menée dans le présent Etat ou en vertu de la présente Loi"; l'article se lirait alors comme suit : "Le tribunal arbitral, ou une partie . . .". Il est inutile de réaffirmer le principe de la territorialité qui se trouve maintenant énoncé au nouveau paragraphe 1 *bis* de l'article premier.

42. *Il en est ainsi décidé.*

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

43. M. BROCHES (Observateur, Conseil international pour l'arbitrage commercial) appuie la suggestion du secrétariat concernant le titre du chapitre englobant l'article 8.

44. Le PRÉSIDENT doute qu'il soit réellement nécessaire de modifier ce titre, puisque le nouveau paragraphe 1 *bis* de l'article premier stipule que la restriction territoriale ne s'applique pas aux articles 35 et 36.

45. M. SZASZ (Hongrie), appuyé par M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques), demande si la note de bas de page relative au titre de l'article premier et les titres des articles en général seront conservés dans la version définitive de la loi type.

46. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) explique que, vu que les pratiques diffèrent dans ce domaine, on a jugé utile d'indiquer dans la loi type que les titres ne font pas partie du texte adopté par la Commission, mais ont été ajoutés uniquement pour faciliter la lecture du texte et ne doivent pas être utilisés à des fins d'interprétation. Il appartient à chaque Etat de décider s'il souhaite indiquer l'objet des titres.

47. Le PRÉSIDENT présume qu'il n'y a pas d'objection à ce que cette note de bas de page soit maintenue.

48. *Il en est ainsi décidé.*

Article 2. Définitions et règles d'interprétation (suite) (A/CN.9/XVIII/CRP.13)

49. Le PRÉSIDENT présume, en l'absence d'observations, que la Commission décide d'adopter la proposition faite par la délégation de la République démocratique allemande et l'observateur de la Conférence de La Haye de droit international privé (A/CN.9/XVIII/CRP.13).

50. *Il en est ainsi décidé.*

Article 19. Détermination des règles de procédure (suite)

Paragraphe 2

51. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) rappelle qu'à sa 316e séance, la Commission a décidé de procéder à l'examen du paragraphe 2 de l'article 19 une fois achevé l'examen de l'article 28 (A/CN.9/SR.316, par. 76 et 77) et que la délégation des Etats-Unis a été invitée à soumettre un texte à la Commission pour examen.

52. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que sa délégation n'a pas élaboré de texte mais il estime possible d'utiliser la proposition écrite relative à l'article 7 (A/CN.9/263/Add.1, p. 7 et 8, par. 8) que la Chambre de commerce internationale (CCI) a présentée; ce texte pourrait d'ailleurs figurer ailleurs que dans l'article 19, mais il conviendrait d'y apporter les modifications suivantes : remplacer les termes "organisé par une institution permanente d'arbitrage" par "régi par des règles particulières en matière d'arbitrage"; remplacer les termes "aux règles de ladite institution d'arbitrage" par "à pareilles règles" et remplacer "dispositions impératives de la présente loi" par "dispositions de la présente loi auxquelles les parties ne peuvent déroger".

53. La proposition de la CCI vise à rendre la loi type encore plus explicite en ce qui concerne l'importance des règlements d'arbitrage. Néanmoins, l'inclusion de la disposition n'est pas absolument nécessaire car la loi type insiste sur le droit des parties à passer des accords, notamment des accords relatifs aux règlements d'arbitrage.

54. Le PRÉSIDENT fait observer que le paragraphe 1 de l'article 19 et l'alinéa *d* de l'article 2 sous-entendent l'un et l'autre que la convention entre les parties relative à un règlement d'arbitrage est un élément de la convention des parties. Peut-être convient-il que le rapport de la Commission indique que c'est là l'avis général sur ce sujet et, si la proposition de la CCI n'a pas été retenue, c'est uniquement parce qu'elle n'était pas nécessaire.

55. M. BONELL (Italie) approuve les observations du Président relatives aux incidences du paragraphe 1 de l'article 19 et de l'alinéa *d* de l'article 2. Lors du débat sur l'article 19, il a appelé l'attention sur les observations écrites de son gouvernement relatives au paragraphe 2 de l'article 19 (A/CN.9/263, p. 33, par. 4). La Commission devrait maintenant envisager la suppression de la deuxième phrase de ce paragraphe. Sinon, les problèmes auxquels il est fait référence dans les observations de son gouvernement risquent de se poser.

56. Le PRÉSIDENT suggère une solution possible du problème qui consisterait à insérer dans le texte les mots "sous réserve de l'article 28".

57. M. BONELL (Italie) dit que, si la suggestion du Président est acceptée, il retirera sa proposition tendant à la suppression de la deuxième phrase du paragraphe.

58. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que, si des parties optent pour l'arbitrage, c'est entre autres raisons pour échapper aux règles techniques en matière de fourniture de la preuve, qu'elles aient trait à la procédure ou au fond. Le but de la loi type est précisément d'éviter l'application de règles techniques en matière de preuve. C'est pourquoi il pense que la Commission devrait adopter le texte du groupe de travail.

59. Le PRÉSIDENT, constatant qu'il y a eu peu de prises de position en faveur de la suppression ou de la modification de la deuxième phrase du paragraphe 2, considère que la Commission opte pour le maintien du paragraphe sans modifications.

60. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 3

61. Le PRÉSIDENT rappelle que la Commission doit simplement décider si le paragraphe 3 de l'article 19 restera à sa place actuelle ou s'il sera placé plus haut dans le texte.

62. M. SAMI (Iraq), appuyé par M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) et M. RICKFORD (Royaume-Uni), dit que le paragraphe 3 de l'article 19 exprime un principe général qui doit régir toutes les phases de la procédure arbitrale et pas seulement les deux cas couverts dans les paragraphes 1 et 2 de l'article 19. Il convient par conséquent de le placer plus haut dans le texte.

63. M. SEKHON (Inde) partage l'opinion du représentant de l'Iraq et fait observer que, si le paragraphe est déplacé, il faudra supprimer les mots "Dans les deux cas".

64. M. LOEFMARCK (Suède) dit que la disposition contenue dans le paragraphe 3 de l'article 19 est l'expression d'une règle trop importante pour être cachée à l'article 19 sous le titre "Détermination des règles de procédure".

65. Le PRÉSIDENT suggère de transformer le paragraphe 3 de l'article 19 en un nouvel article 18 *bis* qui serait le premier article du chapitre V; le comité de rédaction devrait alors proposer un intitulé approprié. L'article 19 suivrait alors avec son titre actuel, mais il ne comporterait que deux paragraphes. En l'absence d'objection, il considère que la Commission accepte cette suggestion.

66. *Il en est ainsi décidé.*

Article 12. Motifs de récusation (suite)
(A/CN.9/XVIII/CRP.9)

67. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que le groupe de travail spécial a réexaminé sa proposition (A/CN.9/XVIII/CRP.9) et qu'il a conclu que l'on pouvait se demander si les termes "doutes légitimes" s'appliquaient ou non au membre de phrase "ou sur toute autre qualification convenue par les parties". Il propose maintenant de remplacer ce membre de phrase par "ou s'il ne possède pas les qualifications convenues par les parties".

68. Le PRÉSIDENT suggère que la Commission accepte la proposition du groupe de travail spécial.

69. *Il en est ainsi décidé.*

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

et

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

70. M. GRIFFITH (Australie) dit que, si le comité de rédaction doit proposer un amendement au sous-alinéa 2 *a* ii de l'article 4, le sous-alinéa 1 *a* ii de l'article 36 devra être modifié de façon similaire.

71. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) dit que, pour autant qu'il se rappelle, la décision de demander au comité de rédaction d'élaborer un amendement ne valait que pour l'article 34. Aucune décision n'a été prise quant à l'inclusion d'un amendement similaire dans l'article 36, d'autant moins que le sous-alinéa 1 *a* ii de cet article reproduit de propos délibéré l'énoncé de la disposition correspondante de la Convention de New York de 1958 (art. V i *b*). Si pareil amendement était apporté à l'article 36, les conditions d'exécution d'une sentence arbitrale en application de la loi type seraient plus difficiles qu'en application de la Convention de New York de 1958. Ce n'est pas là ce que veut la Commission.

72. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) considère que la Commission doit décider s'il convient d'aligner l'article 36 sur l'article 34 de la manière proposée par le représentant de l'Australie.

La séance est levée à 12 h 35.

331e séance

Mercredi 19 juin 1985, à 14 heures

Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 14 h 5.

Arbitrage commercial international (*suite*) (A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2; A/CN.9/264)

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

et

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

1. Le PRÉSIDENT indique que la question se pose de savoir si la Commission devait supprimer la disparité créée par elle entre les articles 34 et 36; le premier inclut maintenant une liste plus complète de motifs de recours judiciaire que celle du deuxième, inspiré de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Etant donné que cette dernière n'envisage pas la question de l'annulation, il n'est peut-être pas gênant que la Commission admette une formulation différente pour chaque article.

2. M. ROEHRICH (France) préférerait que les articles 34 et 36 soient rédigés en termes identiques. Bien qu'ils visent des objets différents, toute disparité entre eux risque de soulever des problèmes d'interprétation. De plus, le nouvel article 18 *bis* pose une règle générale applicable au déroulement de la procédure arbitrale qui devrait apaiser les craintes des partisans d'une rédaction plus précise de l'article 34.

3. M. SZASZ (Hongrie) estime, comme le représentant de la France, que les articles 34 et 36 doivent être rédigés en termes identiques. Le rapport de la Commission devrait préciser que les dispositions de ces deux articles sont supplétives de celles de l'article 18 *bis*.

4. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) souscrit totalement aux observations des représentants de la France et de la Hongrie. Il serait extrêmement difficile de modifier le sous-alinéa 2 *a* ii de l'article 34 en y insérant une référence au paragraphe 1 de l'article 19 ou à l'article 18 *bis* sans répéter les dispositions du sous-alinéa 2 *a* iv de l'article 34.

5. M. DUCHEK (Autriche) souligne que le sous-alinéa 2 *b* ii de l'article 34 doit être entendu comme ne visant pas exclusivement la sentence mais aussi les procédures ayant conduit à son prononcé. Sous réserve que cette interprétation large du terme "sentence" soit clairement reprise par le rapport de la Commission, il est favorable à la rédaction de l'article 34 proposée par le Groupe de travail sur les pratiques en matière de contrats internationaux.

6. M. RICKFORD (Royaume-Uni) rapporte que la délégation de son pays serait peu encline à accepter toute décision de la Commission visant à harmoniser les articles 34 et 36 qui impliquerait un renversement de la décision d'étendre la portée de l'article 34. Toutefois, la Commission estimera peut-être que cet objectif pourrait aussi bien être obtenu par l'insertion dans le rapport d'une formule consacrant l'interprétation large par la Commission de l'alinéa 2 *b* ii de l'article 34. Dans ce cas, la délégation de son pays pourrait accepter que cette solution soit substituée à la décision précédente.

7. De l'avis de M. GRIFFITH (Australie), si cette suggestion était adoptée, le rapport devrait faire clairement ressortir que toute violation des obligations visées à l'article 18 *bis* relève des dispositions du paragraphe 2 de l'article 34.

8. Le PRÉSIDENT indique que la solution définie par les représentants du Royaume-Uni et de l'Australie permettrait de remettre les termes de l'article 34 en harmonie avec ceux de l'article 36. En conséquence, il considérera, si personne ne s'y oppose, que la Commission souhaite rapporter sa décision d'élargir les motifs d'annulation énoncés au paragraphe 2 de l'article 34 et préfère inclure dans son rapport la formule mentionnée par les représentants du Royaume-Uni et de l'Australie.

9. *Il en est ainsi décidé.*

Points complémentaires proposés aux fins d'insertion dans la loi type

Demande reconventionnelle

10. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) approuve la proposition écrite faite par le Gouvernement du Mexique (A/CN.9/263, p. 54, par. 2), à l'effet de mentionner expressément dans la loi type les demandes reconventionnelles et les conclusions en réplique à celles-ci. Bien qu'il soit implicite que ces actes de procédure relèvent, *mutatis mutandis*, de toutes les dispositions du texte applicables aux conclusions en demande et en défense, ils constituent souvent un aspect très important de la procédure arbitrale et doivent être explicitement mentionnés. C'est ce qui ressort de l'expérience relative au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui les traite expressément. Tout le problème est d'adopter une rédaction satisfaisante.

11. M. RUZICKA (Tchécoslovaquie) est du même avis que le représentant des Etats-Unis d'Amérique et signale les observations écrites du Gouvernement tchécoslovaque qui propose également une disposition relative à cette question (A/CN.9/263, p. 54, par. 3).

12. M. SEKHON (Inde) est lui aussi de l'avis du représentant des Etats-Unis; le système juridique indien distingue clairement ces différents actes de procédure.

13. Le PRÉSIDENT constate que la Commission semble favorable à l'idée de mentionner expressément les demandes reconventionnelles et les conclusions en défense aux demandes reconventionnelles dans la loi type. Il suggère que toutes les délégations intéressées participent à la rédaction d'une clause appropriée à cette fin.

14. *Il en est ainsi décidé.*

Charge de la preuve

15. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) signale le paragraphe 1 de l'article 24 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ainsi rédigé : "Chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde sa requête ou sa réponse". Bien qu'une telle exigence puisse paraître aller de soi aux experts en matière juridique, son inclusion dans le règlement a été extrêmement utile en pratique et elle devrait également figurer au chapitre V de la loi type.

16. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) indique que son pays a fait une proposition analogue dans ses observations écrites (A/CN.9/263, p. 55, par. 9). Ce principe est vraiment important en pratique et devrait figurer expressément dans la loi type. Le libellé cité par le représentant des Etats-Unis conviendrait à cet effet.

17. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) reconnaît la nécessité d'apporter la preuve du bien-fondé d'une demande ou d'une réponse, mais il doute de l'opportunité de stipuler dans la loi type que la charge de la preuve incombe aux parties. La loi type traite de la procédure arbitrale, qui diffère de la procédure judiciaire et vise à un règlement amiable entre les parties. Il ne serait pas opposé à une simple affirmation de la nécessité pour les parties de produire des éléments de preuve, mais pense qu'on manifesterait un juridisme inutile en leur imposant d'apporter la preuve des faits sur lesquels elles fondent leur requête ou leur réponse. C'est pourquoi il est très réticent à l'égard de la reproduction de la clause du Règlement de la CNUDCI dans la loi type. Une version moins contraignante du texte n'empêcherait pas les parties de convenir de la charge de la preuve si elles le souhaitent.

18. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) dit que c'est un principe élémentaire du droit que la charge de la preuve incombe au demandeur. Le principe s'applique à la procédure tant judiciaire qu'arbitrale, ce qui explique qu'il figure dans le Règlement de la CNUDCI. A son avis, par conséquent, la loi type devrait reprendre la clause du Règlement de la CNUDCI, même si, dans le cas contraire, cette règle serait observée en pratique puisqu'il s'agit d'un principe fondamental du droit.

19. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) dit que le paragraphe 1 de l'article 24 du Règlement de la CNUDCI énonce un principe fondamental de la procédure judiciaire. Comme aucune raison n'interdit son application à l'arbitrage, la délégation de la République fédérale d'Allemagne appuie la proposition d'inclure la disposition dans la loi type.

20. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) signale qu'une telle disposition serait incompatible avec les paragraphes 1 et 2 de l'article 19 et avec celles de l'article 28. Le problème serait particulièrement aigu du point de vue de la loi applicable. Les règles juridiques de fond, par exemple, contiennent parfois des dispositions qui spécifient à quelle partie incombe la charge de fournir un type déterminé de preuves.

21. M. JOKO-SMART (Sierra Leone) appuie la proposition des Etats-Unis : les dispositions du paragraphe 1 de l'article 24 du Règlement de la CNUDCI, bien que communes à la plupart des systèmes judiciaires, devraient figurer dans la loi type.

22. De l'avis de M. RAMADAN (Egypte), puisque l'on a signalé que le principe énoncé dans le Règlement de la CNUDCI était déjà implicitement admis dans le paragraphe 2 de l'article 19, l'intérêt de son introduction dans un nouveau paragraphe paraît discutable. De plus, la loi type n'a pas à suivre toujours le Règlement de la CNUDCI : par exemple, l'article 23 de la loi type diffère de l'article 18 du Règlement de la CNUDCI. La délégation de l'Egypte n'appuie pas la proposition.

23. Pour M. ROEHRICH (France), on ne voit pas clairement quelle serait la relation entre la disposition proposée et les paragraphes 1 et 2 de l'article 19. La disposition prévaudrait-elle sur le paragraphe 1, ce qui limiterait la liberté des parties de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral ? Limiterait-elle même la liberté que laisse le paragraphe 2 au tribunal arbitral ? De ce point de vue, il faudrait peut-être examiner de plus près la proposition. Des problèmes se poseraient en outre au sujet du texte du Règlement de la CNUDCI. Par exemple, quelle serait la situation si le défendeur s'appuyait sur les mêmes faits que le demandeur ? Il ne faudrait peut-être pas se borner à une simple reproduction de la disposition du Règlement de la CNUDCI. Tout bien considéré, M. Roehrich s'oppose à l'inclusion de la disposition proposée.

24. De l'avis de M. TANG Houzhi (Chine), la disposition du Règlement de la CNUDCI ne doit pas nécessairement être incorporée dans la loi type. Puisque la question de la charge de la preuve est commune à tous les systèmes judiciaires, son inclusion dans la loi type serait superflue. La délégation de la Chine est en conséquence opposée à la proposition.

25. Pour les raisons avancées par le représentant de Cuba, M. LAVINA (Philippines) appuie la proposition.

26. M. BOUBAZINE (Algérie) indique que sa délégation s'associe à celles qui s'opposent à l'inclusion de la disposition du Règlement de la CNUDCI dans la loi type.

27. M. STROHBACH (République démocratique allemande) dit que sa délégation appuie la proposition. Il s'agit de transférer dans la loi type une disposition du Règlement de la CNUDCI qui devrait y figurer pour les motifs énoncés dans les observations écrites présentées par l'Union soviétique et les Etats-Unis (A/CN.9/163, p. 55 et 56). La disposition pourrait être insérée dans un nouveau paragraphe — le paragraphe 3 — de l'article 19.

28. M. SEKHON (Inde) estime inutile d'alourdir la loi type en spécifiant une règle qui va de soi. La disposition proposée pourrait sans doute aussi poser des problèmes en ce qui concerne les articles 19 et 28. Une autre question est celle du témoignage des experts que les arbitres sont habilités à solliciter. Ces questions sont régies par la loi applicable, dans laquelle apparaissent les différentes dispositions adoptées par les différents pays. La délégation de l'Inde est en conséquence opposée à la proposition.

29. M. SCHUMACHER (République fédérale d'Allemagne) s'associe aux commentaires formulés par l'observateur de la Suisse au sujet de l'article 28. L'application de la règle proposée doit être soumise aux dispositions pertinentes de la loi de fond applicable.

30. M. MOELLER (Observateur de la Finlande) dit qu'il est difficile à sa délégation d'appuyer la proposition, étant donné la possibilité de conflit entre la disposition proposée et l'article 28, ainsi que la question du caractère impératif ou non de la nouvelle disposition.

31. Mme DASCALOPOULOU-LIVADA (Observateur de la Grèce) déclare que la délégation grecque approuve l'inclusion de la règle proposée. Mme Dascalopoulou-Livada ne voit pas comment la règle pourrait ne pas être appliquée, que les parties le désirent ou non, puisque toute convention des parties d'agir autrement serait contraire aux dispositions du nouvel article 18 *bis* qui porte sur l'égalité de traitement.

32. Le PRÉSIDENT suggère que le rapport de la Commission devrait montrer que cette dernière a convenu que la règle relative à la charge de la preuve, au paragraphe 1 de l'article 24 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, devrait habituellement être appliquée, et qu'elle a décidé de ne pas l'inclure dans le texte de la loi type pour trois raisons : premièrement, dans certains systèmes juridiques, la charge de la preuve est une question relevant des règles juridiques de fond et non des règles de procédure; deuxièmement, l'article 19 de la loi type

donne sur ce point une certaine latitude au tribunal arbitral; troisièmement, alors que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est applicable par accord des parties, les dispositions de la loi type seront obligatoires. Si personne ne s'y oppose, le Président considérera que la Commission accepte sa suggestion.

33. *Il en est ainsi décidé.*

Admisstbilité de la preuve écrite

34. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) propose l'inclusion dans la loi type de la disposition faisant l'objet du paragraphe 5 de l'article 25 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, et qui autorise que la preuve par témoins soit administrée sous la forme de déclarations écrites signées par les témoins. Bien qu'il reconnaisse que rien n'exige que la loi type et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI soient identiques, la Commission a néanmoins recommandé au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux qu'il y ait cohérence entre les deux textes. M. Holtzmann sait que certains systèmes juridiques réglementent l'admissibilité de la preuve écrite et il n'ignore pas que la deuxième phrase du paragraphe 2 de l'article 19 de la loi type donne implicitement au tribunal arbitral le pouvoir d'accepter des déclarations écrites s'il en décide ainsi. Toutefois, étant donné les dispositions en vigueur dans certains systèmes juridiques nationaux, il serait utile que la loi type soit explicite sur ce point. Les Etats qui l'adopteront adhéreront ainsi à ce qui est une procédure établie en matière d'arbitrage moderne et qui, comme l'expérience l'a montré, a sensiblement réduit le coût de la procédure arbitrale.

35. Le PRÉSIDENT dit que l'acceptation de l'article 19 constituera déjà un progrès considérable pour les systèmes juridiques dans lesquels des déclarations écrites ne sont jamais admises comme preuves. Il sera difficile aux législateurs d'introduire une loi qui permette expréssement aux arbitres de recevoir des preuves écrites si cette forme est interdite dans la procédure judiciaire.

36. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que, compte tenu des commentaires du Président, il retire sa proposition.

37. Le PRÉSIDENT suggère que le rapport indique que le paragraphe 2 de l'article 19 apporte une réponse à la question.

38. *Il en est ainsi décidé.*

Exigence de la réciprocité pour la reconnaissance ou l'exécution

39. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) attire l'attention sur le fait que dans leurs observations écrites (A/CN.9/263, p. 50, par. 9 à 13) plusieurs gouvernements ont proposé de donner la possibilité aux Etats de subordonner la reconnaissance ou l'exécution de sentences étrangères à la réciprocité. L'article 35 pourrait être l'endroit approprié pour une telle disposition. Le paragraphe 3 de l'article premier de la Convention de New York de 1958 prévoit une telle possibilité et un certain nombre de pays s'en sont prévalus. Il est possible que certains pays n'adoptent la loi type qu'à condition de pouvoir formuler une réserve sur la question de la réciprocité. Il est donc essentiel d'indiquer dans la loi type qu'une telle possibilité existe.

40. Le PRÉSIDENT juge inopportun de faire figurer dans une loi type une disposition qui a davantage sa place dans une convention. Lorsqu'ils adopteront la loi type, les Etats pourront en modifier les dispositions. Il pense que l'on pourrait mentionner dans le rapport que la situation en ce qui concerne l'exigence de la réciprocité est similaire à celle prévue dans la Convention de New York de 1958.

41. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) pense que cela ne serait pas suffisant mais qu'il serait possible de traiter cette question dans la loi type soit en faisant figurer dans l'article 35 une mention faisant référence à la réciprocité ainsi qu'une note de bas de page indiquant que la question de savoir si ce principe doit être ou non inclus dans la législation sera tranchée par chaque Etat lors de l'adoption de la loi type, soit en ajoutant une note de bas de page indiquant que chaque Etat pourra, lorsqu'il adoptera la loi type, envisager de faire figurer l'exigence de la réciprocité dans sa législation.

42. M. RUZICKA (Tchécoslovaquie) souscrit aux vues du représentant de l'Union soviétique.

43. M. HOELLERING (Etats-Unis d'Amérique) dit que, comme elle l'a indiqué dans ses observations écrites sur la question (A/CN.9/263, p. 50, par. 13), sa délégation appuie également le principe de la réciprocité. Toutefois, il estime qu'il serait suffisant de faire figurer une mention à ce sujet dans le rapport.

44. M. RAMADAN (Egypte) dit qu'aucune note de bas de page ne devrait figurer dans la loi type. La Convention de New York de 1958, que son pays a ratifiée, sans formuler de réserve, paragraphe 3 de l'article premier, donne un caractère facultatif au principe de la réciprocité. Or, lorsque la Commission a examiné l'article 35, on a fait valoir qu'il était souhaitable de préserver l'harmonie avec la Convention de New York.

45. M. ROEHRICH (France) ne voit aucune objection à ce que l'on prévoie l'exigence de la réciprocité mais estime qu'il serait nécessaire de mieux en définir la portée exacte. La promulgation par un autre pays de dispositions identiques est-elle ou non suffisante pour satisfaire cette exigence ? Il pense quant à lui qu'il serait plus facile de traiter cette question dans le rapport, en lui consacrant un passage relativement long, plutôt que dans une brève note de bas de page figurant dans le texte.

46. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) dit qu'à défaut de les rendre identiques, on caresse l'espoir que la loi type parvienne à harmoniser considérablement les principes du droit de l'arbitrage dans de nombreux pays. Si cet objectif était atteint, le pays de l'arbitrage n'aurait pas beaucoup d'importance. Il est difficile de prendre en considération le concept de réciprocité dans le cadre des travaux actuels de la Commission, que ce soit dans des textes ou autrement, car ce principe va pratiquement à contre-courant de ces travaux. S'il doit être mentionné, il est préférable de ne pas pas lui accorder trop d'importance.

47. Le PRÉSIDENT dit que l'opinion qui semble l'emporter est qu'il faut clarifier cette question dans le rapport. Le libellé de l'article 35 n'implique pas que tous les Etats qui adopteront la loi type devront nécessairement appliquer cet article à toutes les sentences étrangères sans distinction. Par le biais de l'exigence de la réciprocité, un Etat peut limiter l'application de cet article aux sentences rendues dans des pays où ses propres sentences seraient exécutées de la même manière et dans les mêmes conditions. Les observations concernant cette question devraient être mises en relief dans le rapport au début de la section consacrée à l'article 35. Si personne ne s'y oppose, le Président considérera que la Commission accepte cette proposition.

48. *Il en est ainsi décidé.*

Possibilité d'ajouter un préambule à la loi type

49. M. TANG Houzhi (Chine) dit qu'aucune décision n'a été prise en ce qui concerne la question de savoir si un préambule est nécessaire.

50. Le PRÉSIDENT dit que, comme la loi type n'est pas un instrument international, elle ne devrait pas comporter de préambule.

51. *Il en est ainsi décidé.*

52. Le PRÉSIDENT dit que si personne ne s'y oppose, il considérera que la Commission est d'accord sur le contenu de la loi type et qu'aucun débat ne sera ouvert sur des questions de fond. La Commission examinera seulement le texte établi par le comité de rédaction afin de s'assurer que celui-ci reflète bien ses décisions et qu'il est satisfaisant d'un point de vue linguistique.

53. *Il en est ainsi décidé.*

Le débat faisant l'objet du présent compte rendu prend fin à 15 h 35.

332e séance

Jeudi 20 juin 1985, à 15 heures
Président : M. LOEWE (Autriche)

La séance est ouverte à 15 h 15.

Arbitrage commercial international (*suite*)
(A/CN.9/246 et Corr.1, annexe, A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264; A/CN.9/XVIII/CRP.14 et Add.1)

Projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international

Articles premier à 18 (A/CN.9/XVIII/CRP.14)

Article premier

1. *L'article premier est adopté sans changement.*

Article 2

2. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que, comme suite à la décision prise par la Commission à la séance précédente, tendant à inclure dans la loi type une référence expresse aux demandes reconventionnelles et aux répliques aux demandes reconventionnelles (A/CN.9/SR.331, par. 14), sa délégation et la délégation tchécoslovaque ont préparé une proposition écrite en vue de l'incorporation d'une disposition à cet effet à l'article 2. La proposition sera soumise à la Commission pour examen.

3. Le PRÉSIDENT propose que la Commission adopte l'article tel que rédigé par le comité de rédaction, sous réserve de l'examen de cette proposition.

4. *Il en est ainsi décidé.*

Articles 3 à 5

5. *Les articles 3 à 5 sont adoptés sans changement.*

Article 6

6. M. GRIFFITH (Australie) dit que le paragraphe 3 de l'article 16, tel que proposé par le comité de rédaction, fait référence au tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 et devrait donc être ajouté à la liste des dispositions énoncées dans ce dernier article.

7. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) note que les fonctions des tribunaux mentionnées au paragraphe 3 de l'article 16 et au paragraphe 2 de l'article 34 ne peuvent en fait être exécutées que par un tribunal et non par une autre autorité.

8. Le PRÉSIDENT demande à la Commission son avis sur cette question.

9. M. ROEHRICH (France) dit que les délégations qui souhaitaient incorporer dans l'article 6 une référence à une autorité autre qu'un tribunal n'avaient présent à l'esprit que les articles 11 3), 11 4), 13 3) et 14.

10. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) propose que les mots "le tribunal, les tribunaux ou une autre autorité" soient remplacés par les mots "le tribunal, les tribunaux ou, lorsque cela est indiqué dans la loi type, une autre autorité".

11. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) est disposé à accepter la proposition de l'Union soviétique, mais il propose de la modifier comme suit : ". . . ou, lorsqu'il y est fait référence dans la loi type, . . .".

12. M. GRIFFITH (Australie) propose de remplacer la première virgule de l'article 6 par "et".

13. Le PRÉSIDENT dit qu'il considérera, s'il n'y a pas d'objection, que la Commission souhaite remplacer la première virgule dans l'article 6 par le mot "et" et substituer aux mots "le tribunal, les tribunaux ou une autre autorité" les mots "le tribunal, les tribunaux ou, lorsqu'il y est fait référence dans la loi type, une autre autorité".

14. *Il en est ainsi décidé.*

15. *L'article 6, tel que modifié, est adopté.*

Article 7

16. M. BOGGIANO (Observateur de l'Argentine) dit que, dans la deuxième phrase de la version espagnole du paragraphe 2, le mot "*combatida*" devrait être remplacé par le mot "*negada*".

17. M. GRIFFITH (Australie) dit que le mot "*another*", à la fin de la deuxième phrase de la version anglaise du paragraphe 2, laisse entendre que le texte envisage l'existence de plus de deux parties; cela n'est cependant pas le cas dans la version française, où sont utilisés les mots "*l'autre*".

18. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que le comité de rédaction n'a pas souhaité exclure la possibilité qu'il y ait une troisième partie. Pour plus de clarté, il faudrait utiliser dans la version anglaise les mots "*another party*".

19. Le PRÉSIDENT dit que la loi type est conçue sur la base d'un arbitrage à deux parties.

20. M. RICKFORD (Royaume-Uni) propose d'utiliser dans le texte les mots "l'autre ou les autres", afin d'englober les cas où plus de deux parties sont en jeu.

21. M. ROEHRICH (France) dit que la version française reflète bien ce qu'a dit le Président. Il note que d'autres articles mentionnent "une partie" ou "l'autre partie". Il ne serait pas bon que la Commission aborde la question complexe de l'arbitrage multipartite. Quoi qu'il en soit, le texte actuel n'exclut pas la possibilité qu'il y ait plusieurs parties d'un côté et plusieurs de l'autre.

22. Pour le PRÉSIDENT, il ne semble pas exister de divergences d'opinions quant au fond de la disposition et il propose donc que le texte ne soit pas modifié.

23. *L'article 7 est adopté sans changement, sous réserve de la correction à apporter à la version espagnole sur la demande de l'observateur de l'Argentine.*

Article 8

24. M. SAMI (Iraq) dit que la version arabe du paragraphe 2 n'est pas correcte et devrait être alignée sur la version anglaise.

25. M. SEKHON (Inde) dit que les mots "et une sentence peut être rendue" figurant dans le paragraphe 2 sont superflus, car ils sont sous-entendus dans les mots "la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie".

26. Le PRÉSIDENT dit que ces mots ont été ajoutés afin qu'il soit bien clair que les arbitres n'ont pas à s'abstenir dans un tel cas de rendre une sentence.

27. *L'article 8 est adopté sans changement, sous la réserve des modifications à apporter à la version arabe sur la demande du représentant de l'Iraq.*

Articles 9 et 10

28. *Les articles 9 et 10 sont adoptés sans changement.*

Article 11

29. Répondant à une question posée par M. GRIFFITH (Australie), M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que le libellé de l'alinéa 4 *c* est conforme à la décision prise par la Commission à sa 319e séance (A/CN.9/SR.319, par. 67).

30. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) dit que la version russe du projet de texte de la loi type a été publiée avant que le comité de rédaction n'ait achevé ses travaux et ne reprend donc pas certaines des dispositions convenues par le Comité. Cela est vrai du paragraphe 5 et d'autres parties du projet de texte. Il serait bon que la version russe définitive du texte soit établie par le secrétariat à un stade ultérieur. Cela étant, M. Lebedev ne soulèvera pas de questions concernant la version russe seulement.

31. *L'article 11 est adopté sans changement.*

Article 12

32. M. SAMI (Iraq) note que la référence à l'impartialité ou à l'indépendance n'est pas rendue correctement dans le texte arabe.

33. *L'article 12 est adopté sans changement, sous réserve de la correction à apporter à la version arabe sur la demande du représentant de l'Iraq.*

Article 13

34. M. GRIFFITH (Australie) dit que, compte tenu du débat sur le paragraphe 3 de l'article 16 à la 320e séance, le paragraphe 2 devrait stipuler un délai de 30 jours, comme le paragraphe 3.

35. Le PRÉSIDENT dit que, puisque les paragraphes 2 et 3 traitent de questions différentes, il n'est pas nécessaire que le même délai soit stipulé. La Commission n'ayant pas décidé clairement de changer le délai énoncé au paragraphe 2, il propose que le texte ne soit pas modifié.

36. M. SEKHON (Inde), se référant aux mots "et rendre une sentence" à la fin du paragraphe 3, appelle l'attention de la Commission sur le commentaire à ce propos figurant dans le projet de rapport (A/CN.9/XVIII/CRP.2/Add.5, par. 12). Si le mot "système" utilisé dans le projet de rapport s'entend également des mesures ultérieures, il n'a pas d'objection particulière à émettre, mais le paragraphe 3 actuel a été rédigé d'une manière légèrement différente.

37. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que l'observation faite par le représentant de l'Inde porte avant tout sur la question de savoir laquelle des quatre ou cinq solutions possibles doit être retenue pour ce qui est de la détermination du moment où pourra s'exercer le contrôle des tribunaux. La question de savoir si la poursuite de la procédure englobe le prononcé d'une sentence a été renvoyée au comité de rédaction qui a décidé qu'il serait mieux d'énoncer clairement ce point. C'est pourquoi la référence expresse au prononcé d'une sentence apparaît dans plusieurs articles du projet de texte.

38. *L'article 13 est adopté sans changement.*

Articles 14 et 15

39. *Les articles 14 et 15 sont adoptés sans changement.*

Article 16

40. M. SAMI (Iraq) dit que le paragraphe 3 de la version arabe mentionne toujours entre crochets les deux délais possibles de 15 ou 30 jours. La référence à un délai de 15 jours et les crochets devraient être supprimés.

41. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) note que, dans la version française, le mot "pouvoir" figurant dans le titre de l'article a été remplacé par "compétence". Il estime qu'il faudrait conserver "pouvoir"; le comité de rédaction n'a pas modifié ce mot dans le titre de l'article 18.

42. Après un débat auquel participent le PRÉSIDENT, M. ROEHRICH (France) et M. VOLKEN (Observateur de la Suisse), le PRÉSIDENT demande si les délégations francophones acceptent le libellé actuel du titre en français.

43. *Il en est ainsi décidé.*

44. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) note que, compte tenu du débat antérieur sur

l'article 6, la Commission souhaitera peut-être supprimer les mots "ou autre autorité".

45. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) dit que, si un Etat souhaite confier à une autorité autre qu'un tribunal les fonctions mentionnées à l'article 16 3), il ne devrait pas en être empêché.

46. M. GRIFFITH (Australie) dit que les mots "ou autre autorité" devraient être conservés, afin qu'il n'y ait pas divergence entre l'article 16 3) et l'article 13 3).

47. M. SEKHON (Inde) note que, comme il est indiqué dans le projet de rapport (A/CN.9/XVIII/CRP.2/Add.9, par. 13), la Commission a décidé de prévoir un contrôle immédiat des tribunaux à l'article 16 3), conformément à la solution adoptée pour l'article 13 3).

48. M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques) propose de remplacer les mots "tribunal ou autre autorité visé à l'article 6" par "tribunal compétent".

49. M. SAMI (Iraq) dit que les fonctions mentionnées à l'article 16 3) ne peuvent être confiées qu'à un tribunal. On pourrait peut-être joindre une note explicative à l'article 16 3) pour préciser ce point.

50. Le PRÉSIDENT dit que, si personne ne s'y oppose, il considérera que la Commission souhaite supprimer l'expression "ou autre autorité".

51. *Il en est ainsi décidé.*

52. *L'article 16, tel que modifié, est adopté, sous réserve de la correction à apporter au texte arabe à la demande du représentant de l'Iraq.*

Article 18

53. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) propose que l'expression "ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire" soit remplacée par "ordonner toute mesure provisoire".

54. De l'avis du PRÉSIDENT, cette modification ne paraît pas essentielle. Il invite la Commission à adopter l'article 18.

55. *L'article 18 est adopté sans changement et devient l'article 17.*

Articles 18 bis *à 36* (A/CN.9/XVIII/CRP.14/Add.1)

Article 18 bis

56. *L'article 18* bis *est adopté sans changement et devient l'article 18.*

Articles 19 à 23

57. *Les articles 19 à 23 sont adoptés sans changement.*

Article 24

58. M. ROEHRICH (France) indique qu'un problème s'est posé au Groupe de rédaction relativement à la deuxième phrase du paragraphe 1. Il s'agit de savoir si l'expression "à un stade approprié de la procédure arbitrale" — placée entre virgules dans la version originale du paragraphe — s'applique à la demande de la partie ou à la décision du tribunal arbitral d'organiser une procédure orale; autrement dit, si cette expression impose une restriction aux parties ou si elle précise le pouvoir d'appréciation du tribunal arbitral. Si la première interprétation prévalait, cela modifierait la décision de la Commission de donner aux parties un droit fondamental à demander une procédure orale.

59. Le PRÉSIDENT pense personnellement que le paragraphe n'a qu'un sens possible, à savoir que la partie intéressée doit formuler sa demande à un stade approprié de la procédure et il exclut toute autre interprétation. Ce sens ressort peut-être plus clairement de la version anglaise.

60. De l'avis de M. SZASZ (Hongrie), l'expression "sur la demande d'une partie à un stade approprié de la procédure arbitrale" signifie qu'une partie peut à tout moment demander une procédure orale et que le tribunal peut prendre note de la demande et y faire droit, mais qu'il n'est pas obligé d'organiser une telle procédure sur le champ.

61. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) indique que le débat est né de la proposition écrite de son gouvernement (A/CN.9/263, p. 36, par. 1) tendant à substituer aux anciens paragraphes 1 et 2 du projet du Groupe de travail un nouveau paragraphe 1 énonçant notamment : "à la demande de l'une ou de l'autre [des parties] et à tout stade de la procédure . . .". Il avait cru comprendre que la Commission avait approuvé sa proposition.

62. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) précise que le secrétariat a compris que la proposition des Etats-Unis avait été acceptée comme suggestion de rédaction et qu'aucune décision n'avait été prise quant à savoir si le terme "approprié" doit s'appliquer à la demande des parties ou l'organisation d'une procédure orale.

63. M. SZASZ (Hongrie), s'exprimant en qualité de vice-président, indique qu'il présidait la séance au moment de ce débat. Il confirme les propos du représentant du secrétariat. Il a compris que l'article avait été renvoyé au comité de rédaction sans aucun changement fondamental par rapport à la teneur du projet original.

64. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) pense qu'il ressort clairement du paragraphe dans sa rédaction actuelle que le tribunal arbitral doit organiser une procédure orale si les parties le demandent à un stade approprié de la procédure arbitrale.

65. Le PRÉSIDENT propose qu'on règle la question en adoptant le libellé suivant : ". . . le tribunal arbitral organise une telle procédure à un stade approprié de la procédure arbitrale sur la demande d'une partie".

66. M. RICKFORD (Royaume-Uni) et M. ROEHRICH (France) approuvent la suggestion du Président.

67. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) accepte la proposition du Président à la condition qu'il soit clairement indiqué dans le compte rendu qu'un tribunal arbitral pourra refuser une demande de procédure orale présentée *in extremis*, au motif que l'état de l'affaire ne permet plus l'ouverture d'une procédure orale. Il cite l'exemple d'une demande présentée *in extremis* dans une intention exclusivement dilatoire, alors qu'aucune raison acceptable n'était avancée pour justifier la tenue d'une audience.

68. M. LAVINA (Philippines) appuie la proposition du Président.

69. M. SAMI (Iraq) estime que le tribunal ne doit pas pouvoir refuser une demande et que le droit des parties à une procédure orale doit être garanti.

70. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) est de cet avis.

71. En réponse à une question posée par le Président, M. SZASZ (Hongrie) indique, en qualité de vice-président, que tant ses notes que le compte rendu analytique de la 324e séance (A/CN.9/SR.324) confirment qu'après un long débat sur des questions aussi bien de fond que de forme, la Commission est convenue de s'attacher aux points de fond mentionnés au paragraphe 1 dudit compte rendu. Aucune autre question de fond n'a été examinée au cours du débat et aucun orateur n'a demandé une décision sur une question autre que celles soumises au comité de rédaction.

72. Après un échange de vues auquel prennent part MM. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique), RICKFORD (Royaume-Uni) et ROEHRICH (France), le PRÉSIDENT constate que la question semble provenir d'un malentendu à propos de ce qui qui a été décidé par la Commission. Puisqu'il semble manifeste que la Commission a entendu stipuler dans ce paragraphe qu'une partie peut formuler une demande à tout moment et que le tribunal doit organiser une procédure orale, et que, par ailleurs, la notion de stade approprié doit être maintenue, il demande à la Commission si elle accepte la proposition qu'il a faite.

73. *Il en est ainsi décidé.*

74. M. GRIFFITH (Australie) propose que l'on supprime les virgules aux troisième et quatrième lignes du paragraphe 3 dans le texte anglais.

75. *Il en est ainsi décidé.*

76. *L'article 24, tel que modifié, est adopté.*

Article 25

77. M. GRIFFITH (Australie) dit que l'expression "sans invoquer d'empêchement légitime", à la première phrase, ne s'applique qu'à l'alinéa *a* et qu'il faut donc l'inclure dans cet alinéa. Elle est sans objet pour les alinéas *b* et *c*.

78. Le PRÉSIDENT indique que la question n'a pas été examinée par la Commission. Il ne peut rouvrir le débat sur cet article, à moins que la Commission ne le souhaite.

79. *L'article 25 est adopté sans changement.*

Article 26

80. *L'article 26 est adopté sans changement.*

Article 27

81. M. GRIFFITH (Australie) souhaiterait qu'on lui précise si, à la suite du remaniement de cet l'article, le "tribunal compétent" mentionné est celui visé à l'article 6.

82. Le PRÉSIDENT répond que le "tribunal compétent" mentionné à l'article 27 n'est pas celui visé à l'article 6. Il s'agit d'un tribunal dont l'aide peut être demandée pour recueillir les déclarations d'un témoin qui, par exemple, n'est pas en mesure de déposer devant le tribunal arbitral en raison de l'éloignement de son lieu de résidence.

83. M. MATHANJUKI (Kenya) prie le Président de lui confirmer que l'article 27 ne couvre pas la question de la procédure visant à donner suite à la demande.

84. Le PRÉSIDENT confirme ce point.

85. *L'article 27 est adopté sans changement.*

La séance est levée à 18 h 5.

333e séance

Vendredi 21 juin 1985, à 10 heures

Président : M. LOEWE (Autriche)

Le débat faisant l'objet du présent compte rendu analytique s'ouvre à 10 h 40.

Arbitrage commercial international (*suite*)
(A/CN.9/246 et Corr.1, annexe; A/CN.9/263 et Add.1 et 2, A/CN.9/264; A/CN.9/XVIII/CRP.14 et Add.1)

Projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international

Article 2 et articles 28 à 36

Article 2

1. M. RICKFORD (Royaume-Uni) soulève la question du rapport entre le chapitre VI de la loi type et la version de l'alinéa *d* de l'article 2 que la Commission a adoptée à sa précédente séance. Afin de tenir compte d'un problème particulier posé en ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article 28, on a modifié l'alinéa *d* de l'article 2 de manière à ce qu'il ne s'applique pas au chapitre VI, lequel contient, cependant, une série de références à l'accord entre les parties et au choix des parties. La Commission a peut-être modifié l'alinéa *d* de l'article 2 de manière inappropriée.

2. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que cette modification a été apportée au texte parce qu'on a estimé qu'il ne serait pas approprié d'accorder aux parties le droit d'autoriser des tiers ou des institutions à prendre des décisions relatives à la loi applicable au différend. M. Herrmann estime qu'il serait peut-être préférable que l'alinéa *d* de l'article 2 commence par la formule suivante : "Lorsqu'une disposition de la présente loi, à l'exception de l'article 28, laisse aux parties . . ."

3. M. GRIFFITH (Australie) appuie la proposition du secrétariat.

4. Le PRÉSIDENT dit, que si personne ne s'y oppose, il considérera que la Commission souhaite modifier le texte de l'alinéa *d* de l'article 2 de la manière que vient de proposer le secrétariat.

5. *Il en est ainsi décidé.*

Article 28

6. M. GRIFFITH (Australie) dit que la Commission a décidé d'introduire dans l'article 28 une disposition s'inspirant du paragraphe 3 de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/XVIII/CRP.2/Add.15, par. 11) mais que le texte de cette disposition a été repris textuellement au paragraphe 4 de l'article 28 et que le mot "contrat" a ainsi été utilisé pour la première fois dans la loi type. M. Griffith, soucieux de se conformer à l'approche générale adoptée dans le document, estime qu'une formule telle que "accord conclu entre les parties" serait plus appropriée.

7. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que le mot "contrat" n'est pas utilisé pour la première fois dans le paragraphe 4 de l'article 28 car il apparaît au paragraphe 1 de l'article 16. L'expression "accord entre les parties" est fréquemment utilisée dans la loi type à propos de la convention d'arbitrage et non pas du contrat principal. Aussi ne convient-elle pas pour remplacer le mot "contrat".

8. M. GRIFFITH (Australie) retire sa proposition.

9. *L'article 28 est adopté.*

Article 29

10. *L'article 29 est adopté.*

Article 30, par. 1 et 2

11. M. SEKHON (Inde) rappelle que sa délégation a proposé qu'au paragraphe 1 de l'article 30 la formule "constate le fait par une sentence arbitrale rendue par accord des parties" soit remplacée par "constate le fait et rend la sentence par accord des parties" et qu'au paragraphe 2 de l'article 30 la formule "et mentionne le fait qu'il s'agit d'une sentence" soit supprimée.

12. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) dit que cette proposition a été soumise au Comité de rédaction, qui a préféré laisser le texte en l'état.

13. Le PRÉSIDENT dit que si personne ne s'y oppose, il considérera que la Commission souhaite garder le texte de l'article 30 tel quel.

14. *Il en est ainsi décidé.*

15. *L'article 30 est adopté.*

Articles 31 et 32

16. *Les articles 31 et 32 sont adoptés.*

Article 33, par. 1

17. M. LAVINA (Philippines) dit que la rédaction de l'alinéa 33 1) *b* est assez maladroite; la formule "si les parties en sont convenues, une partie peut, moyennant notification à l'autre," devrait être remplacée par le membre de phrase "une partie, avec l'accord de l'autre partie".

18. Le PRÉSIDENT rappelle que lors de l'examen de cet alinéa, la Commission est convenue que l'autre partie doit avoir la possibilité de donner son opinion. Bien que la rédaction ne soit certes pas élégante, elle est celle qui permet le mieux d'écarter toute ambiguïté sur ce point. Si personne ne s'y oppose, il considérera que la Commission souhaite adopter le paragraphe 1 de l'article 33 tel quel.

19. *Le paragraphe 1 de l'article 33 est adopté.*

Article 33, par. 2

20. *Le paragraphe 2 de l'article 33 est adopté.*

Article 33, par. 3

21. M. GRIFFITH (Australie) propose que la dernière phrase du paragraphe 3 de l'article 33 soit modifiée conformément au libellé de l'avant-dernière phrase du paragraphe 1 de l'article 33 et se lise comme suit : "Si le tribunal arbitral considère que la demande est justifiée, il rend complète sa sentence dans les soixante jours."

22. *Il en est ainsi décidé.*

23. *Le paragraphe 3 de l'article 33, ainsi modifié, est adopté.*

Article 33, par. 4 et 5

24. *Les paragraphes 4 et 5 de l'article 33 sont adoptés.*

25. *L'article 33, dans son entier, est adopté tel qu'il a été modifié.*

Article 34, par. 1

26. *Le paragraphe 1 de l'article 34 est adopté.*

Article 34, par. 2

27. Le PRÉSIDENT dit que dans la version anglaise le mot "Court" devrait être remplacé par le mot "court".

28. M. GRIFFITH (Australie) note que la formule "l'arbitre ou des arbitres" est celle qui est utilisée dans le sous-alinéa 36 1) *a* ii et se demande si une formule identique ne devrait pas figurer au sous-alinéa 34 2) *a* ii.

29. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) estime que l'uniformité pourrait être obtenue plus facilement en modifiant le sous-alinéa 36 2) *a* ii qu'en modifiant le sous-alinéa 34 2) *a* ii. Le principe important à retenir est que les parties doivent être notifiées de la nomination de chacun des arbitres. Bien que l'expression "l'arbitre" soit celle qui figure dans la Convention de New York de 1958, il serait préférable d'utiliser un autre libellé afin d'écarter toute ambiguïté sur ce point.

30. M. ROEHRICH (France) souscrit aux observations du représentant du secrétariat.

31. *Le paragraphe 2 de l'article 34 est adopté.*

Article 34, par. 3 et 4

32. *Les paragraphes 3 et 4 de l'article 34 sont adoptés.*

33. *L'article 34 dans son entier est adopté, sous réserve de la modification rédactionnelle mineure mentionnée par le Président.*

Article 35

34. *L'article 35 est adopté.*

Article 36

35. M. SAMI (Iraq) souhaite apporter une modification à la version arabe du sous-alinéa 36 1) *a* i.

36. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat tiendra compte de cette proposition.

37. M. GRIFFITH (Australie) estime que dans le sous-alinéa 36 1) *a* ii, les mots "de l'arbitre ou des arbitres" devraient être remplacés par "d'un arbitre".

38. Le PRÉSIDENT dit que cela est correct.

39. *Le paragraphe 1 de l'article 36 est adopté tel qu'il a été modifié.*

Article 36, par. 2

40. *Le paragraphe 2 de l'article 36 est adopté.*

41. *L'article 36 dans son ensemble, tel que modifié, est adopté.*

Proposition concernant une disposition nouvelle sur les demandes reconventionnelles

42. Le PRÉSIDENT rappelle que les représentants des Etats-Unis et de la Tchécoslovaquie ont rédigé une disposition nouvelle pour l'article 2, qui deviendrait l'alinéa *f* dudit article, contenue dans le document A/CN.9/XVIII/CRP.15.

43. M. de HOYOS GUTIERREZ (Cuba) suggère une modification rédactionnelle dans la version espagnole.

44. M. ROEHRICH (France) suggère une modification rédactionnelle dans la version française.

45. M. LAVINA (Philippines) attire l'attention sur une erreur typographique : dans la version anglaise, le mot "article" doit se lire "articles".

46. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat tiendra compte de ces observations.

47. M. SAWADA (Japon) dit que sa délégation n'est pas opposée à l'inclusion d'une disposition sur les demandes reconventionnelles, mais qu'une telle disposition devait, à son avis, donner une définition de ces demandes plus précise que ne le fait la proposition soumise à la Commission.

48. Le PRÉSIDENT dit qu'en décidant d'inclure une disposition sur les demandes reconventionnelles, la Commission a reconnu la nécessité de retenir un texte bref indiquant simplement les règles applicables à ces demandes.

49. M. VOLKEN (Observateur de la Suisse) suggère, eu égard au fait que la disposition proposée consiste non à donner une définition mais à élargir la portée de la loi type, de l'inclure dans l'article premier au lieu de l'article 2.

50. Le PRÉSIDENT fait remarquer que l'article 2 s'intitule non pas "Définitions" mais "Définitions et règles d'interprétation" et que la disposition en question est en fait une règle d'interprétation.

51. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) suggère que l'on révise la disposition en ajoutant le membre de phrase "du paragraphe 2 de l'article 7," après "autre que celles".

52. M. HERRMANN (Service du droit commercial international) a des doutes quant au bien-fondé d'une mention du paragraphe 2 de l'article 7, dans ce contexte.

53. M. HOLTZMANN (Etats-Unis d'Amérique) dit que sa délégation n'insistera pas sur la révision.

54. M. RICKFORD (Royaume-Uni) apprécie à sa juste valeur la remarque faite par le représentant du Service du droit commercial international mais fait observer que si l'on n'inclut pas le paragraphe 2 de l'article 7 parmi les exceptions à l'alinéa *f* de l'article 2, un accord portant sur la question des demandes reconventionnelles pourrait aboutir à clore tout le différend. En droit anglais, les contrats devraient énoncer expressément que l'alinéa *f* de l'article 2 s'applique *mutatis mutandis*.

55. Le PRÉSIDENT dit que si personne ne s'y oppose, il considérera que la Commission entend adopter le texte de l'alinéa *f* de l'article 2 contenu dans le document A/CN.9/XVIII/CRP.15.

56. *Il en est ainsi décidé.*

57. *Le projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international (A/CN.9/XVIII/CRP.14 et Add.1), dans son ensemble, tel que modifié, est adopté.*

58. M. SONO (Secrétaire de la Commission) suggère que le titre du texte qui vient d'être adopté par la Commission soit "Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international", que la Commission, à la clôture de sa dix-huitième session, prie le Secrétaire général de transmettre le texte, avec les travaux préparatoires correspondants, aux gouvernements, organismes d'arbitrage et autres organismes intéressés, qu'elle invite l'Assemblée générale à recommander aux Etats d'envisager d'utiliser la loi type lorsqu'ils réviseront leurs textes législatifs pour les adapter aux besoins actuels de l'arbitrage commercial international, et que le secrétariat adresse aux gouvernements une note verbale les informant de cette recommandation.

59. M. MTANGO (République-Unie de Tanzanie) demande si la loi type sera transmise aux Etats avant ou après son adoption par l'Assemblée générale.

60. M. SONO (Secrétaire de la Commission) dit que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a été transmis aux gouvernements aussitôt après son adoption et avant approbation par l'Assemblée générale, et qu'il devrait en être de même pour la loi type.

61. Pour M. LEBEDEV (Union des Républiques socialistes soviétiques), il s'agit d'une question très importante car elle figurera dans le rapport de la Commission à la Sixième Commission et à l'Assemblée générale. Peut-être conviendrait-il que le secrétariat y consacre un document de travail, dans l'une des langues de travail au moins, pour que les délégations puissent dûment l'examiner.

62. M. ROEHRICH (France) dit que sa délégation partage l'avis du représentant de l'Union soviétique. Il suggère que le secrétariat transmette la loi type aux gouvernements en tant que document de travail en indiquant qu'elle a été adoptée par la CNUDCI et sera soumise à l'Assemblée générale à sa prochaine session.

63. M. LAVINA (Philippines) estime lui aussi que la Commission devrait soumettre la loi type à l'Assemblée générale pour adoption; cependant, s'il existe un précédent en sens contraire, les propositions faites par le Secrétaire de la Commission seraient acceptables.

64. Le PRÉSIDENT, se référant aux paragraphes 8 et 9 du document A/CN.9/XVIII/CRP.2/Add.19, note qu'il serait demandé à l'Assemblée générale non pas d'adopter la loi type mais d'en recommander l'utilisation aux Etats Membres. Si personne ne s'y oppose, il considérera que la Commission entend adopter les propositions du Secrétaire de la Commission.

65. *Il en est ainsi décidé.*

Le débat couvert par le compte rendu se termine à midi.

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

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
I.	QUESTIONS GÉNÉRALES	531
II.	VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES	531
III.	ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION	533
IV.	RÉGLEMENTATION INTERNATIONALE DES TRANSPORTS MARITIMES	533
V.	PAIEMENTS INTERNATIONAUX	534
VI.	NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL	534

I. Questions générales

Fleischhauer, C.-A. The United Nations and the progressive development and codification of international law. *Indian journal of international law* (New Delhi) 25:1:1-7, janvier-mars 1985.

Guest, A.G. Current work of the United Nations Commission on International Trade Law. *Dans* Current problems of international trade financing. C.M. Chinkin, P.J. Davidson *et* W.J.M. Ricquier, *eds.* Singapour, Malaya Law Review and Butterworth, 1983. p. 134-144. (Singapore Conferences on International Business Law).

Kikuchi, Y. Rapport sur la dix-huitième session annuelle de la CNUDCI. *Kokusai shoji homu* (Tokyo) 13:9:613-622, septembre 1985. En japonais.

Report of the Sub-Committee on International Trade Law Matters, twenty-fourth session (1985), Katmandou, Népal. *Dans* Asian-African Legal Consultative Committee. Report of the twenty-fourth session held in Kathmandu from 6th to 13th February, 1985. New Delhi, Secretariat of the Committee, 1985.

Schmitthoff, C.M. Die Kodifikation des internationalen Handelsrechts. *Juristische Blätter* (Vienne) 107:17/18:513-517, 7. septembre 1985.

Sono, K. A query into the supremacy of the traditional treaty approach: experience of UNCITRAL with new techniques. *Japanese annual of international law* (Tokyo) 28:47-58, 1985. Réimpression.

Strohbach, H. *et* H. Wagner. Die XVIII. Tagung der UNCITRAL. *Recht im Aussenhandel* (Berlin, République démocratique allemande) 81:I-VI, 1985. (Supplément de *DDR Aussenwirtschaft* [Berlin, République démocratique allemande] 37/11.9.85)

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *Dans* Asian-African Legal Consultative Committee. Working papers for the Trade Law Sub-Committee. New Delhi, Secretariat of the Committee, 1985. v.2. p. 1 à 48.
Voir Document de travail I sur la dix-huitième session annuelle de la CNUDCI.

Vilus, J. Unifikacija privrednog prava u okviru Komisije Ujedinjenih Nacija za medjunarodno trgovinsko pravo. *Jugoslavenska revija za medjunarodno pravo* (Belgrade) 1985:1-2:359-388.
En serbo-croate. Résumé en anglais p. 386-388.
Réimpression.

II. Vente internationale de marchandises

Azcuna, A.S. The Vienna sales convention. *Ateneo law journal* (Philippines) 28:30-67, 1983.

Barrigan Marcantonio, J. Unifying the law of impossibility. *Hastings international and comparative law review* (San Francisco) 8:1:41-59, automme 1984.

Barton, G.A. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Comparative and international law journal of Southern Africa* (Pretoria) 18:1:21-35, mars 1985.

Boggiano, A. La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (en el ámbito del derecho internacional privado argentino). *Dans son ouvrage* Derecho internacional privado. 2 ed. Buenos Aires, Depalma, 1983. v.2, p. 738-750.

Bucher, E. Gefahrenübergang. *Dans* Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984. Zürich, Schulthess, 1985. p. 207-218. (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 3)

Contract formation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uni-

*La présente bibliographie a été reproduite dans *International Journal of Legal Information*, vol. 14, n°s 5-6 (octobre-décembre 1986), p. 207 à 212.

form Commercial Code. *Dickinson journal of international law* (Carlisle, Pennsylvanie) 3:107-138, automne 1984.

Eörsi, Gy. Formation of contract. *Dans* Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984. Zürich, Schulthess, 1985. p. 43-53. (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 3)

Farnsworth, A.E. Rights and obligations of the seller. *Dans* Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984. Zürich, Schulthess, 1985. p. 83-90. (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 3)

Finke, K. Die Bedeutung der internationalen Handelsklauseln für Gefahrübertragung nach deutschem und US-amerikanischen Recht. Eine rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung des Haager Einheitlichen Kaufrechts und des UNCITRAL-Kaufrechts am Beispiel der Klauseln cif, fob und den Klauseln des Ankunftsvertrages. Frankfurt am Main, Lang, 1984. 237 p. (Europäische Hochschulschriften. Reihe 2: Rechtswissenschaft, Band 343)

Haddad, H. The unpaid seller's avoidance of contract under ULIS and 1980 UN Convention. Amman, 1985. 128 p.

Krapp, T. Die Abkommen der Vereinten Nationen über den Kauf und über die Verjährung beim international Warenkauf. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (Bâle) 103:289-317, 1984.

———— Die Verjährung von Käuferansprüchen bei vertragswidrigen Leistungen. Analyse der kurzen Frist des Paragraphen 477 BGB und Änderungsvorschläge unter Mitberücksichtigung des schweizerischen und französischen Rechtes, sowie des einheitlichen Kaufgesetzes und der UN-Abkommen. (Dissertation) Munich, Florentz, 1983. xxxi, 254 p. (Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Band 40)

———— The limitation convention for international sale of goods. *Journal of world trade law* (Twickenham) 19:4:343-372, juillet-août 1985.

Loewe, R. Anwendungsgebiet, Auslegung, Lücken, Handelsgebräuche. *Dans* Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984. Zürich, Schulthess, 1985. p. 11-20. (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 3)

Longobardi, L.E. Disclaimers of implied warranties: the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Fordham law review* (New York) 53:863-887, mars 1985.

Mac Lean U., R. La compraventa internacional. *Dans son ouvrage* Derecho del comercio internacional. Bogota, Temis, 1982. p. 43-63.

Malik, S. Offer: revocable or irrevocable — will Art.16 of the Convention on Contracts for the International Sale ensure uniformity? *Indian journal of international law* (New Delhi) 25:1:26-49, janvier-mars 1985.

Musin, V.A. Poryadok zaklyucheniya dogovora mezhdunarodnoj kupli-prodazhi. Sovetskoe gosudarstvo i pravo (Moscou) 1985:12:44-49, Dekábr.
En russe.

Plantard, J.-P. Droits et obligations de l'acheteur. *Dans* Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984. Zürich, Schulthess, 1985. p. 111-117. (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 3)

Schlechtriem, P. Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers. *Dans* Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984. Zürich, Schulthess, 1985. p. 149-171. (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 3)

Sevón, L. Far vi enny köplag? *Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland* (Helsinki) 6:508-521, 1985.
En suédois.

———— Passing of risk. *Dans* Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984. Zürich, Schulthess, 1985. p. 191-206. (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 3)

Stoffel, W.A. Formation du contrat. *Dans* Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984. Zürich, Schulthess, 1985. p. 55-76. (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 3)

Tallon, D. La consécration de la notion de conformité après la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. *Dans* Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco. Cologne, Heymanns, 1983. p. 753-764.

Tercier, P. Droits et obligations de l'acheteur. *Dans* Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984. Zürich, Schulthess, 1985. p. 119-142. (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 3)

Thieffry, J. *et* C. Granier. L'effet des conventions internationales : un nouveau droit pour la vente internationale. *Dans leur ouvrage* La vente internationale. Paris, Centre français du commerce extérieur, 1985. p. 44-50.

Vergne, F. The "battle of the forms" under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *American journal of comparative law* (Berkeley, California) 33:2:233-258, printemps 1985.

Vischer, F. Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers. *Dans* Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984. Zürich, Schulthess, 1985. p. 173-184. (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 3)

Volken, P. Champ d'application, interprétation, lacunes, usages. *Dans* Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984. Zürich, Schulthess, 1985. p. 21-33. (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 3)

Widmer, P. Droits et obligations du vendeur. *Dans* Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984. Zürich, Schulthess, 1985. p. 91-104. (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 3)

Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984. Zürich, Schulthess, 1985. 240 p. (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 3)
Titre et texte en allemand, français et anglais et texte trilingue de la Convention.

Pour les différentes contributions par auteur, voir Bucher, Eörsi, Farnsworth, Plantard, Schlechtriem, Sevón, Stoffel, Tercier, Vischer, Volken, et Widmer.

Winship, P. Aircraft and international sales conventions. *Journal of air law and commerce* (Dallas) 50:3-4:1053-1066, 1985.

———— Export-import sales under the 1980 United Nations sales convention. *Hastings international and comparative law review* (San Francisco) 8:2:197-211, hiver 1985.

III. Arbitrage commercial international et conciliation

Aksen, G. Practical considerations for international arbitration. *Dans* Private investors abroad: problems and solutions in international business in 1984. Janice R. Moss, *ed.* New York, Bender, 1985. p. 111-144.

Franke, U. The arbitral proceedings in international arbitration in Sweden. *Swedish and international arbitration – Yearbook of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* (Stockholm) 1984:6-15.
Cet article traite avant tout de l'arbitrage *ad hoc* en Suède et fait référence au règlement de la Chambre de commerce de Stockholm ou à celui de la CNUDCI lorsqu'ils sont différents des dispositions de la législation suédoise.

Franke, U. A model law on international commercial arbitration. *Swedish and international arbitration – Yearbook of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* (Stockholm) 1984:54-70.
Projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international tel qu'adopté par le Groupe de travail (CNUDCI) des pratiques en matière de contrats internationaux à sa septième session (1984) p. 59-70.

Herrmann, G. La conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends. *Revue de l'arbitrage* (Paris) 1985: 3:343-372.
Texte du Règlement de conciliation de la CNUDCI en français p. 464-471.

———— The UNCITRAL Model Law—its background, salient features and purposes. *Arbitration international* (Londres) 1:1:6-39,81, avril 1985.

———— UNCITRAL adopts Model Law on International Commercial Arbitration. *Arbitration international* (Londres) 2:1:2-21, janvier 1986.

Hunter, J.M. The UNCITRAL Model Law. *International business lawyer* (Londres) 13:399-402, octobre 1985.

Ilesic, M. *et* D. Wedam-Lukic. Ob vzorcnem zakonu o mednarodni trgovinski arbitrazi. *Privreda i pravo* (Zagreb) 24:11-12:634-650, 1985.
En slovène. Résumé en anglais p. 650.

Kavass, I.I. et A. Liivak, *comp.* UNCITRAL Model Law of *(sic)* International Commercial Arbitration: a documentary history. Buffalo, New York, Hein, 1985.
Feuilles mobiles.

Kikuchi, Y. Commentaires du Comité consultatif juridique africano-asiatique sur le projet de loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage. *Kokusai shoji homu* (Tokyo) 13:4:239-242, 1985.
En japonais.

Michida, S. Projet de loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage et observations critiques des pays de l'Ouest. *JCA Journal* (Tokyo).
Partie I *dans* 60:5:2-9, mai 1985.
Partie II *dans* 60:6:13-19, juin 1985.
Partie III *dans* 60:7:16-24, juillet 1985.
En japonais.

Pomerleau, M. L'arbitrage interprovincial et international au Canada. *Revue de l'arbitrage* (Paris) 1985:3:373-404.

Sawada, T. UNCITRAL Arbitration Rules: ICC, LCA, AAA and JCAA rules compared. *International business law materials* (Tokyo) 11:1:1-44, mai 1985.

———— Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Tokyo, Association japonaise de l'arbitrage commercial. 1986. 57 p.
Commentaire article par article de la loi type.
En japonais.

———— Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. *Jurist* (Tokyo) 857:100-106, avril 1986.
Traduction en japonais de la loi type et remarques liminaires.

Schmitthoff, C.M. Extrajudicial dispute settlement. Deventer, Kluwer, 1985. 18 p. (Forum internationale, No.6, mai 1985)

Strohbach, H. Die Arbeit der UNCITRAL auf dem Gebiet der Schiedsgerichtsbarkeit. *Recht im Aussenhandel* (Berlin, République démocratique allemande) 71:IX-XII, 1984. (Supplément de *DDR-Aussenwirtschaft* (Berlin, République démocratique allemande) 26/27.6.84)

Takakuwa, A. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. *JCA Journal* (Tokyo).
Partie I *dans* 61:1:12-24, janvier 1986.
Partie II *dans* 61:2:2-5, février 1986.
Partie III *dans* 61:3:10-16, mars 1986.
Partie IV *dans* 61:4:13-20, avril 1986.
Commentaire article par article de la loi type, art. 1-7. Ce commentaire se poursuivra dans les livraisons suivantes.
En japonais.

UNCITRAL-Mustergesetz über internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, angenommen durch die UN-Kommission für internationales Handelsrecht am 21.Juni 1985. (Arbeitsübersetzung des Anhangs I zum UN-Dokument A/40/17 — Bericht der UNCITRAL über die Arbeit ihrer XVIII. Tagung). *Recht im Aussenhandel* (Berlin, République démocratique allemande) 81:X-XIX, 1985. (Supplément de *DDR-Aussenwirtschaft* (Berlin, République démocratique allemande) 37/11.9.85)

UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration. *Dans* Asian-African Legal Consultative Committee. Report of the twenty-fourth session held in Kathmandu from 6th to 13th February, 1985. New Delhi, Secretariat of the Committee, 1985. p. 183-197.

UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration. *Dans* Asian-African Legal Consultative Committee. Working papers for the Trade Law Sub-Committee. New Delhi, Secretariat of the Committee, 1985. v.2. p. 5-17.

Wetter, J.G. The conduct of the arbitration. *Journal of international arbitration* (Genève) 2:2:7-38, 1985.

IV. Réglementation internationale des transports maritimes

Carbone, S.M. Le regole di responsabilità del vettore marittimo; dall'Aja ad Amburgo attraverso la giurisprudenza italiana. Milan, Giuffrè, 1984. 234 p. (Il diritto marittimo nella giurisprudenza)

Enderlein, F. et D. Richter-Hannes. Konventionsentwurf über die Haftung von Transportterminalunternehmen (OTT) — Stand der UNCITRAL-Vorbereitungsarbeiten. *DDR-Verkehr* (Berlin, République démocratique allemande).
Teil 1 *dans* 19:2:55-59, 1986.
Teil 2 *dans* 19:3:86-91, 1986.

Gómez Calero, J. Las Reglas de Hamburgo. *Dans son ouvrage* El transporte internacional de mercancías. Madrid, Civitas, 1984. p. 114-120. (Civitas manuales prácticos y formularios)

Liability of operators of transport terminals. *Dans* Asian-African Legal Consultative Committee. Working papers for the Trade Law Sub-Committee. New Delhi, Secretariat of the Committee, 1985. v.2. p. 39-48.

Tetley, W. Waybills, the modern contract of carriage of goods by sea. *Dans* New developments in the law of export sales/ Les tendances actuelles dans le droit des ventes à l'exportation. Don Mills, Ontario, De Boo, 1983. p. 176-244. (Meredith Memorial Lectures/Conférences Commémoratives Meredith, 1982)

The future of Canadian carriage of goods by water law. *Par* H.M. Kindred *et autres.* Halifax, Dalhousie Ocean Studies Programme, 1982. 391 p.

V. Paiements internationaux

Draft convention on international bills of exchange and international promissory notes. *Dans* Asian-African Legal Consultative Committee. Working papers for the Trade Law Sub-Committee. New Delhi, Secretariat of the Committee, 1985. v.2. p. 17-23.

Electronic funds transfer. *Dans* Asian-African Legal Consultative Committee. Working papers for the Trade Law Sub-Committee. New Delhi, Secretariat of the Committee, 1985. v.2. p. 24-31.

Pavlík, E. Charakteristika úmluv o mezinárodních směnkách a mezinárodních secích navrzenych UNCITRALem. *Právník* (Prague) 123:4:353-367, 1984.
En tchèque. Résumé en anglais. p. 366-367.

Schinnerer, E. Zum "Leitfaden"-Entwurf von UNCITRAL über den internationalen elektronischen Überweisungsverkehr. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* (Vienne) 26:3:226-240, 1985.

VI. Nouvel ordre économique international

Legal implications of the New International Economic Order (NIEO); contracts for the supply and construction of large industrial projects. *Dans* Asian-African Legal Consultative Committee. Working papers for the Trade Law Sub-Committee. New Delhi, Secretariat of the Committee, 1985. v.2. p. 31-39.

IV. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI

Titre ou description	*Cote*	*Place dans le présent volume*
A. Documents de la dix-huitième session de la Commission		
1. *Documents à distribution générale*		
Ordre du jour provisoire	A/CN.9/258	Non reproduit
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	Deuxième partie, III, A, 1
Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa huitième session (Vienne, 3-13 décembre 1984)	A/CN.9/260	Deuxième partie, IV, A
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	Deuxième partie, II, A
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	Deuxième partie, III, B, 1
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 (Le texte français original de l'Add.3 a été officieusement mis à la disposition des participants au cours de la session.)	A/CN.9/263 et Add.1 à 3	Deuxième partie, I, A
Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international : rapport du Secrétaire général	A/CN.9/264	Deuxième partie, I, B
Valeur juridique des enregistrements informatiques : rapport du Secrétaire général	A/CN.9/265	Deuxième partie, V
Projet de guide juridique sur les transferts électroniques de fonds : rapport du Secrétaire général	A/CN.9/266 et Add.1 et 2	Deuxième partie, II, B
Diffusion des décisions concernant les textes juridiques de la CNUDCI et interprétation uniforme de ces textes : note du secrétariat	A/CN.9/267	Deuxième partie, IX
Poursuite des travaux de la Commission dans le domaine des contrats internationaux de construction d'installations industrielles : note du secrétariat	A/CN.9/268	Deuxième partie, III, C
Aspects juridiques du transfert de technologie : activités actuelles des organisations internationales du système des Nations Unies : rapport du Secrétaire général	A/CN.9/269	Deuxième partie, VI
Formation et assistance : rapport du Secrétaire général	A/CN.9/270	Deuxième partie, VIII
Etat des conventions : note du secrétariat	A/CN.9/271	Deuxième partie, VII
2. *Documents à distribution restreinte*		
Proposition d'un groupe de travail spécial	A/CN.9/XVIII/CRP.1	Non reproduit
Projet de rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session	A/CN.9/XVIII/CRP.2 et Add.1 à 19	Non reproduit
Proposition d'un groupe de travail spécial	A/CN.9/XVIII/CRP.3	Non reproduit
Proposition du représentant de la République démocratique allemande	/CN.9/XVIII/CRP.4	Non reproduit
Proposition d'un groupe de travail spécial	A/CN.9/XVIII/CRP.5	Non reproduit

Titre ou description	*Cote*	*Place dans le présent volume*
Proposition d'un groupe de travail spécial	A/CN.9/XVIII/CRP.6	Non reproduit
Proposition des représentants de la Bulgarie et des Etats-Unis	A/CN.9/XVIII/CRP.7	Non reproduit
Proposition du secrétariat	A/CN.9/XVIII/CRP.8	Non reproduit
Proposition d'un groupe de travail spécial	A/CN.9/XVIII/CRP.9	Non reproduit
Proposition de la délégation du Royaume-Uni	A/CN.9/XVIII/CRP.10	Non reproduit
Proposition faite par un groupe de travail spécial	A/CN.9/XVIII/CRP.11	Non reproduit
Proposition du secrétariat	A/CN.9/XVIII/CRP.12	Non reproduit
Proposition de la délégation de la République démocratique allemande et de l'Observateur de la Conférence de La Haye de droit international privé	A/CN.9/XVIII/CRP.13	Non reproduit
Projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international	A/CN.9/XVIII/CRP.14 et Add.1	Non reproduit
Proposition d'un groupe de travail spécial	A/CN.9/XVIII/CRP.15	Non reproduit
	3. *Documents d'information*	
Liste provisoire des participants	A/CN.9/XVIII/INF.1	Non reproduit
Liste des participants	A/CN.9/XVIII/INF.1/Rev.1	Non reproduit
	B. Documents de la treizième session du Groupe de travail des effets de commerce internationaux	
	1. *Document de travail*	
Ordre du jour provisoire	A/CN.9/WG.IV/WP.28	Non reproduit
	2. *Documents à distribution restreinte*	
Projet de 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/WG.IV/XIII/CRP.1 et Add.1 à 5	Non reproduit
Article 25, proposition faite par un groupe de travail spécial	A/CN.9/WG.IV/XIII/CRP.2	Non reproduit
Article 23, proposition présentée par la délégation du Royaume-Uni	A/CN.9/WG.IV/XIII/CRP.3	Non reproduit
Article 23, proposition du Groupe de travail spécial	A/CN.9/WG.IV/XIII/CRP.3/Add.1	Non reproduit
Article 4, proposition du secrétariat	A/CN.9/WG.IV/XIII/CRP.4	Non reproduit
Paragraphe 3 de l'article 23, proposition du Groupe de travail spécial	A/CN.9/WG.IV/XIII/CRP.5	Non reproduit
Article 41, proposition faite par la France	A/CN.9/WG.IV/XIII/CRP.6 et Add.1	Non reproduit
	3. *Document d'information*	
Liste des participants	A/CN.9/WG.IV/XIII/INF.2	Non reproduit
	C. Documents de la sixième session du Groupe de travail du nouvel ordre économique international	
	1. *Documents de travail*	
Ordre du jour provisoire	A/CN.9/WG.V/WP.12	Non reproduit
Projet de guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles : projet de chapitres	A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1 à 6	Deuxième partie, III, A, 2

Titre ou description	*Cote*	*Place dans le présent volume*
	2. *Document à distribution restreinte*	
Projet de 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/WG.V/VII/CRP.1/Add.1 à 9	Non reproduit, mais voir deuxième partie, B, 1
	3. *Document d'information*	
Liste provisoire des participants	A/CN.9/WG.V/VI/INF.1	Non reproduit
	D. Documents de la septième session du Groupe de travail du nouvel ordre économique international	
	1. *Documents de travail*	
Ordre du jour provisoire	A/CN.9/WG.V/WP.14	Non reproduit
Projet de guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles : projet de chapitres	A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.1 à 10	Deuxième partie, III, B, 2
	2. *Document à distribution restreinte*	
Projet de 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/WG.V/VII/CRP.1/Add.1 à 9	Non reproduit, mais voir deuxième partie, B, 1
	3. *Document d'information*	
Liste provisoire des participants	A/CN.9/WG.V/VII/INF.1	Non reproduit
	E. Documents de la huitième session du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux	
	1. *Documents de travail*	
Ordre du jour provisoire	A/CN.9/WG.II/WP.51	Non reproduit
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	Deuxième partie, IV, B, 1
Responsabilité des exploitants de terminaux de transport : questions soumises à l'examen du Groupe de travail : 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	Deuxième partie, IV, B, 2
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	Deuxième partie, IV, B, 3
	2. *Document à distribution restreinte*	
Projet de rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa huitième session (Vienne, 3-14 décembre 1984)	A/CN.9/WG.II/VIII/CRP.1/Add.1 à 6	Non reproduit, mais voir deuxième partie, IV, A
	3. *Documents d'information*	
Liste provisoire des participants	A/CN.9/WG.II/VIII/INF.1	Non reproduit
Liste des participants	A/CN.9/WG.II/VIII/INF.1/Rev.1	Non reproduit

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

Cote du document	*Année, partie, chapitre et section d'un Annuaire antérieur*
Documents à distribution générale	
A/CN.9/163	1979, deuxième partie, II, B
A/CN.9/168	1979, deuxième partie, III, C
A/CN.9/169	1979, deuxième partie, III, D
A/CN.9/198	1981, deuxième partie, IV, A
A/CN.9/211	1982, deuxième partie, II, A, 3
A/CN.9/212	1982, deuxième partie, II, A, 5
A/CN.9/213	1982, deuxième partie, II, A, 4
A/CN.9/216	1982, deuxième partie, III, A
A/CN.9/217	1982, deuxième partie, IV, A
A/CN.9/221	1982, deuxième partie, II, C
A/CN.9/225	1982, deuxième partie, VI, B
A/CN.9/232	1983, deuxième partie, III, A
A/CN.9/233	1983, deuxième partie, III, C
A/CN.9/234	1983, deuxième partie, IV, A
A/CN.9/245	1984, deuxième partie, II, A, 1
A/CN.9/246	1984, deuxième partie, II, B, 1
A/CN.9/247	1984, deuxième partie, III, A
A/CN.9/248	1984, deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/249 et Add.1	1984, deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/250 et Add.1 à 4	1984, deuxième partie, I, B
A/CN.9/252	1984, deuxième partie, IV, A
A/CN.9/256	1984, deuxième partie, VII
Documents à distribution restreinte	
A/CONF.63/15	1974, troisième partie, 1, B
A/CONF.89/13	1978, troisième partie, I, B
A/CONF.97/18	1980, troisième partie, I, B
Documents officiels de l'Assemblée générale	
A/33/17	1978, première partie, II, A
A/34/17	1979, première partie, II, A
A/35/17	1980, première partie, II, A
A/36/17	1981, première partie, A
A/37/17	1982, première partie, A
A/38/17	1983, première partie, A
A/39/17	1984, première partie, A
Documents de travail	
A/CN.9/WG.II/WP.40	1983, deuxième partie, III, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.48	1984, deuxième partie, II, B, 3
A/CN.9/WG.II/WP.52	1985, deuxième partie, IV, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.52/Add.1	1985, deuxième partie, IV, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.53	1985, deuxième partie, IV, B, 3
A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8	1981, deuxième partie, IV, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6	1982, deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 5	1983, deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 9	1984, deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6	1985, deuxième partie, III, A, 2
A/CN.9/WG.V/WP.15 et Add.1 à 10	1985, deuxième partie, III, B, 2