

TIR EXECUTIVE BOARD (TIRExB)
COMMISSION DE CONTROLE TIR (TIRExB)
ИСПОЛНИТЕЛЬНЫЙ СОВЕТ МДП (ИСМДП)



GENERAL
Informal document No. 15 (2007)
7 November 2007

ENGLISH ONLY

**ADMINISTRATIVE COMMITTEE
FOR THE TIR CONVENTION, 1975**

TIR Executive Board (TIRExB)

(Thirty-fourth session, 12 and 13 November 2007,
agenda item 5)

MONITORING THE PRICE OF TIR CARNETS

Transmitted by the International Road Transport Union (IRU)

By e-mail

Mr Robert Nowak
Acting TIR Secretary
Office 400-4
Transport Division of the United Nations
Economic Commission for Europe (UNECE)
Palais des Nations
8-14 Avenue de la Paix
Room 424

CH - 1211 GENEVE 10

AD/G57185/JAC

Geneva, 6 November 2007

Item 5 of the Agenda of the forthcoming TIRExB session

Dear Mr Nowak,

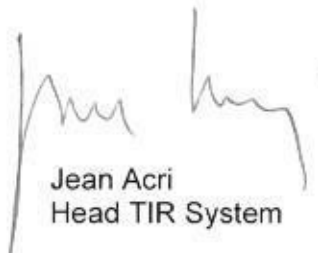
Item 5 of the agenda of the forthcoming session of the TIRExB (document TIRExB/AGE/2007/34) records that the TIRExB invited the IRU to submit a document elaborating the points made orally by the IRU during the previous session of the TIRExB.

Please find attached the original signed French version and its English translation of the legal advice the IRU has received on this matter. The legal advice, which has been given by an eminent lawyer and surrogate judge at the Geneva Court of Justice, is self explanatory.

I am sure you will make this document available to the TIRExB Members.

I remain at your disposal.

Best regards,



Jean Acri
Head TIR System

Enclosures: ment.

AVIS DE DROIT

(INTERPRETATION DES TEXTES SUR LES POUVOIRS DE LA COMMISSION DE CONTRÔLE TIR)

1. Les principes d'interprétation

Il est généralement admis que l'interprétation de textes réglementaires ou législatifs peut se faire sous quatre angles différents : littéral, historique, systématique et téléologique.

a) L'interprétation littérale

Un texte s'interprète en premier lieu selon sa lettre, soit le sens commun qu'on peut lui apporter.

On rappelle qu'en l'espèce les textes sont émis en trois langues officielles (anglais, français et russe). Les trois langues ont la même force.

S'agissant des prérogatives et compétences de la Commission de Contrôle, la version anglaise de l'article 10 de l'annexe 8 de la Convention TIR indique que l'Executive Board (TIRExB) shall :

- *Supervise* the application of the Convention, including the operation of the guarantee system, and fulfil the functions entrusted to it by the Administrative Committee.
- *Supervise* the centralized printing and distribution to the associations of TIR Carnets which may be performed by an agreed international organization as referred too in article 6.
- *Monitor* the price of TIR Carnets.

Selon diverses définitions, il est communément admis que le verbe " to supervise " signifie " *to have the direction and oversight of the performance of others* ". Le verbe " to monitor " signifie " to keep track, systematically with a view to collecting information ".

Les deux verbes ont un sens très proche ; " to monitor " ajoute une notion de temps qui est moins présente dans la notion de " to supervise " : lorsqu'on " monitor ", on fait une supervision pendant une certaine période.



En français, les verbes " to supervise " et " to monitor " sont traduits, respectivement, par " superviser " et " surveiller ".

Selon les définitions données par le dictionnaire Robert, " superviser " signifie contrôler (un travail) sans entrer dans les détails. " Surveiller " signifie suivre avec attention (un travail) de manière à constater si tout se déroule comme il faut.

En russe, les verbes sont traduits par наблюдать [nabludatj], контролировать [kontrolierowatj] et par осуществлять контроль [asuczestwlatj kontrol]. Le premier verbe signifie " surveiller ", au sens général d'observer alors que le deuxième et le troisième signifient " effectuer le contrôle ".

A l'article 1bis alinéa 2 de l'annexe 8 ("*the Committee shall monitor the application of the Convention*"), le verbe " monitor " est traduit en russe par следить [sleditj] qui signifie surveiller avec une notion de se préoccuper du sujet.

On notera que ni наблюдать [nabludatj], ni следить [sleditj] ne sont généralement utilisés dans des textes législatifs russes relatifs aux fonctions d'un organe officiel car ces termes ont un sens plutôt peu formel. Les termes russes контролировать [kontrolierowatj] et осуществлять контроль [asuczestwlatj kontrol] sous-tendent des notions de contrôle et de vérification plus étendues que les notions de " supervise/superviser " ou les notions de " monitor/surveiller ".

Au total, on relève cependant que, dans les versions françaises et anglaises, les prérogatives de la Commission de Contrôle ne sont pas d'aller dans le détail des activités mais bien plutôt de surveiller globalement la bonne application de la Convention TIR. Si certains des termes utilisés en russe ont un caractère de contrôle plus marqué, il reste que le même terme de " monitor/surveiller " est traduit par deux expressions russes différentes qui se réfèrent à des degrés de contrôle tout aussi différents. L'un des deux verbes utilisés (следить) reprend plutôt la notion de surveillance générale et non de contrôle dans le détail.

S'agissant plus particulièrement de la surveillance ("monitor") des prix des carnets TIR, il faut souligner ici que la notion de " surveillance des prix " se distingue clairement – dans la pratique, dans les termes économique-juridiques et dans l'histoire – du *contrôle des prix*.

Ces deux notions sont clairement distinguées dans la pratique. En Suisse comme ailleurs, la terminologie (surveillance/contrôle des prix) recouvre des notions qui sont clairement distinguées :

Contrairement au contrôle des prix, la surveillance ne s'étend pas à la vérification du bénéfice de l'acteur économique surveillé et, par conséquent, la surveillance des prix ne s'étend pas à la vérification de la structure des prix¹.

On trouve dans la pratique de nombreux exemples de *contrôle des prix*, lequel inclut le contrôle de la structure du prix²

Au vu de ce qui précède, et compte tenu que les notions de " contrôle des prix/price control " sont des notions bien connues, tant d'un point de vue économique que juridique, dans les langues française et anglaise, il apparaît certain que si la volonté avait été de permettre à la Commission de Contrôle d'aller dans le détail – et notamment d'aller dans le détail de la structure des prix – les versions anglaise et française ne se seraient pas limitées à " to monitor " ou à " surveiller " mais auraient mis : " *control* the price of TIR Carnets " et " *contrôle* le prix des Carnets TIR ".

Au vu des explications qui précèdent, l'interprétation littérale des textes permet d'exclure que les compétences de la Commission de Contrôle portent sur la structure des prix des carnets TIR car si telle avait été l'intention, les textes anglais et français auraient certainement mis " control/contrôle ".

La surveillance, respectivement la supervision, se limite aux données générales permettant à la Commission de Contrôle de remplir ses prérogatives.

On notera enfin que le rôle de la " Commission de Contrôle " n'est précisément pas de " contrôler ", contrairement à son intitulé français : à aucun moment dans aucun texte concernant la Commission, il est indiqué que ses prérogatives vont jusqu'au " contrôle ".

La " Commission de Contrôle " n'est pas une " Commission d'audit ".

D'ailleurs, sa dénomination en anglais (" TIR Executive Board ") et en russe ("Исполнительный совет МДП") reflètent correctement ses prérogatives : Elle n'est qu'un bureau d'exécution qui tient ses pouvoirs du Comité de Gestion, lequel n'a dans ses

¹ Par exemple Benoît Carron : « Le régime des ordres de marché du droit public en droit de la concurrence », 1994, p. 37

² Voir par exemple en France : « Lorsque le marché prévoit *un contrôle des prix* de revient, le titulaire est tenu de communiquer à la personne publique les éléments constitutifs des prix de revient » ; voir aussi, à titre d'exemple, la décision de la Cour Suprême américaine dans une affaire Tully v. Mobil Oil Corporation, 455 US 245 (1982) : « The anti passthrough provision is clearly a *price control measure* (...) this objective is certainly not an exercise of a taxing power but a *police power affecting price structure* of petroleum products ».

compétences que la surveillance (et non le contrôle) de la bonne application de la Convention³. On reviendra sur ce point dans l'interprétation systématique.

b) L'interprétation historique

Dès 1995, des travaux ont été menés par le groupe de travail de la CEE-ONU pour réviser fondamentalement la Convention TIR. Ces travaux ont permis l'adoption d'une nouvelle Convention TIR en 2002, laquelle prévoit de nouvelles dispositions qui sont entrées en vigueur le 12 mai 2002.

Ces nouvelles dispositions visaient en particulier à préciser et à clarifier les responsabilités juridiques et administratives de [...] l'Organisation internationale, [laquelle devient] responsable de l'organisation et du fonctionnement efficace de la chaîne internationale de garantie⁴.

Il ne peut y avoir de *responsabilité* sans qu'il y ait autonomie. Le pendant nécessaire à la responsabilité est précisément l'indépendance de celui qui prend ses décisions et qui par conséquent doit pouvoir assumer ses responsabilités.

Si les prérogatives de la Commission de Contrôle devaient s'étendre jusqu'au contrôle, voire la modification, des structures de prix (voire même d'aller vérifier les coûts d'impression des carnets, les coûts salariaux, les frais généraux et les primes d'assurance⁵), il est évident que l'Organisation internationale n'aurait plus aucune marge de manœuvre et que, au total, elle ne pourrait jamais être responsable de rien puisque tout serait décidé, jusque dans les moindres détails – comme les coûts d'impression ou les frais généraux – par la Commission de Contrôle.

Par cette interprétation historique, et vu les modifications fondamentales apportées par la révision de 2002, il apparaît certain que la Commission de Contrôle doit se tenir à des informations générales et à une vérification globale. A défaut, le principe-même de la responsabilité de l'Organisation internationale – principe important et nouveau retenu par la nouvelle Convention TIR de 2002 - deviendrait lettre-morte.

A nouveau, on voit que l'interprétation des textes exclut que la Commission de Contrôle procède à des investigations ou des vérifications de détail ou de structure de prix.

³ Article 1bis annexe 8 à la Convention TIR

⁴ Article 6 alinéa 2bis de la Convention TIR

⁵ Comme le suggère la note du secrétariat du 5 juin 2007

c) **L'interprétation systématique**

L'interprétation systématique permet d'interpréter certaines dispositions par rapport à l'ensemble du texte et/ou par rapport à d'autres textes voisins.

On a déjà relevé ci-dessus que les prérogatives de la Commission de Contrôle sont celles qui lui sont déléguées par le Comité de Gestion.

Selon la Convention TIR⁶, c'est le Comité de Gestion qui crée la Commission de Contrôle, laquelle intervient en tant qu'*organe subsidiaire* qui, au nom du Comité de Gestion, exécute les tâches qui lui sont confiées au titre de la Convention et par le Comité de Gestion.

Le Comité de Gestion a pour tâche et fonction de *surveiller* l'application de la Convention⁷ et de *superviser*, par l'intermédiaire de la Commission de Contrôle, l'application de la Convention aux niveaux national et international⁸.

Clairement, le Comité de Gestion n'a dans ses prérogatives que la surveillance et la supervision globales de la bonne application de la Convention. Elle n'a pas pour fonction d'aller dans le détail ni de donner des instructions. La Commission de Contrôle – qui n'est qu'un organe subsidiaire créé par le Comité de Gestion, ne peut avoir des pouvoirs plus étendus que le Comité de Gestion qui l'a créé.

Là aussi, on voit que la Commission de Contrôle ne peut exiger de connaître les détails et doit s'en tenir aux informations globales et générales permettant de surveiller et de superviser la bonne application de la Convention.

D'autres textes permettent de mieux cerner les devoirs, responsabilités et prérogatives. Il s'agit notamment du "Manuel TIR" publié par la Commission Economique pour l'Europe⁹ et, surtout, de l'Accord.

Manuel TIR de l'ONU :

On relèvera plus particulièrement les pages 32 et 33 du Manuel, lesquelles détaillent le rôle et les responsabilités de la Commission de Contrôle.

⁶ Article 58ter

⁷ Article 1bis annexe 2 de la Convention TIR

⁸ Article 1bis alinéa 3 de l'annexe 8 de la Convention TIR

⁹ 8^{ème} édition révisée

On y lit notamment que la Commission de Contrôle doit assurer la concordance entre les trois langues officielles de la Convention et de ses annexes...

S'agissant du fonctionnement du système de garantie, la TIRExB doit " superviser son fonctionnement ". A ce titre, la TIRExB demande à l'Organisation Internationale de " lui communiquer, tous les ans, *le nombre total* de demandes de paiement déposées, acquittées ou en suspens ".

On voit bien, là encore, que selon le Manuel TIR édité par la Commission Economique pour l'Europe, c'est *le nombre total* des demandes que la TIRExB requiert, tous les ans. Et non pas le détail des demandes de paiement déposées, acquittées ou en suspens.

S'agissant de la surveillance du prix du Carnet TIR, le Manuel s'en tient à signaler qu'il s'agit là d'une " question délicate ".

Le Manuel TIR donne des explications détaillées sur le rôle et les responsabilités de l'Organisation internationale (actuellement l'IRU) aux pages 30 et 31. On relève notamment que l'Organisation internationale doit :

- " Administrer le système de garantie TIR et communiquer aux agences compétentes, chaque année, *le nombre total* de demandes de paiement déposées, acquittées ou en suspens. "
- " Communiquer aux autorités compétentes *des données statistiques* sur le nombre de Carnets TIR distribués à chaque Partie contractante ".
- " Communiquer à la TIRExB les prix pratiqués par l'Organisation internationale, *pour chaque type de Carnet TIR* ".

Là encore, on voit que selon le Manuel TIR édité par la Commission Economique pour l'Europe, les tâches et responsabilités de l'Organisation internationale, envers la Commission de contrôle, est de lui donner des statistiques, le nombre total de demandes de paiement concernant le système de garantie et les prix pratiqués, pour chaque type de Carnet TIR (et non pas la structure de prix des Carnets TIR).

Le Manuel TIR, document officiel émis par la Commission Economique pour l'Europe, confirme bien que l'Organisation internationale n'a pas à transmettre des détails, en particulier sur la structure de prix ou sur les demandes de paiement concernant le système de garantie.

Accord entre UNECE et IRU du 6 octobre 2005

Cet Accord a été approuvé par le Comité de Gestion le 4 février 2005.

Les engagements et les devoirs de l'Organisation internationale sont clairement détaillés et ne comportent aucune ambiguïté :

L'Organisation internationale s'engage à :

- " To provide the competent body(ies) of the TIR Convention, on a yearly basis, with global data of claims, lodged, paid and pending.
- To provide (...) with statistical data on the number of TIR Carnet distributed.
- To provide TIRExB with details on the issuing price by the IRU of each type of TIR Carnet".

C'est bien sur ces bases qu'il y a eu un Accord avec l'Organisation internationale. Le Comité de Gestion l'a approuvé dans sa décision du 4 février 2005. On peine à comprendre les raisons pour lesquelles, deux ans plus tard, la Commission de Contrôle cherche à modifier fondamentalement les termes clairs et précis de l'Accord convenu le 6 octobre 2005.

Clairement, l'IRU ne doit donner que des informations globales et statistiques. S'agissant du prix des Carnets TIR, l'IRU ne doit donner que les prix des Carnets pour chaque type de Carnet TIR. Manifestement, les prétentions à obtenir des informations détaillées sur les coûts d'impression, les frais généraux, les coûts salariaux ou la structure de prix sont parfaitement exorbitantes à l'Accord – récent – intervenu et approuvé par le Comité de Gestion.

d) L'interprétation téléologique

L'interprétation téléologique permet d'interpréter des dispositions à la lumière des objectifs visés par ces dispositions.

On a déjà vu ci-dessus que la dénomination française " Commission de Contrôle " est trompeuse. La Commission n'a aucun rôle de contrôle. Elle n'est qu'une émanation du

Comité de Gestion, lequel n'a pour tâche et fonction que de superviser globalement la bonne application de la Convention.

On a également vu ci-dessus que, en 2002, la Convention TIR a été fondamentalement modifiée pour donner des prérogatives et des responsabilités importantes à " l'Organisation internationale " (en l'espèce, une association de droit privé suisse : l'IRU).

L'IRU tient un rôle central dans le système de la Convention TIR qui vise à faciliter le transport international de marchandises à un coût le plus faible possible.

L'IRU, de par ses statuts ainsi qu'en raison de l'ampleur de sa responsabilité et des garanties consenties vis-à-vis de ses membres, doit fonder son activité TIR exclusivement sur la solidarité et la mutualisation. C'est précisément ces aspects qui permettent d'assurer le fonctionnement de la chaîne de garantie et de maintenir, globalement, les conditions économiques les plus favorables et en particulier les prix les plus bas pour les divers Carnets TIR.

A l'évidence, certains endroits et certains pays sont plus " à risque " que d'autres. S'il fallait évaluer les coûts par pays ou par type de risques et les publier, c'est l'ensemble du système qui s'en trouverait menacé ou, à tout le moins, on aboutirait rapidement à une rupture du principe fondamental de solidarité qui est à la base du fonctionnement du système de garantie fourni par l'IRU. Ainsi, les principes de solidarité et de mutualisation seraient mis à néant. Enfin, les détails permettraient de désigner des " moutons noirs ", de distinguer les " bons et les mauvais ", ceux qui présentent des risques accrus et les autres et c'est le fonctionnement même du système et les avantages de la Convention TIR qui seraient ainsi mis en péril.

Là encore, outre les interprétations littérales historiques et systématiques, l'interprétation téléologique permet de conclure sans hésiter que, pour assurer la pérennité du système, l'Organisation internationale ne doit communiquer que des données globales et statistiques à la Commission de Contrôle pour permettre à cette dernière d'exercer ses prérogatives, lesquelles se limitent à la surveillance générale et globale de la bonne application de la Convention.

Il résulte des interprétations littérale, historique, systématique et téléologique - ainsi que du texte même de la Convention TIR - que la Commission de Contrôle ne peut demander à l'Organisation internationale que les informations globales, statistiques et générales lui permettant de remplir ses prérogatives.

La Commission de Contrôle ne saurait par conséquent exiger d'obtenir de l'Organisation internationale des détails sur les structures de prix, les coûts salariaux ou les coûts d'exploitation de l'Organisation internationale, ni ses frais généraux et encore moins des coûts de fabrication des carnets TIR, des primes d'assurance.

2. La violation des règles de protection des données, confidentialité et règles de concurrence

L'Accord UNECE-IRU réserve expressément les principes de protection des données, confidentialité et autres qui doivent être respectés en tout temps :

IRU shall "provide, at the request of the TIRExB, full and complete information on the functioning of the TIR System, provided such request does not infringe legislation concerning confidentiality, data protection, etc. ; in case such information cannot be given, IRU will specify the legal provisions or other reasons prohibiting the exchange of information¹⁰ .

L'IRU est une personne morale de droit Suisse. Légalement, c'est une association de droit suisse. Elle est une entité qui a la personnalité juridique.

Par conséquent, même si elle est qualifiée de " Organisation internationale " dans l'annexe 8 de la Convention TIR, l'IRU reste une association de droit suisse soumise à la législation suisse. L'IRU est indépendante du Comité de Gestion et de la Commission de Contrôle, lesquels sont par conséquent – d'un point de vue juridique – des tiers par rapport à IRU.

Une association, comme toute autre entité juridique suisse, bénéficie des protections liées au secret des affaires.

¹⁰ UNECE-IRU Agreement chiffre 2

Même si l'IRU est une association sans but lucratif, il reste qu'elle est au bénéfice des dispositions protégeant le secret de ses affaires ; notamment le secret commercial.

D'une manière générale, on entend par " secret commercial " toute information qui peut jouer un rôle propre à l'activité de l'entreprise ou sur son résultat. Sont couvertes par le secret commercial : les sources d'approvisionnement, la liste des clients, l'organisation de l'entreprise, *le calcul des prix*¹¹.

Par conséquent, la structure du prix des Carnets TIR ou les détails sur les frais généraux font partie du secret commercial de l'IRU et sont protégés en tant que tels par la législation suisse.

La violation du secret commercial est un délit pénal réprimé par l'article 162 du Code pénal suisse :

" Celui qui aura révélé un secret de fabrication ou un secret commercial qu'il était tenu de garder en vertu d'une obligation légale ou contractuelle,

Celui qui aura utilisé cette révélation à son profit ou à celui d'un tiers,

Sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. "

Par conséquent, la divulgation du secret commercial concernant notamment la structure de prix serait constitutive d'un délit pénal en droit suisse.

Le tiers qui exploite les secrets ainsi protégés et divulgués serait également punissable. En l'espèce, on rappelle que la Commission de Contrôle TIR est un tiers.

Par ailleurs, selon l'article 273 du Code pénal suisse :

" Celui qui aura cherché à découvrir un secret de fabrication ou d'affaires pour le rendre accessible à un organisme officiel ou privé étranger, ou à une entreprise privée étrangère, ou à leurs agents,

Celui qui aura rendu accessible un secret de fabrication ou d'affaires à un organisme officiel ou privé étranger ou à une entreprise privée étrangère, ou à leurs agents,

¹¹ Arrêt du Tribunal Fédéral (ATF) 118 I b 559 ; 109 I b 56 ; 203 IV 284 ; Marcel Alexander Niggli et Hans Wiprechtiger, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II ad article 162 no. 11 et les arrêts cités.

Sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire ou, dans les cas graves, d'une peine privative de liberté d'un an au moins. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire peut également être prononcée. "

En 1989, la Commission des Communautés Européennes s'était adressée à une Organisation du même type que l'IRU, pour obtenir des renseignements. Le Département Fédéral Suisse des Affaires Etrangères était alors intervenu pour rappeler que l'article 273 du Code pénal suisse punit celui qui, sans l'accord exprès des personnes ayant un intérêt digne de protection à ce qu'un fait de la vie économique soit tenu secret, livre un secret d'affaires ou de fabrication.

Dans le même avis, le Département Fédéral des Affaires Etrangères avait également considéré que la demande de renseignements de la Commission des Communautés Européennes violait l'article 271 du Code pénal suisse dans la mesure où elle visait, en fait, l'accomplissement d'un acte officiel sur territoire suisse.

Au vu des observations qui précèdent, il est certain que :

- La structure de prix est un secret commercial, tout comme les frais généraux.
- La divulgation forcée d'un secret commercial est constitutive d'un délit pénal en Suisse.
- En l'espèce, et au vu d'un précédent très semblable (demande de renseignement de la Commission des Communautés Européennes auprès d'une entité suisse), la démarche pourrait aussi constituer une violation de l'article 271 du Code pénal suisse.

On notera enfin que l'IRU n'a aucune garantie qu'elle restera " l'Organisation internationale " décrite dans l'annexe 8. Le contrat conclu avec l'UNECE arrivera à échéance le 31 décembre 2010 mais il prévoit des facilités pour l'une ou l'autre partie de mettre fin au contrat avec un préavis de 6 mois.

Si une telle éventualité se réalisait, une autre entité ou une autre association pourrait être désignée en tant que " Organisation internationale ". Si les informations confidentielles couvertes par le secret commercial ou le secret des affaires devaient être communiquées au Comité de Gestion ou à la Commission de Contrôle, ces informations – portant notamment sur le calcul des prix et la structure des prix – seraient nécessairement exploitées par l'entité qui serait désignée pour remplacer l'IRU en sa fonction de " Organisation internationale ".

Selon la loi fédérale sur la concurrence déloyale¹², l'exploitation, par un tiers, du résultat d'un travail (par exemple des offres, des calculs ou des plans) est constitutive d'un acte de concurrence déloyale.

Il en va de même pour celui qui, notamment, exploite ou divulgue des secrets de fabrication ou d'affaires dont il a eu connaissance indûment¹³.

Celui qui, intentionnellement, se sera rendu coupable de concurrence déloyale sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

Enfin, vu les principes généraux du droit en la matière, il convient encore de préciser que les mêmes conclusions doivent être tirées en cas de divulgation par les Associations membres de l'IRU de leur savoir-faire et leurs secrets commerciaux.

Genève, le 8 octobre 2007



Douglas Hornung

Avocat

Juge suppléant à la Cour d'appel de Genève

¹² Article 5 a

¹³ Article 6 de la loi fédérale sur la concurrence déloyale

HORNUNG AVOCATS

LEGAL OPINION

(INTERPRETATION OF LEGAL PROVISIONS ON THE POWERS OF THE TIR EXECUTIVE BOARD)

1. The principles of interpretation

It is generally accepted that the interpretation of regulatory or legislative provisions can be made from four different perspectives: literal, historical, contextual and purposive.

a) The literal interpretation

A legal provision is, first, interpreted literally, that is, by the application of common sense.

It should be remembered that, in the instant case, the legal provisions are issued in three official languages (English, French and Russian). The three languages carry the same weight.

In relation to the powers and jurisdiction of the Executive Board, the English version of Art.10 of Annex 8 to the TIR Convention states that the Executive Board (TIRExB) shall:

- *Supervise* the application of the Convention, including the operation of the guarantee system, and fulfil the functions entrusted to it by the Administrative Committee.
- *Supervise* the centralized printing and distribution to the associations of TIR Carnets which may be performed by an agreed international organization as referred to in Art.6.
- *Monitor* the price of TIR Carnets.

According to various definitions, it is commonly accepted that the verb “to supervise” means “*to have the direction and oversight of the performance of others*”. The verb “to monitor” means “to keep track, systematically with a view to collecting information”.

The two verbs are very close in meaning: “to monitor” adds a concept of time which is less evident in the notion of “to supervise”: where a person “monitors”, he undertakes a supervision over a certain period.

In French, the verbs “to supervise” and “to monitor” are translated, respectively, as “*superviser*” and “*surveiller*”.

According to the definitions contained in the Robert dictionary, “*superviser*” means to control (work) without entering into the details. “*Surveiller*” means to pay careful attention (to work) in such a manner to determine if everything takes place as it should.

In Russian, the verbs are translated as “наблюдать” [nabludatj], контролировать [kontrolierowatj] and “осуществлять контроль” [asuczewlatj kontrol]. The first verb means “*surveiller*” in the general sense of observing while the second and third verb mean “carry out the control”.

In Art.1 bis, paragraph 2, of Annex 8 (“*the Committee shall monitor the application of the Convention*”), the verb “monitor” is translated into Russian as “следить” [sleditj], which means to monitor with a notion of taking care of the subject.

We should note that neither “наблюдать” [nabludatj], nor “следить” [sleditj] are generally used in Russian laws relating to the role of an official authority because these terms have a meaning that is, instead, not very formal. The Russian terms контролировать [kontrolierowatj] and “осуществлять контроль” [asuczewlatj kontrol] underpin concepts of control and verification that are wider than the concepts of “supervise/*superviser*” or the concepts of “monitor/*surveiller*”.

As a result, it should be noted that in the French and English versions the powers of the Executive Board are not to go into the detail of the activities but rather to monitor in an overall manner the smooth application of the TIR Convention. If some of the terms used in Russian have a more marked control emphasis, it remains that the same “monitor/*surveiller*” term is translated into two different Russian phrases which as well refer to two different degrees of control. One of the two verbs used (“следить”) has, instead, a notion of general monitoring and not control in detail.

More particularly, in relation to the monitoring (“to monitor”) of the TIR Carnets prices, it must be emphasised here that the concept of “price monitoring” is clearly distinguished – in practice, in economic and legal terms and historically – from *price control*.

These two concepts are clearly different in practice. In Switzerland, as elsewhere, the terminology (monitoring/price control) covers concepts that are clearly distinguished:

Contrary to price control, monitoring does not extend to the verification of the profit to the economic entity monitored and, as a consequence, the monitoring of prices does not extend to the verification of price structure¹.

A number of examples are found in practice of *price control*, which includes control over price structure².

In light of the above, and taking account of the fact that the concepts of “*contrôle des prix/price control*” are concepts that are well-known in the French and English languages whether from an economic or a legal point of view, it appears certain that if the intention had been to allow the Executive Board to go into detail – and, notably, go into the detail of price structure – the English and French versions would not have been limited to “to monitor” or to “*surveiller*” but would have been: “*control* the price of TIR Carnets” and “*contrôle* le prix des Carnets TIR”.

Having regard to the above explanations, the literal interpretation of the legal provisions excludes the jurisdiction of the Executive Board over the price structure of the TIR Carnets because if that had been the intention, the English and French legal provisions would have definitely used “control/*contrôle*”.

The monitoring, respectively the supervision, is limited to general information enabling the Executive Board to exercise its powers.

Lastly, it should be noted that the role of the “Commission de Contrôle” [Executive Board] is, contrary to its French title, specifically not one of “control”: nowhere in any legal provision concerning the Board is it stated that its powers go as far as “control”.

The “Commission de Contrôle” is not an “Audit Board”.

¹ For example Benoît Carron: “*The market systems regime, from public to competition law*”, 1994, p. 37

² See, for example, in France: “Where the market provides a cost *price control*, the holder is required to communicate to the member of the public the elements making up that cost price”; see, also, by way of example, the judgment of the American Supreme Court in the case of *Tully v Mobil Oil Corporation*, 455 US 245 (1982): “The anti pass-through provision is clearly a *price control measure* (...) this objective is certainly not an exercise of a taxing power but a *police power affecting price structure* of petroleum products”.

Moreover, its name in English (“TIR Executive Board”) and in Russian (“Исполнительный совет МДП”) correctly reflect its powers: it is only an executive office which takes its powers from the Administrative Committee, which has within its jurisdiction only the monitoring (and not the control) of the smooth application of the Convention³. We will return to this point in the contextual interpretation.

b) The historical interpretation

From 1995, work had been undertaken by a UNECE working group to fundamentally review the TIR Convention. That work enabled the adoption of a new TIR Convention in 2002, which provides new provisions that came into force on 12 May 2002.

Those new provisions aim, in particular, at specifying and clarifying “*the legal and administrative responsibilities of [...] the International Organisation, [which becomes] responsible for the organisation and efficient functioning of the international guarantee chain*”⁴.

There cannot be *responsibility* without autonomy. The necessary counterpart to responsibility is, specifically, the independence of whoever takes his decisions and who, as a result, must be able to assume his responsibilities.

If the Executive Board’s powers extended to the control, even the modification, of price structures (even to extent of verifying the cost of printing the Carnets, the salaried costs, the general costs and the insurance premiums⁵), it is clear that the International Organisation would have no more margin in which to operate and that, as a result, it could never be responsible for anything, as everything would be decided, down to the smallest details – such as the printing or general costs – by the Executive Board.

In light of this historical interpretation and the fundamental amendments made by the 2002 review, it appears certain that the Executive Board must be restricted to general information and an overall verification. If not, the fundamental principle of the

³ Article 1 bis, Annex 8 to the TIR Convention

⁴ TIR Handbook p.3; Article 6, paragraph 2 bis, of the TIR Convention

⁵ As suggests the Secretary’s note of 5 June 2007

responsibility of the International Organisation – a new and important principle retained in the new TIR Convention of 2002 – would become a dead letter.

Again, it can be seen that the interpretation of the legal provisions excludes the Executive Board from carrying out investigations or verifications in detail or on price structure.

c) **The contextual interpretation**

The contextual interpretation enables an interpretation of certain provisions by comparison with the overall legal provision and/or by comparison with other, related, legal provisions.

It has already been noted above that the Executive Board's powers are those that are delegated to it by the Administrative Committee.

According to the TIR Convention⁶, it is the Administrative Committee which created the Executive Board, the latter operating as a *subsidiary authority* that, on behalf of the Administrative Committee, carries out the tasks conferred on it under the Convention and by the Administrative Committee.

The Administrative Committee has the task and role of *monitoring* the application of the Convention⁷ and *supervising*, via the Executive Board, the Convention's application on a national and international level⁸.

Clearly, the Administrative Committee has only the overall monitoring and supervision of the smooth application of the Convention. It does not have the role of going into detail or giving instructions. The Executive Board, which is only a subsidiary authority created by the Administrative Committee, cannot have powers that are wider than those of the Administrative Committee which created it.

It can be seen, here too, that the Executive Board cannot demand to know the details, and should be restricted to overall and general information enabling the monitoring and supervising of the smooth application of the Convention.

⁶ Article 58 ter

⁷ Article 1 bis of Annex 2 to the TIR Convention

⁸ Article 1 bis, paragraph 3, of Annex 8 to the TIR Convention

Other texts enable a better definition of the duties, responsibilities and powers, in particular the “TIR Handbook” published by the Economic Commission for Europe⁹, and, especially, the Agreement.

The UN’s TIR Handbook:

Pages 32 and 33 of the Handbook, which set out in detail the role and responsibilities of the Executive Board, should be noted in particular.

Those pages state, notably, that the Executive Board (TIRExB) should ensure the conformity of the three official languages of the Convention and its Annexes ...

In respect of the functioning of the guarantee system, the TIRExB must “supervise its functioning”. To that end, the TIRExB requests the International Organisation to “furnish, on an annual basis, *global data* of the number of claims lodged, paid or pending”.

It can be seen, here also, that, according to the TIR Handbook published by the Economic Commission for Europe, that it is *the overall number* of claims that the TIRExB requires on an annual basis. And not the detail of the claims lodged, paid or pending.

In respect of the monitoring of the price of the TIR Carnet, the Handbook restricts itself to pointing out that it is a “sensitive issue”.

The TIR Handbook gives detailed explanations on the role and responsibilities of the International Organisation (currently the IRU) in pages 30 and 31, which state, notably, that the International Organisation must:

- “Administer the TIR guarantee system and provide competent bodies, on a yearly basis, with *global data* of claims lodged, paid or pending.”
- “Provide the competent authorities with *statistical data* on the number of TIR Carnets distributed to each Contracting Party.”

- “Provide the TIRExB with details of the issuing prices implemented by the International Organisation *for each type of TIR Carnet.*”

⁹ 8th edition, revised

Here again, it can be seen that, according to the TIR Handbook published by the Economic Commission for Europe, the tasks and responsibilities of the International Organisation in respect of the Executive Board are to give it statistics, the overall number of payment claims made under the guarantee system and the prices implemented, for each type of TIR Carnet (and not the price structure of the TIR Carnets).

The TIR Handbook, an official document issued by the Economic Commission for Europe, clearly confirms that the International Organisation does not have to send details, in particular of the price structure.

Agreement between UNECE and IRU of 6 October 2005

This Agreement was approved by the Administrative Committee on 4 February 2005.

The obligations and duties of the International Organisation are clearly detailed and are unambiguous.

The International Organisation undertakes:

- To provide the competent body(ies) of the TIR Convention, on a yearly basis, with global data of claims lodged, paid and pending.
- To provide (...) with statistical data on the number of TIR Carnet distributed.
- To provide TIRExB with details on the issuing price by the IRU of each type of TIR Carnet".

It is, of course, on those bases that the Agreement with the International Organisation was reached. The Administrative Committee approved it in its decision of 4 February 2005. It is difficult to understand the reasons why, two years later, the TIRExB seeks to fundamentally alter the clear and precise terms of the Agreement agreed to on 6 October 2005.

Clearly, the IRU should give only overall and statistical information. In respect of the price of TIR Carnets, the IRU should give only the price of the Carnets for each type of TIR Carnet. Obviously, the claims for obtaining detailed information on the printing costs, general costs, salarial costs or the price structure are clearly outside the recently agreed Agreement approved by the Administrative Committee.

d) The purposive interpretation

The purposive interpretation enables the interpretation of provisions in light of their purpose.

It has already been noted above that the French name “Commission de Contrôle” is misleading. The Board has no controlling role. It is simply a mouthpiece for the Administrative Committee, which has the task and role only of overall supervision of the smooth application of the Convention.

It is also noted above that, in 2002, the TIR Convention was fundamentally amended to give significant powers and responsibilities to the “International Organisation” (in the instant case, a Swiss private law association: the IRU).

The IRU holds a central role in the TIR Convention system, which aims at facilitating the international transport of goods at the lowest possible cost.

The IRU, pursuant to its constitution and as a result of the extent of its responsibility and guarantees given vis-à-vis its members, must base its TIR activity exclusively on solidarity and mutual insurance. It is exactly those aspects which ensure the operation of the chain of guarantee and, overall, to maintain the most favourable economic conditions and in particular the lowest prices for the various TIR Carnets.

Obviously, certain places and certain countries are more “at risk” than others. If the costs per country or per type of risk had to be evaluated and published, the overall system would be under threat or, at least, it would rapidly lead to a breakdown in the fundamental principle of solidarity on which the functioning of the guarantee system supplied by the IRU is based. The solidarity and mutual insurance principles would, therefore, count for nothing. Lastly, the details would enable the identification of “black sheep”, the distinction between the “good” and the “bad”, those that have an increased risk compared to others and it is the very functioning of the TIR Convention system and its advantages which would be at risk.

Here again, aside from the literal, historical and contextual interpretations, the purposive interpretation enables the conclusion, without hesitation, that, to ensure the system is maintained in the future, the International Organisation should furnish only overall data

and statistics to the Executive Board to enable the latter to exercise its powers, which are restricted to the general and overall monitoring of the smooth application of the Convention.

<p>The literal, historical, contextual and purposive interpretations – and the provisions of the TIR Convention itself – show that the Executive Board can only request from the</p>
--

International Organisation overall statistical and general information enabling it to exercise its powers.

Consequently, the Executive Board should not be required to obtain details of the price structure, salaried costs or operating costs of the International Organisation from that organisation, nor its overall costs and even less the costs of producing the TIR Carnets or insurance premiums.

2. **The breach of the data protection, confidentiality and competition regulations**

The UNECE-IRU Agreement specifically retains the data protection, confidentiality and other principles which should at all times be complied with:

IRU shall “provide, at the request of the TIRExB, full and complete information on the functioning of the TIR System, provided such request does not infringe legislation concerning confidentiality, data protection, etc; in case such information cannot be given, IRU will specify the legal provisions or other reasons prohibiting the exchange of information”¹⁰.

The IRU is a Swiss law legal person. Legally, it is a Swiss law association. It is an entity which has a separate legal personality.

Consequently, even if it is called the “International Organisation” in Annex 8 to the TIR Convention, the IRU remains a Swiss law association subject to Swiss law. The IRU is

¹⁰ UNECE-IRU Agreement, figure 2

independent from the Administration Committee and the Executive Board, which are, as a result – from a legal point of view – third parties with respect to IRU.

An association, like any other Swiss legal entity, benefits from protections linked to business confidentiality.

Even if the IRU is a non-commercial association, it still benefits from the provisions protecting the confidentiality of its business; notably commercial secrets.

Generally, a “commercial secret” means any information which might play a role appropriate to the enterprise’s activity or its profit. The following are covered by commercial confidentiality: the supply sources, client list, the organisation of the enterprise, the *calculation of prices*¹¹.

As a result, the price structure of the TIR Carnets or the details of the general costs are part of IRU’s commercial secrets and are protected as such by the Swiss legislation.

A breach of commercial confidentiality is a criminal offence which is punished by Art.162 of the Swiss Criminal Code:

“A person who has disclosed a manufacturing secret or a commercial secret which he was required to keep under a legal or contractual obligation,

A person who has used that disclosure for his own benefit or for that of a third party,

Will, on a complaint, be punished by imprisonment for a maximum of three years or a pecuniary penalty”.

As a result, the disclosure of a commercial secret concerning, notably, price structure will constitute a criminal offence under Swiss law.

The third party who uses the secrets thus protected and disclosed will also be punishable. In the instant case, it should be remembered that the TIR Executive Board is a third party.

Moreover, according to Art.273 of the Swiss Criminal Code:

“A person who has sought to discover a manufacturing or business secret in order to make it available to a foreign official or private organisation or to a foreign private enterprise, or to their agents,

¹¹ Federal Court Order (ATF) 118 I b 559; 109 I b 56; 203 IV 284; Marcel Alexander Niggli and Hans Wiprechtiger, Basler Kommentar, Criminal Code (Switzerland) II ad Art.162 no. 11 and the orders cited.

A person who has made available a manufacturing or business secret to a foreign official or private organisation or to a foreign private enterprise, or to their agents,

Will be punished by imprisonment for a maximum of three years or a pecuniary penalty or, in serious cases, imprisonment of at least one year. In case of imprisonment, a pecuniary penalty may also be pronounced.”

In 1989, the Commission of the European Communities sought information from an organisation similar to the IRU. The Swiss Federal Department for Foreign Affairs then intervened with the reminder that Art.273 of the Swiss Criminal Code punished any person who discloses a business or manufacturing secret without the specific approval of the persons having a sufficient interest in keeping an economic act secret.

In the same notice, the Federal Department for Foreign Affairs also considered that the Commission of the European Communities' request for information breached Art.271 of the Swiss Criminal Code to the extent that it sought, in fact, the performance of an official act within Swiss territory.

Having regard to the preceding observations, it is clear that:

- The price structure is a commercial secret, as are general costs.
- The forced disclosure of a commercial secret constitutes a criminal offence in Switzerland.
- In the instant case, and having regard to a very similar precedent (the request for information by the Commission of the European Communities from a Swiss entity), the measure can also constitute a breach of Art.271 of the Swiss Criminal Code.

Lastly, it should be noted that the IRU has no guarantee that it will remain “the International Organisation” described in Annex 8. The contract entered into with UNECE ends on 31 December 2010 but it allows one or other party to end the contract with a six-month termination notice.

If such a situation occurred, another entity or association could be appointed as the “International Organisation”. If the confidential information, covered by commercial or business confidentiality, must be communicated to the Administrative Committee or to the Executive Board, that information – covering, notably, the calculation of

prices and the price structure – would necessarily be used by the entity who would be appointed to replace the IRU in its role as “International Organisation”.

According to federal law on unfair competition¹², the use by a third party of the outcome of work (for example, offers, calculations or plans) constitutes an act of unfair competition.

The same applies to a person who, notably, uses or discloses manufacturing or business secrets which he became aware of unlawfully¹³.

A person who deliberately makes himself liable for unfair competition will, on complaint, be punished by imprisonment or a fine.

Lastly, having regard to the general legal principles in such matters, it should again be clarified that the same conclusions should be drawn in the event of disclosure by the Associations who are members of the IRU of their knowledge and commercial secrets.

Geneva, 8 October 2007

[signature]

Douglas Hornung

Lawyer

Substitute Judge at the Geneva Court of Appeal

¹² Article 5(a)

¹³ Article 6 of the Federal Law on Unfair Competition