Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

ANNUAIRE

Volume XXIII : 1992

NATIONS UNIES
New York, 1994

NOTE

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

La numérotation des notes de bas de page reprend celle des documents initiaux à partir desquels l'*Annuaire* a été établi. Les notes de bas de page ajoutées par la suite sont indiquées par des lettres minuscules.

A/CN.9/SER.A/1992

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente : F.94.V.7
ISBN 92-1-233271-4
ISSN 0251-4257

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION ..... *vii*

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

VINGT-CINQUIÈME SESSION (1992)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session (New York, 4-22 mai 1992) 3

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) : extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement (trente-neuvième session) (TD/B/39(1)/15) 25

C. Assemblée générale : rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session : rapport de la Sixième Commission (A/47/586) 25

D. Résolution 47/34 de l'Assemblée générale en date du 25 novembre 1992 26

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

I. PAIEMENTS INTERNATIONAUX

A. Projet de Loi type sur les virements internationaux : propositions pour l'examen final : note du Secrétariat (A/CN.9/367) 31

II. OPÉRATIONS INTERNATIONALES D'ÉCHANGES COMPENSÉS

A. Rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa vingt-troisième session (New York, 3-10 septembre 1991) (A/CN.9/357) 39

B. Documents de travail soumis au Groupe de travail des paiements internationaux à sa vingt-troisième session : projets de chapitres du guide juridique pour l'élaboration de contrats internationaux d'échanges compensés : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/332/Add.8 et A/CN.9/WG.IV/WP.51 et Add.1 à 7) 50

C. Opérations internationales d'échanges compensés : projets de chapitres du guide juridique pour les opérations internationales d'échanges compensés : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/362 et Add.1 à 17) 97

III. PASSATION DES MARCHÉS

A. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa treizième session (New York, 15-26 juillet 1991) (A/CN.9/356) 211

B. Documents de travail soumis au Groupe de travail du nouvel ordre économique international à sa treizième session 236

1. Passation des marchés : projets d'articles premier à 35 de la Loi type sur la passation des marchés : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.V/WP.30) 236

2. Passation des marchés : négociation avec appel à la concurrence : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.31) 259

C. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 2-13 décembre 1991) (A/CN.9/359) 263

D. Documents de travail soumis au Groupe de travail du nouvel ordre économique international à sa quatorzième session 291

1. Passation des marchés : projets d'articles premier à 35 de la Loi type sur la passation des marchés : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.V/WP.30) 291

Pages

2. Passation des marchés : projets d'articles 28 à 42 de la Loi type sur la passation des marchés : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.33) 291
3. Passation des marchés : suspension de la procédure de passation du marché et de l'exécution du marché : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.34) 306

IV. GARANTIES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

A. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa seizième session (Vienne, 4-15 novembre 1991) (A/CN.9/358) 310

B. Documents de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa seizième session : garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : avant-projet de loi uniforme sur les lettres de garantie internationales : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1) 333

C. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa dix-septième session (New York, 6-16 avril 1992) (A/CN.9/361) 348

D. Documents de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa dix-septième session : garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : avant-projet de loi uniforme sur les lettres de garantie internationales : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1) 368

V. PROBLÈMES JURIDIQUES LIÉS A L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES

A. Rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa vingt-quatrième session (Vienne, 27 janvier-7 février 1992) (A/CN.9/360) 369

B. Document de travail soumis au Groupe de travail des paiements internationaux à sa vingt-quatrième session : questions qui pourraient figurer dans le programme des activités futures sur les aspects juridiques de l'EDI : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.53) 389

VI. COORDINATION DES TRAVAUX

A. Assistance fournie par des organisations multilatérales et des organismes d'aide bilatéraux pour la modernisation de la législation commerciale des pays en développement : note du Secrétariat (A/CN.9/364) 407

B. Les INCOTERMS de la Chambre de commerce internationale (A/CN.9/348) 409

VII. ÉTAT DES TEXTES DE LA CNUDCI

Etat des conventions : note du Secrétariat (A/CN.9/368) 411

VIII. FORMATION ET ASSISTANCE

Formation et assistance : note du Secrétariat (A/CN.9/363) 419

IX. DÉCENNIE DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT INTERNATIONAL

Congrès de la CNUDCI sur le thème "Le droit commercial uniforme au XXIe siècle" (New York, 18-22 mai 1992) 423

Troisième partie. Annexes

I. TEXTES ADOPTÉS PAR LA CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LA RESPONSABILITÉ DES EXPLOITANTS DE TERMINAUX DE TRANSPORT DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL ET CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LA RESPONSABILITÉ DES EXPLOITANTS DE TERMINAUX DE TRANSPORT DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL (Vienne, 2-19 avril 1991) (A/CONF.152/13) 429

II. LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES VIREMENTS INTERNATIONAUX 437

Pages

III. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION CONSACRÉES A LA PRÉPARATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES VIREMENTS INTERNATIONAUX 443

IV. CONVENTION SUR LA PRESCRIPTION EN MATIÈRE DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES, MODIFIÉE PAR LE PROTOCOLE MODIFIANT LA CONVENTION SUR LA PRESCRIPTION EN MATIÈRE DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES 487

V. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI : NOTE DU SECRÉTARIAT (A/CN.9/382) 497

VI. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI 507

VII. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'*ANNUAIRE* 511

INTRODUCTION

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

Ce volume est divisé en trois parties. La première partie contient le rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa vingt-cinquième session, tenue à New York du 4 au 22 mai 1992, ainsi que les décisions y relatives de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et de l'Assemblée générale.

La deuxième partie reproduit la plupart des documents examinés à la vingt-cinquième session de la Commission. Ces documents comprennent les rapports des groupes de travail de la Commission ainsi que des études, rapports et notes du Secrétaire général et du Secrétariat. Cette même partie présente également quelques documents de travail qui ont été soumis aux groupes de travail.

La troisième partie contient la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, modifiée par le Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, une bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la Commission, ainsi qu'une liste des documents dont elle était saisie à sa vingt-cinquième session et une liste de documents relatifs aux travaux de la CNUDCI reproduits dans des volumes précédents de l'*Annuaire*.

Secrétariat de la CNUDCI
Centre international de Vienne
B.P. 500, A-1400 Vienne (Autriche)
Téléphone : 21131-4060 Télex : 135612 Télécopieur : 43-1-237485

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

Volume	*Période considérée*	*Publication des Nations Unies, numéro de vente*
I	1968-1970	F.71.V.1
II	1971	F.72.V.4
III	1972	F.73.V.6
III Suppl.	1972	F.73.V.9
IV	1973	F.74.V.3
V	1974	F.75.V.2
VI	1975	F.76.V.5
VII	1976	F.77.V.1
VIII	1977	F.78.V.7
IX	1978	F.80.V.8
X	1979	F.81.V.2
XI	1980	F.81.V.8
XII	1981	F.82.V.6
XIII	1982	F.84.V.5
XIV	1983	F.85.V.3
XV	1984	F.86.V.2
XVI	1985	F.87.V.4
XVII	1986	F.88.V.4
XVIII	1987	F.89.V.4
XIX	1988	F.89.V.8
XX	1989	F.90.V.9
XXI	1990	F.91.V.6
XXII	1991	F.93.V.2

VINGT-CINQUIÈME SESSION (1992)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session (New York, 4-22 mai 1992) [Original : anglais][a]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-2
I.	ORGANISATION DE LA SESSION	3-10
	A. Ouverture de la session	3
	B. Composition et participation	4-7
	C. Election du bureau	8
	D. Ordre du jour	9
	E. Adoption du rapport	10
II.	PROJET DE LOI TYPE SUR LES VIREMENTS INTERNATIONAUX	11-82
	A. Introduction	11-15
	B. Examen article par article	16-72
	C. Rapport du groupe de rédaction	73-81
	D. Adoption de la Loi type et recommandation	82
III.	OPÉRATIONS INTERNATIONALES D'ÉCHANGES COMPENSÉS	83-139
	A. Introduction	83-87
	B. Examen du texte du projet de guide juridique	88-136
	C. Décision de la Commission et recommandation à l'Assemblée générale	137-139
IV.	PROBLÈMES JURIDIQUES LIÉS A L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES	140-148
V.	PASSATION DES MARCHÉS	149-153
VI.	GARANTIES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY	154-158
VII.	LES INCOTERMS 1990	159-161
VIII.	JURISPRUDENCE RELATIVE AUX INSTRUMENTS DE LA CNUDCI	162-163
IX.	COORDINATION DES TRAVAUX	164-167
X.	ÉTAT DES CONVENTIONS	168-175
XI.	FORMATION ET ASSISTANCE	176-185

[a] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17) [août 1992] (ci-après dénommé "rapport").

Paragraphes

XII. RÉSOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE SUR LES TRAVAUX DE LA COMMISSION ET QUESTIONS DIVERSES 186-198

A. Résolution de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission .. 186-189

B. Congrès de la CNUDCI sur le droit commercial international (New York, 18-22 mai 1992) 190-192

C. Délai fixé pour la signature d'une convention 193

D. Bibliographie 194

E. Date et lieu de la vingt-sixième session de la Commission 195

F. Sessions des groupes de travail 196-198

Annexes

Pages

I. Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux 24

II. Liste des documents dont a été saisie la Commission à sa vingt-cinquième session 24

INTRODUCTION

1. Le présent rapport rend compte des travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa vingt-cinquième session, tenue à New York du 4 au 22 mai 1992.

2. Conformément à la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1966, le présent rapport est soumis à l'Assemblée générale et est également soumis, pour observations, à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED).

I. ORGANISATION DE LA SESSION

A. Ouverture de la session

3. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a ouvert sa vingt-cinquième session le 4 mai 1992.

B. Composition et participation

4. La résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, portant création de la Commission, prévoyait que celle-ci serait composée de 29 Etats élus par l'Assemblée. Par sa résolution 3108 (XXVIII), l'Assemblée a décidé de porter de 29 à 36 le nombre des membres de la Commission. Les membres actuels de la Commission, élus le 19 octobre 1988 et le 4 novembre 1991, sont les Etats ci-après, dont le mandat expire la veille de l'ouverture de la session annuelle de la Commission pour l'année indiquée[1]:

Allemagne (1995), Arabie saoudite (1998), Argentine (1998), Autriche (1998), Bulgarie (1995), Cameroun (1995), Canada (1995), Chili (1998), Chine (1995), Costa Rica (1995), Danemark (1995), Egypte (1995), Equateur (1998), Espagne (1998), Etats-Unis d'Amérique (1998), Fédération de Russie (1995), France (1995), Hongrie (1998), Inde (1998), Iran (République islamique d') (1998), Italie (1998), Japon (1995), Kenya (1998), Maroc (1995), Mexique (1995), Nigéria (1995), Ouganda (1998), Pologne (1998), République-Unie de Tanzanie (1998), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (1995), Singapour (1995), Soudan (1998), Thaïlande (1998), Togo (1995), Tchécoslovaquie (1998) et Uruguay (1998).

5. A l'exception du Togo, tous les membres de la Commission étaient représentés à la session.

6. Ont assisté à la session les observateurs des Etats suivants : Algérie, Australie, Bélarus, Brésil, Chypre, Colombie, Côte d'Ivoire, Cuba, Finlande, Gabon, Ghana, Haïti, Indonésie, Iles Marshall, Jamahiriya arabe libyenne, Lettonie, Malte, Namibie, Pakistan, Paraguay, Pays-Bas, Pérou, Philippines, République de Corée, Roumanie, Saint-Siège, Sénégal, Suède, Suisse, Swaziland, Tunisie, Turquie, Venezuela et Viet Nam.

7. Ont également assisté à la session les observateurs des organisations internationales suivantes :

a) *Organismes des Nations Unies*

Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales
Fonds monétaire international (FMI)

b) *Organisations intergouvernementales*

Comité consultatif juridique afro-asiatique
Communauté européenne
Conférence de La Haye de droit international privé
Institut international pour l'unification du droit international privé (UNIDROIT)

[1]En application de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, les membres de la Commission sont élus pour un mandat de six ans. Parmi les membres actuels, 17 ont été élus par l'Assemblée à sa quarante-troisième session, le 19 octobre 1988 (décision 43/307), et 19 ont été élus par l'Assemblée à sa quarante-sixième session, le 4 novembre 1991 (décision 46/309). En application de la résolution 31/99 du 15 décembre 1976, le mandat des membres élus par l'Assemblée à sa quarante-troisième session expirera la veille de l'ouverture de la vingt-huitième session annuelle ordinaire de la Commission, en 1995, et le mandat des membres élus par l'Assemblée à sa quarante-sixième session expirera la veille de l'ouverture de la trente et unième session ordinaire de la Commission, en 1998.

c) *Autres organisations internationales*
Association interaméricaine des avocats (AIA)
Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration
Chambre de commerce internationale (CCI)
Comité maritime international
Fédération bancaire de la Communauté européenne

C. Election du bureau[2]

8. La Commission a élu le bureau ci-après :

Président : M. José María Abascal Zamora (Mexique)

Vice-Présidents : M. Samir El-Sharkawi (Egypte)
M. Abbas Safarian Neamat-Abad (République islamique d'Iran)
M. Andrzej Olszowka (Pologne)

Rapporteur : M. Alfred Duchek (Autriche)

D. Ordre du jour

9. A sa 467e séance, le 4 mai 1992, la Commission a adopté l'ordre du jour suivant :

1. Ouverture de la session.
2. Election du bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Paiements internationaux : projet de loi type sur les virements internationaux.
5. Projet de guide juridique sur les opérations internationales d'échanges compensés.
6. Echanges de données informatisées.
7. Nouvel ordre économique international : projet de loi type sur la passation des marchés.
8. Pratiques en matière de contrats internationaux : projet de loi uniforme sur les lettres internationales de garantie.
9. INCOTERMS 1990.
10. Jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI.
11. Coordination des travaux.
12. Etat des conventions.
13. Formation et assistance.
14. Résolutions de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission.
15. Questions diverses.
16. Dates et lieu des réunions futures.
17. Adoption du rapport de la Commission.
18. Congrès sur le droit commercial international.

E. Adoption du rapport

10. A ses 483e et 484e séances, le 15 mai 1982, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

II. PROJET DE LOI TYPE SUR LES VIREMENTS INTERNATIONAUX

A. Introduction

11. La Commission, parallèlement à la décision qu'elle avait prise à sa dix-neuvième session, en 1986, d'autoriser le secrétariat à publier le Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds[3] en tant qu'œuvre du secrétariat, a décidé d'entreprendre l'élaboration de règles types sur les transferts électroniques de fonds et de confier cette tâche au Groupe de travail des effets de commerce internationaux qu'elle a rebaptisé Groupe de travail des paiements internationaux[4]. Le Groupe de travail s'est acquitté de cette tâche à ses seizième, dix-septième, dix-huitième, dix-neuvième, vingtième, vingt et unième et vingt-deuxième sessions (A/CN.9/297, A/CN.9/317, A/CN.9/318, A/CN.9/328, A/CN.9/329, A/CN.9/341 et A/CN.9/344). Il a achevé ses travaux en adoptant le projet de texte d'une loi type sur les virements internationaux à la fin de sa vingt-deuxième session, après qu'un groupe de rédaction eut établi les versions correspondantes dans les six langues de la Commission.

12. Le projet de texte d'une loi type, tel qu'il avait été adopté par le Groupe de travail, a été envoyé à tous les gouvernements et aux organisations internationales intéressées pour observations (A.CN.9/347 et Add.1). Le secrétariat de la Commission a rédigé un commentaire sur ce projet de texte (A.CN.9/346).

13. A sa vingt-quatrième session (1991), la Commission avait examiné les articles premier à 15 du projet de loi type présenté par le Groupe de travail. Faute de temps, la Commission avait suspendu son examen de l'article 17 et n'avait pas examiné les articles 16 et 18 du projet de texte. Elle avait décidé d'inscrire l'examen du projet de loi type à l'ordre du jour de la vingt-cinquième session. Le texte des articles premier à 15 résultant des travaux de la Commission à sa vingt-quatrième session et le texte des articles 16 à 18 résultant des travaux du Groupe de travail des paiements internationaux à sa vingt-deuxième session figurent dans l'Annexe I au rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-quatrième session[5].

[2]L'élection du président a eu lieu à la 467e séance et celle des vice-présidents et du rapporteur à la 478e séance le 11 mai 1992. Conformément à une décision prise par la Commission à sa première session, son bureau compte trois vice-présidents, de sorte que, compte tenu du président et du rapporteur, chacun des cinq groupes d'Etats énumérés au paragraphe 1 de la section II de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale y est représenté (voir le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa première session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-troisième session, Supplément n° 16* (A/7216), par. 14 (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. I : 1968-1970* [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.71.V.1], deuxième partie, I, A, par. 14).

[3]Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.9 (A/CN.9/SER.B/1).

[4]*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément n° 17* (A/41/17), par. 230.

[5]*Ibid., Quarante-sixième session, Supplément n° 17* (A/46/17).

14. A sa vingt-cinquième session, la Commission a été saisie d'une note du secrétariat présentant des suggestions pour l'examen final du texte (A/CN.9/367).

15. La Commission a félicité le Groupe de travail des paiements internationaux et son Président, M. José María Abascal Zamora (Mexique), d'avoir élaboré un projet de texte d'une loi type sur les virements internationaux qui a été favorablement accueilli et considéré comme une excellente base de travail pour la Commission.

B. Examen article par article

Article 16

16. Le texte du projet d'article 16 examiné par la Commission était le suivant :

"Article 16. *Responsabilité et dommages-intérêts*

"1. Une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire est responsable envers le bénéficiaire du fait qu'elle n'a pas exécuté dans le délai prévu à l'article 10-1 l'ordre de paiement reçu, si le virement est achevé conformément à l'article 17-1. Elle est tenue de verser des intérêts sur le montant de l'ordre de paiement pour toute la durée du retard qui lui est imputable. Cette obligation peut être acquittée par paiement à la banque réceptrice suivante ou par paiement direct au bénéficiaire.

"2. Si la banque réceptrice qui perçoit les intérêts en application du paragraphe 1 n'est pas le bénéficiaire du virement, elle transmet ces intérêts à la banque réceptrice suivante ou, si elle est la banque du bénéficiaire, au bénéficiaire.

"3. Une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire qui ne donne pas avis conformément aux paragraphes 3, 4 ou 5 de l'article 7 doit des intérêts à l'expéditeur sur tout paiement qu'elle a reçu de ce dernier en application de l'article 4-6, à compter du jour où elle retient le paiement.

"4. La banque du bénéficiaire qui ne donne pas avis conformément aux paragraphes 2 ou 3 de l'article 9 doit des intérêts à l'expéditeur sur tout paiement qu'elle a reçu de ce dernier conformément à l'article 4-6, à compter du jour du paiement jusqu'au jour où elle donne l'avis requis.

"5. Une banque réceptrice qui émet un ordre de paiement d'un montant inférieur à celui de l'ordre de paiement qu'elle a accepté doit au bénéficiaire, si le virement est achevé conformément à l'article 17-1, des intérêts sur toute fraction de la différence qui n'est pas placée à la disposition du bénéficiaire à la date de paiement, pour la période courant après la date du paiement jusqu'au moment où le montant total est mis à la disposition du bénéficiaire. Cette responsabilité ne joue que si le retard dans le paiement est imputable à une erreur de la banque réceptrice.

"6. La banque du bénéficiaire est responsable envers le bénéficiaire, dans la mesure prévue par la loi régissant la relation entre eux, de l'inexécution de l'une des obligations énoncées au paragraphe 1 ou 5 de l'article 9.

"7. Les dispositions du présent article peuvent être modifiées par convention dans la mesure où la responsabilité d'une banque envers l'autre est augmentée ou réduite. Une telle convention peut être prévue dans les conditions générales qu'appliquent les banques. Une banque peut accepter d'augmenter sa responsabilité envers un donneur d'ordre ou un bénéficiaire qui n'est pas une banque, mais ne peut pas réduire sa responsabilité envers un tel donneur d'ordre ou bénéficiaire.

"8. Les moyens de recours prévus par la présente loi ne sont pas fonction de l'existence d'une relation préalable entre les parties, qu'elle soit contractuelle ou autre. Ces moyens de recours sont exclusifs et aucun autre moyen de droit ne peut être invoqué, à l'exception de tout moyen pouvant l'être lorsqu'une banque a mal exécuté un ordre de paiement ou ne l'a pas exécuté *a)* soit avec l'intention de causer un préjudice, *b)* soit témérairement et sachant qu'un préjudice pourrait en résulter."

17. On a noté d'entrée de jeu que le régime de responsabilité énoncé à cet article reposait sur un critère objectif, à savoir l'inexécution d'un ordre de paiement par une banque réceptrice, et qu'il ne faisait nullement entrer en jeu la faute ou l'enrichissement injuste de la banque réceptrice ou des notions analogues.

Paragraphe 1

18. La Commission a rappelé une proposition qui avait été faite à sa session précédente, mais qui n'avait pas été examinée, à savoir le remplacement du paragraphe 1 par le texte ci-après :

"1. Une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire qui ne s'acquitte pas de ses obligations en vertu de l'article 7-2 est responsable envers le bénéficiaire si le virement est achevé conformément à l'article 17-1. Elle est tenue de verser des intérêts sur le montant de l'ordre de paiement pour toute la durée du retard qui lui est imputable. Toutefois, si le retard ne concerne qu'une partie du montant de l'ordre de paiement, elle est tenue de verser des intérêts sur cette partie seulement."

19. Le débat a porté sur le texte de cette proposition. On a noté que les différences entre ce texte et celui du paragraphe 1 présenté à la Commission par le Groupe de travail étaient essentiellement d'ordre rédactionnel. La nouvelle troisième phrase visait à remplacer le paragraphe 5 (voir ci-après, par. 27).

20. On a suggéré que la banque réceptrice qui avait exécuté un ordre de paiement avec retard soit responsable non seulement envers le bénéficiaire mais aussi envers le donneur d'ordre. On a noté que les intérêts du donneur d'ordre étaient déjà protégés par le paragraphe 1 de l'article 13 dans le cas où le virement n'avait pas été achevé. Bien que cette suggestion n'ait pas été acceptée, il a été convenu que la loi type devait laisser le donneur d'ordre recouvrer le montant des intérêts qu'il avait versés au bénéficiaire au titre de l'obligation sous-jacente en cas d'achèvement tardif d'un virement. On a rappelé qu'une proposition allant dans ce sens avait été faite à la session précédente de la Commission, mais n'avait pas été examinée. Le texte de cette proposition était le suivant :

"2 *ter*. Si le donneur d'ordre a versé des intérêts au bénéficiaire en raison d'un retard dans l'achèvement du virement, il peut recouvrer ce montant dans la mesure où le bénéficiaire aurait eu droit, en vertu des paragraphes 1 et 2, de recevoir des intérêts de la banque du donneur d'ordre ou de la banque responsable en vertu du paragraphe 1, mais n'en a pas perçu. La banque du donneur d'ordre et chaque banque réceptrice suivante qui n'est pas la banque responsable en vertu du paragraphe 1 peut recouvrer les intérêts versés à son expéditeur auprès de sa banque réceptrice ou de la banque responsable en vertu du paragraphe 1."

21. A l'issue d'un débat, la Commission a adopté quant au fond le paragraphe 1 proposé et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Elle a également prié le groupe de rédaction de revoir le texte du paragraphe 2 *ter* proposé et de le lui soumettre à nouveau à un stade ultérieur de ses débats (voir plus loin, par. 79).

Paragraphe 2

22. La Commission a approuvé quant au fond le paragraphe 2 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

23. La Commission a rappelé une proposition qui avait été faite à sa session précédente, mais qui n'avait pas été examinée, à savoir ajout, après le paragraphe 2, de la disposition ci-après :

"2 *bis*. Aux fins de la présente loi et nonobstant les dispositions de l'article 4-6, une banque est considérée comme ne s'étant pas acquittée de son obligation en vertu de l'article 7-2 si un retard est imputable à son défaut de paiement de l'ordre de paiement. Lorsque le paiement doit être effectué par débit du compte de la banque auprès de sa banque réceptrice, il y a défaut de paiement lorsque ne sont pas versés au compte des fonds suffisants pour payer l'ordre[6]."

24. On a noté qu'en vertu de la disposition proposée une banque réceptrice serait responsable de tout retard dans l'achèvement du virement dû au fait qu'elle n'avait pas réglé l'ordre de paiement émis par elle pour exécuter l'ordre de paiement qu'elle avait reçu. Un tel retard ne pouvant intervenir que si la banque réceptrice n'avait pas réglé son ordre de paiement avant l'acceptation dudit ordre par la banque réceptrice suivante, il a été déclaré que cette obligation valait nonobstant l'article 4-6, qui disposait que l'expéditeur n'était tenu de payer le montant de l'ordre de paiement qu'une fois que ce dernier avait été accepté. A l'encontre de cette proposition, on a déclaré que la Commission avait décidé, à sa vingt-quatrième session, qu'il suffisait que la loi type établisse (à l'article 4-6) l'obligation pour l'expéditeur de payer à la banque réceptrice le montant de l'ordre de paiement à compter du moment où la banque réceptrice l'acceptait. En outre, on avait noté, à cette session, qu'"il ressortait implicitement du paragraphe 2 [de l'article 7], disposant qu'une banque réceptrice était tenue d'émettre un ordre de paiement 'qui [comportait] les instructions nécessaires pour réaliser le virement de manière appropriée', que la banque réceptrice devait émettre un ordre de paiement qui avait des chances raisonnables d'être accepté par la banque suivante dans le processus de virement"[7]. A l'issue d'un débat, la disposition proposée n'a pas été acceptée.

Paragraphe 3

25. Une proposition tendant à fusionner les paragraphes 3 et 4 n'a pas été adoptée. La Commission a approuvé quant au fond le paragraphe 3 et l'a renvoyé au groupe de rédaction. On a noté qu'étant donné la décision prise à la vingt-quatrième session de la Commission il fallait supprimer dans ce paragraphe la référence au paragraphe 3 de l'article 7[8].

Paragraphe 4

26. La Commission a approuvé ce paragraphe quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction. On a noté que, conformément à la décision prise à la session précédente de la Commission au sujet de l'article 9[9], il fallait ajouter dans ce paragraphe une référence au paragraphe 4 de l'article 9.

Paragraphe 5

27. On a noté que la responsabilité de la banque réceptrice en vertu du paragraphe 5 ne jouait que dans la mesure où le retard dans le paiement était imputable à une erreur de ladite banque, alors que la responsabilité prévue au paragraphe 1 en cas de retard était une responsabilité objective. La Commission a décidé qu'il fallait retenir, au paragraphe 5, le même type de responsabilité qu'au paragraphe 1. Ayant adopté quant au fond la version révisée du paragraphe 1 (voir ci-dessus, par. 19), la Commission a renvoyé la question au groupe de rédaction.

Paragraphe 6

28. La Commission a approuvé ce paragraphe quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 7

29. On a émis l'avis qu'il fallait supprimer ce paragraphe. On a fait valoir, en faveur de la suppression, que, conformément au principe général énoncé à l'article 3, la liberté des parties de convenir de s'écarter du régime de responsabilité prévu à l'article 16 ne devait faire l'objet d'aucune restriction. On a également rappelé qu'aux termes de la définition de l'"intérêt" figurant à l'article 2 *n*, que la Commission avait adoptée à sa session précédente, celui-ci devait être calculé "au taux et sur la base habituellement acceptés par les banques pour les fonds ou la somme d'argent visés". On a déclaré que le mode de calcul risquait d'aboutir à des incertitudes quant au taux applicable. On a en outre émis l'avis que des restrictions à la liberté contractuelle ne pouvaient se justifier que pour assurer la protection du consommateur, question qui devait rester en dehors du champ de la loi type.

30. Selon l'avis qui a prévalu, il fallait toutefois conserver la substance de ce paragraphe. On a fait observer que la définition de l'"intérêt" figurant à l'article 2 *n* prévoyait également que les parties pouvaient convenir d'un mode de

[6] *Ibid.*, par. 278 et 279.

[7] *Ibid.*, par. 158.

[8] *Ibid.*, par. 160.

[9] *Ibid.*, par. 187 et 188.

calcul différent. La Commission a rappelé que, lors du débat sur la définition de l'"intérêt" qu'elle avait eu à sa session précédente, on avait manifesté la crainte que la référence au droit des parties de modifier contractuellement cette disposition ne permette, dans certains cas, à une banque d'en profiter pour limiter, en réduisant le taux d'intérêt, sa responsabilité envers un donneur d'ordre ou un bénéficiaire autre qu'une banque, en violation du paragraphe 7 de l'article 16. A l'issue d'un débat, la Commission a décidé qu'il fallait faire apparaître clairement qu'une banque réceptrice ne pouvait limiter sa responsabilité envers un donneur d'ordre ou un bénéficiaire autre qu'une banque en convenant avec ledit donneur d'ordre ou ledit bénéficiaire d'un faible taux d'intérêt. La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

Paragraphe 8

31. La Commission a approuvé la première phrase de ce paragraphe.

32. Des opinions divergentes ont été exprimées en ce qui concerne la deuxième phrase. Selon certains, il fallait supprimer cette phrase et laisser à des règles autres que celles de la loi type le soin de trancher la question de savoir si d'autres recours étaient ouverts. Selon certains des tenants de ce point de vue, la loi type ne devait pas empêcher un tribunal national d'accorder un recours autre que ceux qu'elle prévoyait. Selon un avis, l'exclusivité serait contraire aux mécanismes de recours judiciaire énoncés dans certains systèmes juridiques et serait donc illégale. Selon un autre point de vue, il fallait conserver le principe de l'exclusivité des recours et les exceptions à ce principe que prévoyait la deuxième phrase. On a souligné que ce principe, qui permettait aux banques de se faire une meilleure idée de l'étendue du risque qu'elles prenaient, venait à bon escient contrebalancer un certain nombre de dispositions de la loi type qui favorisaient les clients des banques (par exemple l'article 13 relatif à l'obligation de remboursement, les dispositions restreignant la liberté des banques de limiter contractuellement leur responsabilité, ou les dispositions imposant aux banques de donner suite à un ordre de paiement dans un laps de temps relativement court). Selon l'avis qui a prévalu, il fallait retenir le principe de l'exclusivité tel que le prévoyait la deuxième phrase.

33. La Commission a examiné la disposition de la deuxième phrase qui prévoyait une exception au principe de l'exclusivité des recours lorsque la banque avait agi délibérément ou témérairement. Des opinions divergentes ont été exprimées quant à la façon dont il convenait de libeller cette exception. On a fait valoir à l'appui du libellé actuel que les notions de "témérité" et de "connaissance" retenues au paragraphe 8 avaient été utilisées avec succès dans des conventions internationales sur les transports et la responsabilité telles que la Convention des Nations Unies de 1978 sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg). Toutefois, selon un avis, de telles analogies n'étaient pas appropriées, car les virements mettaient en jeu un volume très important d'opérations à grande vitesse et étaient très différents du transport de marchandises à bien d'autres égards. A l'encontre du texte actuel, on a également déclaré que les notions de "témérité" et de "connaissance" étaient vagues et susciteraient des difficultés et des divergences d'interprétation. On a en outre exprimé la crainte que des erreurs ou omissions mineures ne soient considérées comme des actes téméraires, ce qui irait à l'encontre du but poursuivi en posant le principe de l'exclusivité des recours. En outre, la notion de "connaissance" risquait d'aboutir à ce que des informations générales concernant l'opération sous-jacente données à un employé de la banque ne constituent une présomption que la banque "[savait] qu'un préjudice pourrait en résulter", ce qui était jugé inacceptable.

34. Certains de ceux qui étaient opposés au libellé de l'exception ont suggéré de supprimer la deuxième phrase, ce qui laisserait à des règles autres que celles de la loi type le soin de trancher la question de savoir si d'autres recours étaient ouverts. Il a également été suggéré de supprimer la clause *b* dans la deuxième phrase. D'autres ont proposé de préciser que la banque ne serait réputée "[savoir] qu'un préjudice pourrait ... résulter" que si certaines informations particulières concernant l'opération sous-jacente lui avaient été fournies. La proposition qui a emporté l'adhésion des membres de la Commission consistait à remplacer, sous réserve d'un réexamen par le groupe de rédaction, le mot "intention" par "intention délibérée", le mot "sachant" par "sachant pertinemment", et le membre de phrase "qu'un préjudice pourrait en résulter" par "qu'un préjudice en résulterait probablement".

35. On a soulevé la question de savoir si le principe de l'exclusivité des recours posé au paragraphe 8 de l'article 16 s'appliquait uniquement à l'inexécution d'une obligation prévue à l'article 16 ou également à l'inexécution de toute obligation faisant l'objet d'autres dispositions de la loi type (par exemple les obligations de paiement prévues à l'article 4-6 et aux articles 11-5 et 6). La Commission a décidé que la loi type ne devait ériger en règle l'exclusivité des recours que pour ce qui est des obligations prévues à l'article 16. Le groupe de rédaction a été prié de remanier le libellé du paragraphe 8 de l'article 16 de façon à donner effet à cette décision.

36. On a émis l'avis qu'une banque réceptrice qui n'exécutait pas, dans le délai imparti à l'article 10-1, l'ordre de paiement reçu devait non seulement être tenue de verser des intérêts sur le montant de l'ordre de paiement, mais également de prendre à sa charge le coût de l'émission d'un nouvel ordre de paiement ainsi que les frais, d'un montant raisonnable, de représentation en justice. On a rappelé qu'on avait traité de ces questions dans des versions antérieures du projet de loi type. On a fait observer que si les frais encourus pour émettre un nouvel ordre de paiement ne seraient guère conséquents, les frais de représentation en justice risquaient d'être plus importants. A l'issue d'un débat, les membres de la Commission se sont accordés à penser qu'il n'était pas nécessaire de réviser le texte actuel, d'autant plus qu'il n'empêchait pas les autorités nationales d'appliquer des dispositions en matière de procédure prévoyant que la banque réceptrice qui causait un retard dans l'exécution d'un virement pourrait être tenue de régler les frais de représentation en justice.

37. On a proposé de prévoir à l'article 16-8 qu'une banque serait exonérée de toute responsabilité en cas

d'inexécution d'une obligation due à la force majeure. La Commission n'a pas adopté cette proposition, estimant que toute banque qui n'exécutait pas un ordre de paiement devait verser des intérêts, quelles que soient les raisons du défaut d'exécution.

Article 17

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

"Article 17. *Achèvement du virement et acquittement de l'obligation*

"1. Le virement s'achève lorsque la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement. A l'achèvement du virement, la banque du bénéficiaire est redevable au bénéficiaire du montant de l'ordre de paiement qu'elle a accepté.

"2. Si le virement avait pour objet l'acquittement d'une obligation du donneur d'ordre envers le bénéficiaire pouvant être effectué par virement au compte indiqué par le donneur d'ordre, l'obligation est acquittée lorsque la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement et dans la mesure où elle serait acquittée par le versement d'une somme équivalente en espèces.

"3. Un virement est considéré comme achevé même si le montant de l'ordre de paiement accepté par la banque du bénéficiaire est inférieur au montant de l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre du fait qu'une ou plusieurs banques réceptrices ont prélevé des frais. L'achèvement du virement ne porte pas atteinte à tout droit que pourrait avoir le bénéficiaire en vertu de la loi applicable de recouvrer le montant de ces frais auprès du donneur d'ordre."

Paragraphe 1

39. On a exprimé l'avis que le paragraphe devait être supprimé puisque, pour cadrer avec la définition du "virement" donnée à l'article 2 *a*, le virement devait être considéré comme achevé à partir du moment où les fonds étaient placés à la disposition du bénéficiaire et non à partir du moment où la banque du bénéficiaire avait accepté l'ordre de paiement. On a déclaré que dans un certain nombre de systèmes juridiques le virement n'était réputé achevé que lorsque les fonds étaient placés à la disposition du bénéficiaire ou crédités à son compte. On s'est également prononcé en faveur de la suppression du paragraphe en se fondant sur la crainte exprimée lors de la précédente session de la Commission que la notion "d'achèvement" d'un virement ne prête à confusion avec la question de l'acquittement de l'obligation principale de paiement par le donneur d'ordre au profit du bénéficiaire[10].

40. En réponse à cette thèse, il a été déclaré que la règle énoncée dans le paragraphe était nécessaire pour établir avec certitude le moment de l'achèvement du virement. On a ajouté que, s'il était facile de déterminer le moment de l'acceptation de l'ordre de paiement par la banque du bénéficiaire, il serait souvent plus difficile de déterminer le moment où les fonds étaient placés à la disposition du bénéficiaire ou crédités à son compte, dans la mesure où ce moment serait fonction de la pratique bancaire et où il pouvait varier suivant l'accord conclu entre le bénéficiaire et sa banque. On a en outre déclaré que le moment où les fonds étaient placés à la disposition du bénéficiaire ou crédités à son compte n'était important que dans le contexte de l'opération principale aux fins de laquelle le virement avait été fait. On a toutefois relevé que, pour déterminer le moment du paiement ou de l'acceptation d'un ordre de paiement, d'autres dispositions de la loi type, par exemple les articles 5, 6-2 et 8-1, retenaient notamment le moment où les fonds étaient placés à la disposition du bénéficiaire. A la crainte exprimée que le paragraphe en question ait une incidence sur l'acquittement de l'obligation principale, il a été répondu que l'objet du paragraphe 1 était simplement d'établir le moment de l'achèvement d'un virement et que la question de l'acquittement de l'obligation de paiement principale, dans la mesure où elle était traitée dans la loi type, l'était au paragraphe 2 (voir ci-après les paragraphes 43 à 47).

41. On s'est accordé à penser que le paragraphe devait rester tel quel. On est convenu que le texte, tel qu'il était actuellement libellé, établissait assez clairement la distinction entre l'achèvement du virement et l'acquittement de l'obligation principale. On est également convenu que toute modification de la règle actuelle touchant le moment de l'achèvement du virement aurait des répercussions indésirables sur d'autres dispositions de la loi type, par exemple celle énoncée à l'article 13 qui faisait obligation à la banque du donneur d'ordre de restituer à celui-ci tout paiement reçu de lui en cas de non-achèvement du virement.

42. Afin de veiller à faire concorder le paragraphe 1 de l'article 17 et la définition du "virement" donnée à l'article 2 *a*, il a été proposé d'ajouter au paragraphe les mots suivants :

"L'achèvement n'affecte pas par ailleurs la relation qui existe entre le bénéficiaire et la banque du bénéficiaire."

On a déclaré que la phrase proposée permettrait de préciser que le virement était distinct de l'opération principale. Après un débat, la Commission a adopté la proposition et a renvoyé le texte du paragraphe au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

43. La question de savoir si la loi type devait traiter des questions découlant de l'opération sous-jacente a suscité un débat. On a exprimé l'avis qu'en principe l'opération sous-jacente devait rester en dehors du champ d'application de la loi type. On a déclaré que celle-ci devait considérer le virement comme une opération abstraite, sans tenir compte ni de son objet, ni de ses incidences juridiques sur l'opération sous-jacente. Selon cette opinion, le paragraphe devait être supprimé, étant la seule disposition de la loi type qui traitait de l'opération sous-jacente. On a fait observer qu'une telle disposition pouvait empêcher la loi type de recueillir une large adhésion. On a noté que les conventions internationales sur les effets de commerce, notamment la Convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, ne comportaient pas de

[10] *Ibid.*, par. 281.

disposition similaire. Il a toutefois été souligné qu'une telle comparaison n'était pas appropriée car les dispositions de ces conventions étaient sensiblement différentes tant par leur objet que par leur teneur. Il a aussi été déclaré que, la loi type ayant été rédigée de manière que les banques ne soient pas contraintes de recevoir des fonds dans une banque qu'elles n'accepteraient pas pour des raisons liées au risque de crédit, il faudrait accorder la même protection au bénéficiaire. Il a toutefois été noté que la loi type ne traitait pas de la question du risque de crédit. On a en outre fait valoir que le texte du paragraphe, tel qu'il était actuellement libellé, pouvait être interprété comme présumant qu'un virement avait pour fonction d'éteindre une obligation pécuniaire. A cet égard, on a rappelé que, si nombre de systèmes juridiques considéraient déjà le virement comme un moyen de paiement acceptable, il revenait en principe à chaque Etat de décider si une obligation pécuniaire pouvait être acquittée de cette manière. On a rappelé que le Groupe de travail, à sa vingt et unième session, avait décidé que la loi type ne devait pas tenter de traiter de la question du moyen de paiement légal (A/CN.9/341, par. 12).

44. A l'appui du maintien du paragraphe actuel, on a fait valoir qu'il était nécessaire de faire concorder le moment de l'achèvement du virement et celui de l'acquittement de l'obligation principale. Selon cette opinion, le texte proposait une solution aux difficultés qui pourraient surgir au cas où le moment de l'achèvement du virement et celui de l'acquittement de l'obligation principale seraient différents. On a fait observer que l'existence d'un décalage entre les deux moments serait injuste pour le donneur d'ordre qui avait accepté de payer par virement, car il supporterait le risque lié à tout obstacle au paiement qui pourrait surgir entre le moment où le virement aurait été achevé et celui où l'obligation principale aurait été acquittée. Dans le même ordre d'idées, on a fait valoir que, si la loi type ne devait pas disposer que le virement libère d'une obligation, il était bon qu'elle comporte une disposition régissant certains aspects de cette fonction lorsque les parties sont convenues que l'obligation peut être acquittée par virement. En particulier, la loi type pourrait indiquer avec certitude le moment où l'obligation est acquittée. A cet égard, on a fait observer que le texte du paragraphe, loin de créer un nouveau mode d'extinction des obligations de paiement, se bornait à énoncer une règle opérationnelle pour les cas où la loi applicable permettait qu'une obligation soit acquittée au moyen d'un virement et où les parties en convenaient.

45. On a exprimé la crainte que, dans son libellé actuel, le paragraphe n'indique pas assez clairement que la banque du bénéficiaire devait être désignée par le bénéficiaire. On a fait observer qu'à défaut la disposition pourrait être interprétée comme autorisant le donneur d'ordre à désigner la banque du bénéficiaire. On a également fait remarquer que, dans la mesure où la loi type visait à permettre aux banques de ne pas recevoir des fonds en provenance de sources indésirables, une protection similaire devait être offerte au bénéficiaire. Il a été proposé de remanier le texte dans ce sens, par exemple, en y insérant la définition de la banque du bénéficiaire suivante : "banque désignée par le bénéficiaire pour recevoir des fonds issus d'un virement". Il a également été proposé d'énoncer le droit du bénéficiaire de rejeter les fonds. En réponse à la crainte évoquée plus haut, il a été suggéré d'interpréter les mots "pouvant être effectué par virement au compte indiqué par le donneur d'ordre", dans le libellé actuel du paragraphe 2, comme limitant la possibilité de l'acquittement au cas où le compte avait été indiqué par le donneur d'ordre avec l'accord du bénéficiaire. La Commission a souscrit à cette interprétation et a décidé de maintenir le texte dans sa formulation actuelle.

46. Il a été proposé d'ajouter les mots suivants au texte du paragraphe 2 :

> "Un paiement en application du présent paragraphe vaut acceptation aux termes du paragraphe 1 du présent article, à moins que la loi applicable à l'opération sous-jacente ne prévoie une date de paiement antérieure."

La proposition n'a pas été adoptée par la Commission.

47. Puisqu'il n'y a pas eu accord sur le point de savoir s'il fallait supprimer ou maintenir le paragraphe, il a été suggéré de l'insérer dans une annexe à la loi type. On a indiqué que l'on en soulignerait ainsi le caractère facultatif pour le législateur. A l'issue d'un débat, il a été décidé de faire du texte du paragraphe une note à l'article 17, en indiquant que le législateur pourrait peut-être envisager d'incorporer cette disposition qui avait trait à l'acquittement de l'obligation principale dans la loi qu'il adopterait. La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

Paragraphe 3

48. On a noté avec préoccupation que le paragraphe mentionnait des frais qu'il ne définissait pas. On a fait remarquer qu'il ne donnait, ni ne refusait aux banques le droit de prélever des frais, et qu'il ne précisait pas non plus le type de frais qui pourraient être prélevés.

49. Il a été proposé d'insérer après les mots "loi applicable" dans la seconde phrase du paragraphe les mots "régissant la relation principale" de manière à préciser que la loi applicable était celle qui régissait la relation principale et non celle dont relevait le virement. On a déclaré que le fait que la seconde phrase du paragraphe 3 dispose expressément que l'achèvement du virement ne porte pas atteinte à tout droit que pourrait avoir le bénéficiaire de recouvrer le montant des frais encourus risquait de donner à entendre que les autres droits nés de la relation principale, et qui ne faisaient pas l'objet d'une stipulation aussi expresse dans la loi type, pourraient être remis en cause.

50. La Commission a approuvé le paragraphe 3 quant au fond avec l'ajout proposé à la seconde phrase et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Questions en suspens touchant l'article 14

51. La Commission a rappelé qu'à sa précédente session elle avait décidé qu'elle prendrait sa décision au sujet du texte de cet article lorsqu'elle aurait examiné les questions soulevées par l'article 17[11]. A la session en cours, on a fait

[11] *Ibid.*, par. 272.

observer que, si une banque n'émettait pas un nouvel ordre de paiement en vertu de l'article 14, le donneur d'ordre aurait la faculté de demander l'application de l'article 14 en vertu de la législation nationale applicable ou, si le virement n'était pas achevé, il pourrait réclamer un remboursement en vertu de l'article 13. La Commission a décidé de conserver le texte de l'article 14.

Questions en suspens concernant l'article 5

52. La Commission a rappelé qu'à sa précédente session elle avait décidé qu'elle se prononcerait au sujet du texte de l'alinéa *b* ii de l'article 5 lorsqu'elle aurait examiné les questions soulevées par l'article 17[12]. Lors de cette session, on avait exprimé l'avis que les dispositions de l'article 5 n'étaient peut-être pas conformes aux principes énoncés à l'article 17. Par exemple, lorsque l'expéditeur payait la banque réceptrice par l'intermédiaire d'une banque tierce, il pourrait y avoir un déphasage entre le moment où la banque réceptrice est payée en application de l'article 5 *b* ii et le moment où l'obligation est acquittée en application de l'article 17-2.

53. A la session en cours, on a exprimé l'opinion qu'il n'y avait pas de conflit entre ces deux dispositions, puisqu'elles portaient sur des questions différentes : l'article 5 *b* ii traitait du moment où l'expéditeur payait la banque réceptrice et l'article 17-2 du moment où le donneur d'ordre s'acquittait de son obligation envers le bénéficiaire. On a également noté que les deux articles visaient deux virements différents et que les parties jouaient des rôles différents dans chaque virement. On a donc avancé qu'il n'y avait pas conflit entre ces deux articles et qu'aucune modification n'était nécessaire.

54. Afin d'éviter que les règles énoncées à l'alinéa *b* ii de l'article 5 puissent s'appliquer concurremment avec celles prévues au paragraphe 2 de l'article 17, il a été proposé de modifier les mots employés dans le chapeau de l'article 5 pour indiquer que cet article ne s'appliquerait qu'"aux fins des articles 6 et 8". A l'issue d'un débat, la Commission a convenu que l'article 5 devrait être modifié et a renvoyé la question au groupe de rédaction. (Le groupe de rédaction n'a pas traité de cette question car l'article 17-2 a été incorporé dans une note relative à l'article 17; voir ci-dessus, par. 47.)

Ordre de paiement adressé au mauvais destinataire

55. On a exprimé l'avis que les dispositions relatives à l'achèvement d'un virement qui figuraient à l'article 17 devaient préciser qu'un virement n'était pas achevé lorsque l'ordre de paiement avait été adressé au mauvais destinataire de sorte que les fonds n'étaient pas parvenus à la banque du bénéficiaire indiquée dans l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre. Après un débat, la Commission a adopté la proposition quant au fond et a renvoyé la question au groupe de rédaction.

Article 18

56. Le texte du projet d'article 18 examiné par la Commission était le suivant :

"Article 18. *Conflit de lois*

"1. Les droits et obligations découlant d'un ordre de paiement sont régis par la loi choisie par les parties. Faute d'accord entre les parties, la loi de l'Etat de la banque réceptrice s'applique.

"2. La deuxième phrase du paragraphe 1 n'a pas d'incidence sur la détermination de la loi qui régira le pouvoir de l'expéditeur effectif de lier l'expéditeur apparent au regard de l'article 4-1.

"3. Pour l'application du présent article :

"*a)* Lorsqu'un Etat se compose de plusieurs unités territoriales ayant des règles de droit différentes, chaque unité territoriale est considérée comme un Etat distinct; et

"*b)* Les agences et établissements distincts d'une banque situés dans des Etats différents sont considérés comme des banques distinctes."

57. Durant l'examen de l'article 18, des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir s'il était nécessaire et souhaitable que la loi type comporte une disposition sur les conflits de lois.

Paragraphe 1

58. La première phrase de ce paragraphe a recueilli un large appui. On a toutefois fait observer que si, par suite du choix des parties, divers ordres de paiement constituant un virement relevaient de différents droits internes, il pourrait se révéler difficile d'appliquer les dispositions de la loi type qui requéraient une certaine concordance entre les règles applicables aux différents ordres de paiement. Il en était ainsi, par exemple, de l'article 13, qui, en cas de non-achèvement du virement, faisait obligation à chaque banque intervenant dans l'opération de virement de restituer les fonds à la banque expéditrice ou à tout expéditeur antérieur.

59. La seconde phrase a quant à elle suscité des points de vue divergents. Ceux qui se sont opposés à son maintien ont appelé l'attention sur les difficultés qui pourraient surgir relativement à certaines dispositions de la loi type lorsque les banques réceptrices participant à un virement se trouvaient dans différents Etats et que, par suite de la règle énoncée par la seconde phrase, les ordres de paiement étaient régis par des législations nationales différentes (par exemple art. 13; voir par. 58 ci-dessus). On a jugé préférable d'énoncer pour les cas de conflit de lois des dispositions qui détermineraient l'unique législation nationale applicable à l'ensemble de l'opération de virement. L'élaboration de telles règles touchant les conflits de lois figurait toujours au programme de travail de la Conférence de La Haye de droit international privé en tant que question non prioritaire, et on a estimé qu'il vaudrait mieux attendre le résultat de ses travaux que de maintenir une règle qui était susceptible d'aboutir à des résultats indésirables dans certains cas. On a jugé d'autant moins urgent de trouver une solution à la question des conflits de lois que peu des litiges portés devant les tribunaux concernaient les conflits de lois en matière de virements internationaux. En outre, il fallait étudier la question plus avant afin de déterminer si les virements sur

[12] *Ibid.*, par. 125 et 126.

papier et les virements électroniques, qui étaient tous deux visés par la loi type, appelaient des règles différenciées en la matière.

60. On a relevé que le Groupe de travail avait examiné et rejeté l'idée d'une "loi unique". Ceux qui étaient favorables au maintien de la seconde phrase ont fait valoir que, si l'idéal serait d'avoir une règle déterminant une seule loi interne régissant l'ensemble du virement, une telle règle serait irréalisable ou mettrait longtemps à rallier une adhésion internationale. Même si l'on parvenait à élaborer une disposition relative à une loi unique, celle-ci ne serait pas applicable à moins que toutes les banques participant à une opération de virement se trouvent dans des Etats qui avaient adopté une telle disposition. Il était peu probable que les Etats s'entendent en grand nombre sur une disposition prévoyant une loi unique tant que bon nombre d'entre eux n'auraient pas adopté la même loi ou une loi similaire pour régir les virements. Toutefois, plus les Etats seraient nombreux à accepter la loi type, moins il y aurait de difficultés imputables aux divergences entre les lois régissant les ordres de paiement. On a donc jugé utile de maintenir la seconde phrase, qui proposait une solution pratique en cas de conflit de lois. A défaut, il régnerait dans nombre de droits internes une incertitude quant à savoir si un ordre de paiement donné devait être soumis à la loi de la banque expéditrice ou de celle de la banque réceptrice. La seconde phrase avait cet autre mérite qu'elle réduisait la possibilité de voir s'appliquer une loi interne totalement ou presque étrangère à l'espèce.

61. Puisqu'il n'y a pas eu consensus sur la suppression ou le maintien du paragraphe 1, ainsi que du paragraphe 2 et 3, la Commission a décidé de donner à l'article 18 la forme d'une note, comme elle l'avait fait dans le cas de l'article 17 (voir ci-dessus, par. 47). Il a été indiqué qu'une telle solution mettrait l'accent sur le caractère optionnel de cette disposition pour le législateur.

Paragraphe 2

62. La Commission a approuvé ce paragraphe quant au fond sous réserve de la suppression des mots "au regard de l'article 4-1".

63. La Commission a approuvé ce paragraphe quant au fond.

Questions diverses

64. Lors de l'examen du texte des articles 1er à 15 du projet de loi type à sa précédente session, la Commission avait décidé de revenir sur un certain nombre de questions après avoir examiné le texte du projet de loi type dans son ensemble. En outre, le secrétariat avait passé en revue les articles que la Commission avait déjà adoptés afin d'inventorier les problèmes d'ordre technique qui pourraient se poser. Les problèmes ainsi inventoriés ont été examinés dans une note contenant des propositions pour l'examen final du projet de loi type (A/CN.9/367). La Commission, à sa session en cours, a entrepris d'examiner ces questions.

Définition de la "banque du bénéficiaire"

65. La Commission a rappelé qu'à sa session précédente elle avait convenu d'étudier s'il fallait définir le terme "banque du bénéficiaire"[13]. Si, durant la session en cours, certains se sont prononcés pour l'inclusion d'une telle définition, la Commission a décidé que cette définition n'était pas nécessaire.

Règle d'interprétation

66. La Commission a rappelé qu'à sa précédente session elle avait reporté sa décision sur l'insertion dans la loi type d'une disposition générale similaire à l'article 7-2 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[14]. A l'issue d'un débat à sa présente session, la Commission a décidé de ne pas insérer une telle disposition dans le projet de loi type.

Propositions d'ordre rédactionnel faites par le Secrétariat

67. La Commission a renvoyé au groupe de rédaction des propositions d'ordre rédactionnel faites par le secrétariat (voir A/CN.9/367, par. 5, 8, 12, 15, 22, 33 et 35).

Application de l'article 10-1 à la banque du bénéficiaire

68. La Commission a étudié si l'article 10-1 s'appliquerait à la banque du bénéficiaire et, dans la négative, s'il était nécessaire de définir l'exécution du point de vue de la banque du bénéficiaire (voir A/CN.9/367, par. 16 à 20). Certains se sont prononcés pour l'application de l'article à la banque du bénéficiaire, d'autres contre. Après un débat, la Commission a décidé que l'article 10-1 s'appliquerait à la banque du bénéficiaire. Puisque le texte du paragraphe, tel qu'actuellement libellé, aboutissait à ce résultat, il a été décidé de le laisser tel quel, malgré un avis selon lequel on pourrait interpréter le texte actuel comme n'étant pas applicable à la banque du bénéficiaire. Dans le cadre du débat, il a été décidé de conserver la définition de "l'exécution" à l'article 2-1 et de supprimer les crochets. Il a toutefois été noté que la banque du bénéficiaire, en vertu de l'article 8, acceptait ou rejetait simplement un ordre de paiement puis encourait l'obligation énoncée à l'article 9. On a estimé que le mot "exécution" pouvait couvrir ce cas.

69. Il a été noté que la règle relative à la date de valeur énoncée à l'article 10-1 *bis* s'appliquerait à la banque du bénéficaire, alors que celle énoncée à l'article 10-1 *ter* ne s'appliquerait pas à cette banque, encore que des avis divergents aient été émis quant à la mesure dans laquelle ces dispositions pouvaient être appliquées à la banque du bénéficiaire.

Autres propositions de fond

70. Il a été proposé d'insérer dans la loi type une disposition faisant obligation à la banque réceptrice d'exécuter le virement dans la monnaie ou dans l'unité de compte énoncée par l'expéditeur. Cette proposition visait à préciser que les banques réceptrices n'étaient pas autorisées, sans le consentement de la partie intéressée, à convertir les fonds

[13] *Ibid.*, par. 84.

[14] *Ibid.*, par. 222.

reçus en une monnaie autre que celle dans laquelle l'ordre était libellé. La Commission a rappelé qu'elle avait examiné la question à sa session précédente[15]. A la suite d'un débat à sa session en cours, elle a décidé de maintenir tel quel le texte du paragraphe 2 de l'article 7.

71. Etant donné que le paragraphe 8 *bis* de l'article 11 disposait que les principes applicables à la révocation d'un ordre de paiement s'appliquaient également aux modifications dudit ordre, on a proposé que chaque fois que la loi type traite de l'"ordre de paiement ou de la révocation de l'ordre de paiement", elle traite également de sa modification. La Commission a adopté cette proposition quant au fond et a renvoyé la question au groupe de rédaction.

72. A propos de l'article 4-2, on a estimé que l'expression "comparaison des signatures" n'était pas claire : couvrait-elle ou non les cas où tant les signatures que les sceaux étaient comparés. Cette méthode était souvent retenue dans la pratique bancaire de certains Etats pour l'authentification de virements sur papier. Etant donné que cette méthode était couramment utilisée dans certains Etats, il a été jugé souhaitable d'exclure expressément ce cas de la "comparaison des signatures". La Commission, rappelant le débat sur la question lors de sa session précédente[16], a décidé de conserver telle quelle cette disposition.

C. Rapport du groupe de rédaction

73. Après l'examen des articles 16 à 18 du projet de loi type, l'ensemble du projet a été soumis à un groupe de rédaction pour que celui-ci donne suite aux décisions prises par la Commission et le revoie afin d'en assurer la cohérence interne et de faire concorder les différentes versions linguistiques. A ses 481e et 482e séances, le 13 mai 1992, la Commission a examiné le texte révisé du projet de loi type établi par le groupe de rédaction.

74. On a noté qu'en application d'une décision de la Commission (voir ci-dessus, par. 61) le groupe de rédaction avait placé le texte de l'article 18 dans une note de bas de page dont l'appel figurait en regard du titre du chapitre premier. S'agissant des premiers mots de cette note, la Commission a noté que, si le texte de l'article 18 avait été placé en note, c'était en raison de l'absence de consensus concernant son inclusion dans le corps même de la loi type. Les Etats qui souhaiteraient ajouter une disposition relative aux conflits de lois pourraient s'inspirer du texte proposé dans la note. La Commission a donc convenu de libeller comme suit le début de la note : "La Commission suggère le texte suivant à l'intention des Etats qui pourraient souhaiter l'adopter".

75. Lors du débat sur le texte figurant dans la note de bas de page, on a noté que le paragraphe 3 *b* disposait que les agences et établissements distincts d'une banque situés dans des Etats différents devaient être considérés comme des banques distinctes. On a émis l'avis que la Commission pourrait étudier, à une session ultérieure, les incidences de cette règle, par exemple en cas d'insolvabilité d'une banque ayant des agences ou des établissements dans différents Etats. On a déclaré qu'il s'agissait là d'une importante question touchant la supervision bancaire, ou un des événements récents liés aux problèmes bancaires internationaux.

76. S'agissant de l'article 10-1 *bis*, on a réitéré qu'il aurait fallu, au lieu de traiter de la question de la date de valeur dans la loi type, laisser aux parties le soin de la régler dans le contexte de leurs relations contractuelles.

77. S'agissant de l'article 11-1, on a fait observer que le texte devrait indiquer plus clairement qu'un ordre de révocation devait être acheminé par la même voie que l'ordre de paiement qu'il était destiné à révoquer. A l'issue d'un débat, la Commission est convenue que le texte du projet de loi type était suffisamment clair sur ce point.

78. S'agissant de l'article 12, la Commission a rappelé la décision qu'elle avait prise à sa session antérieure d'indiquer qu'il n'y aurait pas de sanction en cas de manquement au devoir d'assistance[17]. A l'issue d'un débat, elle est convenue que, pour que cette décision ressorte plus clairement, il fallait remanier le texte de cet article en disposant qu'une banque réceptrice "s'efforcera" d'aider le donneur d'ordre et chaque banque expéditrice suivante à faire aboutir les procédures bancaires liées au virement.

79. S'agissant du paragraphe 2 *ter* proposé à l'article 16, on a noté que le groupe de rédaction l'avait placé entre crochets compte tenu de la décision antérieure de la Commission de réexaminer la question une fois que le texte aurait été revu par le groupe de rédaction (voir ci-dessus, par. 21). On a objecté que cette proposition pourrait constituer une ingérence dans la relation sous-jacente entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Toujours à l'encontre de cette disposition, on a déclaré qu'elle risquait d'inciter une banque tenue de verser des intérêts en application du paragraphe 1 à en différer le paiement jusqu'à ce que le donneur d'ordre ait versé des intérêts au bénéficiaire au titre de l'obligation sous-jacente. On a déclaré en faveur du paragraphe 2 *ter* proposé qu'il ne constituait pas une ingérence dans la relation sous-jacente, puisqu'il ne disposait pas que le donneur d'ordre était tenu de verser des intérêts, mais établissait simplement un mécanisme de subrogation du donneur d'ordre au bénéficiaire dans ses droits vis-à-vis de la banque tenue de verser des intérêts. A l'issue d'un débat, la Commission a adopté la proposition.

80. S'agissant du paragraphe 8 de l'article 16, on a noté que le groupe de rédaction l'avait dissocié des autres dispositions de l'article 16 et en avait fait un article distinct intitulé "Exclusivité des recours". On a proposé de définir l'exclusivité des recours par référence au "non-respect des obligations traitées à l'article 16" et non par référence au "non-respect des articles 7 ou 9" comme le groupe de rédaction l'avait suggéré. A l'issue d'un débat, la Commission est convenue que le libellé proposé modifierait la portée de la disposition. Elle a adopté le texte suggéré par le groupe de rédaction.

81. Pour ce qui est de l'article 17, il a été noté que, comme suite à une décision de la Commission (voir ci-

[15] *Ibid.*, par. 154 à 156.

[16] *Ibid.*, par. 108.

[17] *Ibid.*, par. 249.

dessus, par. 47), le texte de l'article 17-2 avait été placé dans une note de bas de page. Quant aux premiers mots de cette note, la Commission a convenu que, si le paragraphe 2 avait été placé dans une note de bas de page, c'est parce qu'il n'y avait pas consensus sur son inclusion dans la loi type elle-même. Les Etats qui souhaiteraient ajouter une disposition relative à l'acquittement de l'obligation sous-jacente lorsqu'ils promulgueraient la loi type pourraient s'inspirer du texte figurant dans cette note. La Commission a donc convenu que le début de la note serait libellé comme suit : "La Commission suggère le texte suivant à l'intention des Etats qui pourraient souhaiter l'adopter".

D. Adoption de la Loi type et recommandation

82. La Commission, après avoir examiné le texte du projet de loi type révisé par le groupe de rédaction[18], a adopté à sa 484e séance, le 15 mai 1992, la décision suivante :

La Commission des Nations Unions pour le droit commercial international,

Rappelant que, par sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, l'Assemblée générale lui a donné pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération les intérêts de tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement, en favorisant un large développement du commerce international,

Notant le recours de plus en plus fréquent aux virements comme moyen de paiement dans les échanges internationaux, par suite en particulier du développement des systèmes permettant d'effectuer très rapidement les transferts internationaux électroniques de fonds,

Rappelant la publication du Guide juridique sur les transferts électroniques de fonds établi par le secrétariat[3],

Estimant qu'une loi type sur les virements internationaux susceptibles d'emporter l'adhésion d'Etats dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents devrait contribuer au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

Convaincue que la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux apporte une importante contribution à la mise en place d'un cadre juridique unifié applicable à tous les virements internationaux, qu'il s'agisse des virements électroniques ou des virements papier,

1. *Adopte* la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux figurant à l'annexe I du rapport sur sa présente session;

2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre aux gouvernements et autres organes intéressés le texte de la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux ainsi que les travaux préparatoires correspondant à ses vingt-quatrième et vingt-cinquième sessions;

3. *Recommande* à tous les Etats de prendre dûment en considération la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, lorsqu'ils promulgueront ou réviseront leurs lois, étant donné la nécessité d'uniformiser le droit applicable aux virements internationaux.

[18]Les articles du projet de loi type tels qu'ils ont été soumis à la Commission par le Groupe de travail ont été renumérotés lors de l'adoption de la loi type par la Commission. Pour l'élaboration des projets d'articles par le Groupe de travail, voir A/CN.9/346.

Numération des articles dans la Loi type	*Numération des projets d'articles soumis à la Commission*	*Numération des articles dans la Loi type*	*Numération des projets d'articles soumis à la Commission*
1	1	12-1	11-1
		12-2	11-2
2 *a*	2 *a*	12-3	11-3
2 *b*	2 *b*	12-4	11-4
2 *c*	2 *c*	12-5	11-5
2 *d*	2 *d*	12-6	11-6
2 *e*	2 *e*	12-7	11-6 *bis*
2 *f*	2 *g*	12-8	11-6 *ter*
2 *g*	2 *h*	12-9	11-6 *bis*
2 *h*	2 *i*	12-10	11-7
2 *i*	2 *j*	12-11	11-8
2 *j*	nouveau	12-12	11-8 *bis*
2 *k*	2 *k*	12-13	11-9
2 *l*	2 *l*		
2 *m*	2 *n*	13	12
3	2 *bis*	14	13
4	3	15	14
5	4	16	15
6	5	17-1	16-1
		17-2	16-2
7	6	17-3	nouveau
		17-4	16-3
8	7	17-5	16-4
		17-6	16-6
9	8	17-7	16-7
10	9	18	16-8
11-1	10-1	19-1	17-1
11-2	10-1 *bis*	19-2	17-3
11-3	10-1 *ter*		
11-4	10-2	Y (note relative	
11-5	10-4	au chapitre Ier)	18
11-6	10-5		
11-7	10-6	Note relative	
		à l'article 19	17-2

III. OPÉRATIONS INTERNATIONALES D'ÉCHANGES COMPENSÉS

A. Introduction

83. A sa vingt et unième session en 1988, la Commission avait décidé, à titre préliminaire, qu'il serait souhaitable d'établir un guide juridique sur l'élaboration de contrats d'échanges compensés[19].

84. A sa vingt-deuxième session en 1989, la Commission a examiné le rapport intitulé "Ebauche de la teneur et de la structure possibles d'un guide juridique pour l'élaboration de contrats internationaux d'échanges compensés" (A/CN.9/322) et a décidé d'établir ce guide[20].

85. A sa vingt-troisième session (1990), la Commission a examiné plusieurs projets de chapitres du guide juridique (A/CN.9/332 et Add. 1 à 7). Le résumé des débats de la

[19]*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17* (A/43/17), par. 32 à 35.

[20]*Ibid., quarante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/44/17), par. 245 à 249.

Commission figure dans l'annexe I du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-troisième session[21]. Les membres de la Commission ont souscrit à la méthode adoptée pour la rédaction des projets de chapitres, tant en ce qui concerne la structure du guide juridique que la nature de la description et des avis y figurant[22]. La Commission a décidé que le secrétariat terminerait la mise au point des projets de chapitres restants et les présenterait au Groupe de travail des paiements internationaux[23].

86. A sa vingt-troisième session, en septembre 1991, le Groupe de travail des paiements internationaux a examiné les projets de chapitres du guide juridique ainsi que des exemples de dispositions (A/CN.9/WG.IV/WP.51 et Add. 1 à 7). Le résumé des débats du Groupe de travail figure dans le document A/CN.9/357. Le Groupe de travail a demandé au secrétariat de réviser les projets de chapitres du guide juridique et de les présenter à la Commission à sa vingt-cinquième session.

87. A sa présente session, la Commission était saisie des projets de textes ci-après qui ont trait au guide juridique : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/362); I. Introduction au guide juridique (A/CN.9/362/Add.1); II. Portée et terminologie du guide juridique (A/CN.9/362/Add.2); III. Approche contractuelle (A/CN.9/362/Add.3); IV. Engagement d'échanges compensés (A/CN.9/362/Add.4); V. Remarques générales sur la rédaction (A/CN.9/362/Add.5); VI. Type, qualité et quantité des marchandises (A/CN.9/362/Add.6); VII. Etablissement du prix des marchandises (A/CN.9/362/Add.7); VIII. Participation de tiers (A/CN.9/362/Add.8); IX. Paiement (A/CN.9/362/Add.9); X. Restrictions à la revente des marchandises (A/CN.9/362/Add.10); XI. Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales (A/CN.9/362/Add.11); XII. Garantie de bonne exécution (A/CN.9/362/Add.12); XIII. Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés (A/CN.9/362/Add.13); XIV. Choix de la loi applicable (A/CN.9/362/Add.14); XV. Règlement des litiges (A/CN.9/362/Add.15); Projets d'exemples de dispositions (A/CN.9/362/Add.16) et Résumés des projets de chapitres (A/CN.9/362/Add.17).

B. Examen du texte du projet de guide juridique

Débat général

88. La Commission a remercié le Groupe de travail des paiements internationaux et son président, M. Michael Joachim Bonell (Italie) d'avoir établi un projet de texte d'un guide juridique pour les opérations internationales d'échanges compensés qui, dans l'ensemble, rencontrait un accueil favorable et était considéré comme une excellente base de discussion.

89. La Commission a réaffirmé sa conviction que le guide juridique, sans promouvoir ni freiner le recours aux échanges compensés dans le commerce international, aiderait considérablement les parties, dans toutes les régions du monde, à établir des relations contractuelles équitables et équilibrées au cas où elles décideraient de procéder à des opérations d'échanges compensés. La Commission a souligné l'importance particulière que le guide juridique revêtait pour les pays en développement.

90. Un certain nombre d'observations ont porté sur la traduction de termes techniques dans des langues autres que l'anglais. La Commission a prié le secrétariat de revoir le texte pour faire en sorte qu'il soit conforme à l'usage consacré dans les textes juridiques actuels et dans le commerce international. Il a été suggéré d'indiquer entre parenthèses dans la langue originale tout terme dont la traduction pourrait prêter à confusion. Quant aux termes qui avaient un sens particulier dans une langue donnée seulement, on a jugé bon de les conserver dans leur langue originale. On a souligné qu'en principe il était bon de suivre les traductions utilisées dans les textes juridiques précédents de la CNUDCI. A titre d'exemple, on a cité, entre autres termes, dont la traduction devait être revue, les suivants : troc (chap. II, par. 14); marchandises (chap. II, par. 28); normes (chap. VII, par. 11); coentreprise (chap. VII, par. 37); trust (chap. IX, par. 10); "swing" (chap. IX, par. 53); "best efforts" (chap. VIII, par. 19); résiliation (chap. XI, par. 18 et 28); clause d'indemnisation (chap. X, par. 24); clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales (chap. XI); voies de recours (chap. XIII, sect. B).

Chapitre I. Introduction au guide juridique (A/CN.9/362/Add.1)

91. La Commission a décidé d'insérer la phrase suivante au paragraphe 2, à la suite de la troisième phrase : "M. Michael Joachim Bonell (Italie) a présidé les séances de la Commission et du Groupe de travail consacrées à la rédaction du Guide juridique". Le chapitre Ier a été approuvé sous réserve de cette modification.

Chapitre II. Portée et terminologie du guide juridique (A/CN.9/362/Add.2)

Section A

92. Par suite de la décision qu'elle a prise d'insérer au chapitre VI trois paragraphes concernant les engagements à investir (voir plus loin par. 99), la Commission a décidé d'insérer dans les troisième et quatrième phrases du paragraphe 2 une référence à l'investissement. Elle a approuvé la section A sous réserve de cette modification.

Sections B, C et D

93. La Commission a approuvé le texte de ces sections.

Section E

94. La Commission a décidé que le paragraphe 16 indiquerait que la fourniture d'une installation de production nécessitait d'ordinaire un financement bancaire. Elle a approuvé la section E sous réserve de cette modification.

Chapitre III. Approche contractuelle (A/CN.9/362/Add.3)

95. La Commission a approuvé la proposition tendant à ce qu'il soit fait mention dans la première phrase du

[21] *Ibid., quarante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/45/17).

[22] *Ibid.*, par. 16.

[23] *Ibid.*, par. 17 et 18.

paragraphe 4 non seulement de la quantité des marchandises mais également de leur qualité. Elle a approuvé le chapitre III sous réserve de cette modification.

Chapitre IV. Engagement d'échanges compensés (A/CN.9/362/Add.4)

Sections A, B, C, D et F

96. Il a été décidé d'insérer l'analyse dont il est rendu compte à la section F "Moment où l'engagement est exécuté" avant la section C "Délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés". Les sections A, B, C, D et F ont été approuvées sous réserve de cette modification.

Section E

97. Il a été décidé d'insérer au paragraphe 33, à la fin de la première phrase, une formule du type suivant : "ou selon que les composantes des marchandises achetées ont été produites localement ('contenu local' ou 'valeur ajoutée locale')". La section E a été approuvée sous réserve de cette modification.

Chapitre V. Remarques générales sur la rédaction (A/CN.9/362/Add.5)

98. Le chapitre V a été approuvé.

Chapitre VI. Type, qualité et quantité des marchandises (A/CN.9/362/Add.6)

99. La Commission a décidé d'ajouter le texte ci-après à la suite du paragraphe 23 :

"23 *bis*. Pour certaines opérations d'échanges compensés, en particulier certaines opérations de compensation industrielle indirecte, il est convenu que l'exportateur, c'est-à-dire la partie qui s'est engagée à acheter les marchandises, peut bénéficier d'un crédit d'exécution en investissant des capitaux. Il est parfois convenu que l'exportateur doit exécuter une certaine partie de l'engagement sous forme d'investissements.

"23 *ter*. Il convient que l'accord d'échanges compensés définisse la nature des investissements qui seront pris en compte pour l'exécution de l'engagement. Les investissements retenus peuvent être définis en fonction, par exemple, de l'importance des capitaux et des modalités de leur investissement; du système juridique dans lequel la partie bénéficiaire des investissements doit être constituée en société ou avoir son établissement principal; de la nature des activités commerciales qui peuvent résulter des investissements; des marchés sur lesquels seront offerts les produits ou les services du bénéficiaire des investissements; du type de technologie qui sera mis en œuvre par le bénéficiaire; du régime de propriété de la technologie en question.

"23 *quater*. Les parties peuvent se demander si le crédit d'exécution accordé pour un investissement retenu doit être égal au montant de celui-ci ou en être différent (voir chap. IV — "Engagement d'échanges compensés", par. 31 à 34). Elles peuvent d'autre part envisager, lorsqu'elles comptabilisent le montant des investissements représentant une exécution partielle de l'engagement d'échanges compensés, d'en déduire les intérêts ou les dividendes versés à un créditeur ou à un investisseur."

100. La Commission a approuvé le chapitre VI, en y ajoutant le texte qui précède.

Chapitre VII. Etablissement du prix des marchandises (A/CN.9/362/Add.7)

101. La Commission a approuvé le chapitre VII.

Chapitre VIII. Participation de tiers (A/CN.9/362/Add.8)

102. La Commission a approuvé le chapitre VIII.

Chapitre IX. Paiement (A/CN.9/362/Add.9)

103. La Commission a approuvé le chapitre IX.

Chapitre X. Restrictions à la revente des marchandises (A/CN.9/362/Add.10)

104. La Commission a approuvé le chapitre X.

Chapitre XI. Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales (A/CN.9/362/Add.11)

Titre

105. On s'est demandé s'il était opportun de faire mention dans le titre aussi bien des clauses de dommages-intérêts spécifiés que des clauses pénales. Cette question était inspirée par la crainte que la distinction des deux types de clauses sème la confusion dans l'esprit des lecteurs appartenant à des systèmes juridiques qui n'opéraient pas une telle distinction. On a proposé que le titre soit modifié et se lise comme suit : "Somme convenue due en cas de défaut d'exécution", pour reprendre la formule utilisée par la Commission dans les Règles uniformes relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution. On a cependant fait remarquer que le titre actuel consacrait la distinction faite dans certains systèmes juridiques entre dommages-intérêts spécifiés, en tant qu'évaluation préliminaire de l'ampleur des dommages-intérêts dus pour défaut d'exécution, et les clauses pénales en tant que sanction du défaut d'exécution. On a également relevé que le même titre était utilisé dans le chapitre correspondant du Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles (ci-après dénommé le "Guide juridique de la construction") et que toute divergence entre les deux guides juridiques sur ce point pourrait être source d'incertitude. En conséquence, après débat, la Commission a décidé de maintenir le titre dans sa formulation actuelle.

Section A

106. Aucune objection n'a été émise au sujet de la proposition tendant à ce que soit inversé l'ordre des paragraphes 1 et 2.

107. La Commission s'est demandé s'il serait judicieux de chercher à définir et à distinguer les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales davantage qu'elles ne l'étaient au paragraphe 1. On s'est accordé pour répondre par la négative à cette question notamment parce qu'en examinant ces deux types de clauses plus avant, on sortirait du cadre du Guide juridique qui était circonscrit aux questions propres aux échanges compensés.

108. On a proposé que soit mentionnée au paragraphe 6 la possibilité d'un dédommagement pour défaut d'exécution par la livraison de marchandises. Une telle formule pourrait être utile au cas où la partie obligée serait à court d'argent. La Commission a été d'avis qu'il était généralement admis que les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales avaient pour fonction d'assurer un dédommagement pécuniaire. Néanmoins, elle est convenue qu'il serait utile de préciser dans le Guide juridique que, si la partie tenue de payer la somme convenue se trouvait à court d'argent, rien n'empêchait les parties de convenir que l'obligation de payer la somme convenue pourrait être éteinte par la livraison de marchandises en qualité et quantité convenues.

109. La Commission a souscrit à une proposition tendant à indiquer au paragraphe 7 ou au paragraphe 12 que certains systèmes juridiques prescrivaient que le montant stipulé dans les clauses de dommages-intérêts spécifiés ou les clauses pénales ne pouvait excéder le montant de l'obligation principale et que certains systèmes juridiques interdisaient de réclamer des dommages-intérêts pour défaut d'exécution dans les cas tombant sous le coup des clauses pénales.

110. La Commission a approuvé la section A, sous réserve des modifications convenues.

Sections B à F

111. La Commission a approuvé les sections B à F sous la réserve que le paragraphe 21 soit reporté après le paragraphe 23.

Chapitre XII. Garantie de bonne exécution (A/CN.9/362/Add.12)

112. La Commission a approuvé le chapitre XII.

Chapitre XIII. Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés (A/CN.9/362/Add.13)

Sections A, C et D

113. La Commission a approuvé ces sections.

Section B

114. La Commission a approuvé la section B, sous réserve de la suppression de la dernière phrase du paragraphe 9.

Chapitre XIV. Choix de la loi applicable (A/CN.9/362/Add.14)

Section A

115. La Commission a décidé de reformuler ainsi le paragraphe 2 : "En vertu des règles de droit international privé (dénommées dans certains systèmes juridiques règles de 'conflit de lois' ou règles sur le 'choix de la loi') de la plupart des ordres juridiques, les parties ont la possibilité de choisir la loi applicable par convention. Certains de ces ordres juridiques limitent cependant la faculté de choix. Si les parties ne choisissent pas la loi applicable, les règles de droit international privé du for déterminent la loi qui régit leurs rapports juridiques."

116. Il a été convenu que la deuxième phrase du paragraphe 5 serait remplacée par le texte suivant : "Par exemple, la plupart des Etats ne laissent pas la liberté de choix quant au transfert de propriété des marchandises ou la disposition des fonds détenus par une banque".

117. La Commission a approuvé la section A, sous réserve des modifications qui précèdent.

Section B

118. A la sixième phrase du paragraphe 10, la Commission a décidé de supprimer le membre de phrase "à moins que les parties elles-mêmes ne l'aient déjà choisie". Elle a également décidé de supprimer l'avant-dernière phrase de ce paragraphe.

119. A la quatrième phrase du paragraphe 12, la Commission a décidé de remplacer l'expression "Dans d'autres systèmes" par "Dans la plupart des systèmes".

120. La Commission a souscrit à la proposition tendant à ce que soit mentionné au paragraphe 15 le fait que certains Etats ne reconnaissent pas le type de convention mentionné à la première phrase de ce paragraphe, et que, selon la loi de ces Etats, l'opération serait régie par le droit national, conformément aux règles de droit international privé.

121. A la première phrase du paragraphe 16, il a été décidé de remplacer "Dans de nombreuses législations nationales", par "Dans la plupart des législations nationales".

122. La Commission a approuvé la section B, sous réserve des modifications qui précèdent.

Sections C et D

123. La Commission a approuvé ces sections.

Chapitre XV. Règlement des litiges (A/CN.9/362/Add.15)

Section A

124. La Commission a souscrit à la proposition tendant à ce que soit supprimé le mot "indépendant" à la quatrième phrase du paragraphe 2.

125. La Commission a décidé que l'avant-dernière phrase du paragraphe 17 devait renvoyer au paragraphe 7, où sont analysées les règles qui, dans certains Etats, limitent la liberté qu'ont les parties de conclure une convention d'arbitrage.

Sections B et C

126. La Commission a approuvé ces sections.

Section D

127. Pour ce qui est de l'analyse dont rend compte la phrase soulignée du paragraphe 16, la Commission a décidé de reformuler celle-ci de manière à éviter de donner l'impression erronée qu'un tribunal d'arbitrage peut faire procéder à l'exécution voulue.

128. La Commission a décidé de supprimer l'expression "En général" par laquelle commence le paragraphe 18.

129. A la deuxième phrase du paragraphe 21, la Commission a décidé d'ajouter après "lorsqu'une sentence arbitrale n'est pas" le terme "en soi" ou une expression équivalente, afin qu'il soit clair que, si la sentence n'est pas exécutoire dans le cadre de procédures accélérées analogues aux procédures d'exécution des décisions judiciaires, elle ne s'en impose pas moins aux parties au contrat.

130. A propos de l'analyse du paragraphe 36, on a fait observer que le paragraphe 3 de l'article premier de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) permettait de limiter l'applicabilité de la Convention aux sentences prononcées dans les Etats parties à la Convention. La Commission en a conclu que la question de savoir si un Etat est partie à la Convention ou a adopté une législation reprenant la loi type de la CNUDCI était une considération importante dans le choix du lieu de l'arbitrage, et qu'il devait donc en être question au paragraphe 36.

131. Au paragraphe 29, la Commission a décidé d'insister davantage sur l'utilité du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

132. La Commission a approuvé la section D, sous réserve des modifications qui précèdent.

Sections E et F

133. La Commission a approuvé ces sections.

Projets d'exemples de dispositions (A/CN.9/362/Add.16)

134. Au chapitre XIII, dans l'annotation du paragraphe 21, la Commission a décidé de supprimer les mots "matériel ou juridique". Sous réserve de cette modification, elle a approuvé les projets d'exemples de dispositions.

Résumés de chapitres (A/CN.9/362/Add.17)

135. La Commission a prié le secrétariat de remanier les résumés de chapitres et d'y incorporer, le cas échéant, les modifications apportées aux chapitres du Guide juridique. Sous réserve de ces changements, la Commission a approuvé les résumés de chapitres.

Index

136. La Commission a noté que le secrétariat établirait un index pour le Guide juridique.

C. Décision de la Commission et recommandation à l'Assemblée générale

137. A sa 479e séance, le 12 mai 1992, la Commission a adopté la décision suivante :

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Rappelant que dans sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, l'Assemblée générale lui a donné pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international en prenant en considération les intérêts de tous les peuples, et particulièrement ceux des pays en voie de développement, en favorisant un large développement du commerce international,

Constatant qu'une part appréciable du commerce international se fait sous forme d'opérations d'échanges compensés,

Estimant qu'un guide juridique des aspects contractuels des opérations internationales d'échanges compensés sera utile aux parties intervenant dans ces opérations, et notamment aux parties des pays en développement,

1. *Adopte* le Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations internationales d'échanges compensés;

2. *Invite* l'Assemblée générale à recommander l'utilisation du Guide juridique dans les opérations internationales d'échanges compensés;

3. *Prie* le Secrétaire général d'assurer une large diffusion du Guide juridique et d'en promouvoir l'utilisation.

138. Le secrétariat a été prié de donner sa forme définitive au texte du Guide juridique adopté par la Commission et de le publier sans retard. La Commission a souscrit aux déclarations selon lesquelles, étant donné que le Guide juridique devait être utile partout dans le monde, le Secrétariat de la Commission et les autres services compétents du secrétariat de l'ONU devaient faire en sorte de le faire universellement connaître.

139. La Commission a décidé que, dans l'ouvrage où paraîtra le Guide juridique, le lecteur sera invité à faire part de ses observations au secrétariat.

IV. PROBLÈMES JURIDIQUES LIÉS A L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES

140. A sa vingt-quatrième session en 1991, la Commission a estimé que les aspects juridiques de l'échange de

données informatisées (EDI) deviendraient de plus en plus importants à mesure que ce type d'échanges se développerait et que la Commission devrait par conséquent entreprendre des travaux dans ce domaine. La Commission a décidé, vu le nombre de questions à examiner, que le sujet devait être traité de façon approfondie par un groupe de travail[24].

141. A sa présente session, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa vingt-quatrième session (A/CN.9/360). Comme la Commission l'avait demandé, le rapport contenait des recommandations sur les travaux futurs de la Commission concernant les aspects juridiques de l'EDI. Le rapport indiquait que les travaux futurs de la Commission dans ce domaine devraient avoir pour objet de promouvoir l'utilisation de l'EDI. Il signalait que les délibérations du Groupe de travail avaient fait apparaître clairement la nécessité d'élaborer des normes juridiques dans le domaine de l'EDI. D'après le rapport, l'examen des questions juridiques liées au développement de l'EDI avait fait apparaître que, pour certaines de ces questions, le mieux serait d'élaborer des dispositions législatives. Il s'agissait notamment des questions suivantes : formation des contrats; risque et responsabilité des partenaires commerciaux et fournisseurs de services tiers dans le cadre de relations EDI; définitions élargies des mots "écrit" et "original" à utiliser dans le contexte de l'EDI; et questions liées à la négociabilité et aux titres de propriété (A/CN.9/360, par. 129).

142. Le rapport indiquait également que d'autres questions liées à l'utilisation de l'EDI n'étaient pas encore susceptibles de faire l'objet de dispositions législatives et qu'il faudrait les étudier plus avant ou attendre de nouveaux progrès techniques ou commerciaux. Si, dans l'ensemble, le Groupe de travail estimait souhaitable d'atteindre le niveau élevé de certitude juridique et d'harmonisation qu'offraient les dispositions détaillées d'une loi uniforme, il considérait néanmoins qu'il faudrait veiller à traiter avec souplesse certaines questions, pour lesquelles une action législative risquait d'être prématurée ou inappropriée. Il a noté par exemple qu'il serait sans doute inutile de s'attacher à unifier les règles relatives à la preuve applicables aux messages EDI. Le rapport indiquait que, pour certaines de ces questions, la Commission pourrait juger approprié d'entreprendre d'élaborer des règles juridiques, des principes juridiques ou des recommandations (A/CN.9/360, par. 130).

143. Le Groupe a recommandé que la Commission entreprenne d'élaborer des normes et règles juridiques sur l'utilisation de l'EDI dans le commerce international. Il est convenu que ces normes et règles devraient être suffisamment détaillées pour donner des orientations pratiques aux utilisateurs de l'EDI, ainsi qu'aux législateurs et aux organismes de tutelle. Le Groupe a également recommandé que la Commission s'efforce, certes, d'atteindre le niveau le plus élevé possible de certitude juridique et d'harmonisation, mais ne devrait pas encore, à ce stade, prendre de décision quant à la forme définitive que revêtiraient ces normes et règles (A/CN.9/360, par. 131).

[24] *Ibid., quarante-sixième session, Supplément n° 17* (A/46/17), par. 314 à 317.

144. Pour ce qui est de l'élaboration possible d'un accord type de communication d'application universelle pour le commerce international, le Groupe de travail était convenu que, du moins pour le moment, il n'était pas nécessaire que la Commission élabore un tel accord. Toutefois, le Groupe de travail a noté que, conformément à l'approche souple recommandée à la Commission en ce qui concerne la forme que revêtirait l'instrument qui serait élaboré, il se pourrait que, dans certains cas, l'élaboration de clauses contractuelles types soit considérée comme un moyen approprié de traiter certaines questions (A/CN.9/360, par. 132).

145. Le Groupe de travail a réaffirmé que les organisations internationales actives dans ce domaine devraient coopérer étroitement. Il a été convenu que la Commission, vu le caractère universel de sa composition et son mandat général en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, devrait jouer un rôle particulièrement actif en la matière (A/CN.9/360, par. 133).

146. A sa présente session, la Commission a rendu hommage au Groupe de travail pour ses travaux. La Commission est convenue que, comme l'avait indiqué le Groupe de travail, la nécessité s'imposait d'examiner plus avant les aspects juridiques de l'EDI et d'élaborer des règles pratiques dans ce domaine. De même, comme l'avait suggéré le Groupe de travail, la Commission a considéré qu'aucune décision ne devrait être prise à ce stade initial quant à la forme définitive et au contenu final des règles juridiques qu'elle élaborerait. En particulier, la Commission a reconnu que si, pour certaines questions, le mieux était d'élaborer des dispositions législatives, pour d'autres en revanche, il serait sans doute plus approprié de mettre au point des clauses contractuelles types.

147. Après en avoir débattu, la Commission a fait siennes les recommandations contenues dans le rapport du Groupe de travail (A/CN.9/360, par. 129 à 133) et a chargé le Groupe de travail des paiements internationaux, qu'elle a rebaptisé Groupe de travail de l'échange des données informatisées, le soin d'élaborer des règles juridiques relatives à l'EDI.

148. La Commission a également réaffirmé la nécessité d'une coopération active entre toutes les organisations internationales qui s'occupent de cette question. La Commission a décidé que le secrétariat devrait continuer de suivre de près l'évolution de la question sur le plan juridique dans d'autres organisations — Commission économique pour l'Europe (CEE), Communautés européennes, Chambre internationale de commerce (CCI) — faciliter l'échange de documents pertinents entre la Commission et ces organisations et faire rapport à la Commission et à ses groupes de travail pertinents sur les travaux accomplis dans le cadre de ces organisations.

V. PASSATION DES MARCHÉS

149. A sa dix-neuvième session en 1986, la Commission avait décidé d'entreprendre des travaux qu'elle considérait comme prioritaires dans le domaine de la passation des marchés et elle avait confié cette tâche au Groupe de travail

du Nouvel ordre économique international[25]. Le Groupe de travail a commencé ses travaux sur le sujet à sa dixième session en 1988, et il les a poursuivis à ses onzième, douzième, treizième et quatorzième sessions; les rapports de ces sessions figurent dans les documents A/CN.9/315, A/CN.9/331, A/CN.9/343, A/CN.9/356 et A/CN.9/359 respectivement.

150. A sa présente session, la Commission a été saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de sa treizième session, tenue à New York du 15 au 26 juillet 1991 (A/CN.9/356), et de sa quatorzième session, tenue à Vienne du 2 au 13 décembre 1991 (A/CN.9/359). Dans le rapport de la quatorzième session, il était précisé que le Groupe de travail était sur le point d'achever l'élaboration du projet de loi type (voir le paragraphe 248 du document A/CN.9/359).

151. La Commission a noté avec approbation que le Groupe de travail se proposait de présenter le projet de loi type à la vingt-sixième session de la Commission en 1993 pour mise au point définitive et adoption et que, dans ces conditions, il comptait achever ses travaux sur le projet de loi type à sa quinzième session (qui doit se tenir à New York du 22 juin au 2 juillet 1992). La Commission a fait droit à une demande du Groupe de travail tendant à autoriser celui-ci à tenir une seizième session à Vienne du 5 au 16 octobre 1992, au cas où il n'aurait pas achevé ses travaux à la quinzième session. On a fait observer que, même s'il s'avérait nécessaire de tenir une seizième session, il resterait suffisamment de temps pour faire distribuer le projet de loi type aux fins de commentaire avant la vingt-sixième session de la Commission.

152. La Commission a accepté la recommandation du Groupe de travail d'accorder la priorité à l'élaboration d'un commentaire destiné à aider les Etats à concevoir une législation fondée sur la loi type, étant entendu que l'élaboration de ce commentaire ne devrait pas retarder l'achèvement de la loi type. La Commission a noté également que le projet de commentaire serait élaboré par le secrétariat et qu'il serait revu par un petit comité ad hoc officieux du Groupe de travail.

153. Notant que l'élaboration d'une loi type sur la passation des marchés venait tout à fait à point nommé et revêtait un caractère d'urgence, des Etats de plus en plus nombreux envisageant une réforme de leur législation en la matière, la Commission a exprimé sa gratitude au Groupe de travail pour le travail accompli à ce jour et l'a prié de faire diligence afin que la Commission puisse examiner le projet de loi type à sa prochaine session.

VI. GARANTIES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

154. A sa vingt-deuxième session en 1989, la Commission a décidé d'entreprendre l'élaboration d'une loi uniforme sur les garanties et les lettres de crédit stand-by, tâche qu'elle a confiée au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux[26].

155. A sa treizième session, le Groupe de travail a commencé ses travaux en examinant les questions qui pourraient être traitées dans une loi uniforme. A ses quatorzième et quinzième sessions, il a examiné les articles 1er à 7 de la loi uniforme et les nouvelles questions qui pourraient y être traitées. Les rapports correspondants ont été publiés sous les cotes A/CN.9/330, A/CN.9/342 et A/CN.9/345.

156. A la présente session, la Commission a été saisie des rapports du Groupe de travail sur ses seizième et dix-septième sessions (A/CN.9/358 et A/CN.9/361). Elle a pris note du fait que le Groupe de travail avait examiné les articles 1er à 13 du texte établi par le secrétariat à sa seizième session et, à sa dix-septième session, les articles 14 à 27.

157. La Commission a noté que le Groupe de travail avait demandé au secrétariat de rédiger, sur la base de ses délibérations et de ses conclusions, une version révisée des articles 1er à 27 de la loi uniforme. Elle a noté également qu'à propos de la question de l'opportunité de dispositions sur les conflits de lois et de systèmes dans le projet, le Groupe de travail avait demandé au secrétariat de consulter la Conférence de La Haye sur le droit international privé quant aux modalités d'une éventuelle coopération entre eux dans ce domaine.

158. La Commission s'est déclarée satisfaite des progrès du Groupe de travail et l'a prié de poursuivre sa tâche avec diligence.

VII. LES INCOTERMS 1990

159. A sa vingt-quatrième session en 1991, la Commission avait examiné une demande du Secrétaire général par intérim de la Chambre de commerce internationale (CCI) qui souhaitait que la Commission envisage de recommander l'usage des INCOTERMS 1990 au plan mondial. Pour l'examen de cette question, la Commission était saisie du texte des INCOTERMS 1990 (A/CN.9/348). Il a été rappelé qu'à sa deuxième session, en 1969, la Commission avait approuvé les INCOTERMS 1953. On a souligné l'importance de cet instrument pratique largement utilisé, qu'il fallait faire mieux connaître. En outre, on a loué les efforts faits par la CCI pour réviser les INCOTERMS de façon à suivre l'évolution de la technologie des transports et des documents commerciaux. Bien qu'à cette vingt-quatrième session, plusieurs délégations aient manifesté le souhait d'approuver le texte des INCOTERMS, quelques autres ont indiqué qu'en raison de la publication tardive du document A/CN.9/348, qui les avait empêchées de mener des consultations requises avant approbation, elles n'étaient pas disposées à approuver immédiatement ce texte. La Commission a donc décidé à regret d'attendre sa session suivante pour se prononcer.

160. A sa vingt-cinquième session, la Commission est convenue que les INCOTERMS 1990 constituaient un ensemble moderne de règles internationales permettant d'interpréter la plupart des termes commerciaux couramment utilisés dans les échanges internationaux. Elle a noté avec satisfaction que leur nouvelle présentation en facilitait la lecture et la compréhension. Plusieurs délégations ont fait savoir que les INCOTERMS 1990 étaient déjà large-

[25] *Ibid., quarante et unième session, Supplément n° 17* (A/41/17), par. 243.

[26] *Ibid., quarante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/44/17), par. 244.

ment utilisés dans leur pays. La Commission s'est félicitée du concours ininterrompu que lui prêtait la CCI.

161. A sa 480e séance, le 12 mai 1992, la Commission a adopté la décision ci-après approuvant le texte des INCOTERMS 1990 :

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Remerciant la Chambre de commerce internationale de lui avoir transmis le texte révisé des INCOTERMS, qui a été approuvé par la Commission des pratiques commerciales de la Chambre et est entré en vigueur le 1er juillet 1990, et d'avoir invité la Commission à envisager de recommander l'usage des INCOTERMS 1990 à l'échelon mondial,

Félicitant la Chambre de commerce internationale d'avoir une nouvelle fois contribué à la facilitation des échanges internationaux en révisant les INCOTERMS pour tenir compte de l'évolution de la technologie des transports et pour refléter dans la terminologie l'importance croissante des échanges de données informatisées,

Notant que les INCOTERMS constituent une précieuse contribution à la facilitation des échanges internationaux,

Recommande l'emploi des INCOTERMS 1990 dans les opérations commerciales internationales.

VIII. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX INSTRUMENTS DE LA CNUDCI

162. A sa vingt et unième session en 1988, la Commission a décidé d'établir un système de rassemblement et de diffusion des décisions judiciaires et sentences arbitrales concernant les instruments normatifs issus de ses travaux[27]. A la session en cours, le secrétariat a indiqué qu'il avait mis en place le système en question. On a expliqué que le système reposait sur des correspondants nationaux désignés par les Etats qui avaient adhéré à une convention ou avaient adopté une législation fondée sur telle ou telle loi type. Ce système était décrit en détail dans le guide des utilisateurs qui serait publié en même temps que la première compilation de résumés des décisions judiciaires ayant trait à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) et à la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985).

163. La Commission a noté avec satisfaction que le système en question avait été mis en place et a félicité les correspondants nationaux et le secrétariat des travaux qu'ils avaient accomplis jusqu'ici dans le cadre de cette mise en place. Elle a en outre instamment prié les Etats de coopérer avec le secrétariat à la mise en pratique du système et, notamment, de désigner des correspondants nationaux, dont les activités seraient essentielles pour le fonctionnement du système.

[27] *Ibid., quarante-troisième session, Supplément n° 17* (A/43/17), par. 98 à 109.

IX. COORDINATION DES TRAVAUX

164. La Commission était saisie d'une note du secrétariat consacrée à l'assistance fournie par des organisations multilatérales et des organismes d'aide bilatéraux pour la modernisation de la législation commerciale des pays en développement (A/CN.9/364). On indiquait dans cette note qu'un certain nombre d'organisations multilatérales et d'organismes d'aide bilatéraux participaient à des activités dont l'objectif était de moderniser le droit commercial dans les pays en développement. Cette assistance était en général fournie sous forme de services d'experts ou d'une contribution financière à l'exécution de projets. On y indiquait en outre que les activités en question étaient axées sur la modernisation et l'élaboration de lois dans les domaines ci-après : lois en matière d'investissement; droit de la propriété intellectuelle; législation maritime et lois et réglementations dans des domaines tels que la fiscalité, les assurances, les douanes, la passation de marchés et le commerce d'exportation et d'importation.

165. La note du secrétariat recommandait que, dans la mesure où les activités des organisations multilatérales et des organismes d'aide bilatéraux pouvaient jouer un rôle important dans le développement du droit commercial international et où ces activités avaient des conséquences sur l'harmonisation de ce droit, la Commission envisage de demander au secrétariat de continuer à suivre les travaux menés par ces organisations dans ce domaine. La Commission souhaiterait peut-être par ailleurs préconiser une intensification de la coopération et des consultations entre la CNUDCI et les organisations multilatérales et organismes d'aide bilatéraux qui exécutaient des projets visant à moderniser le droit commercial dans les pays en développement.

166. On a exprimé la crainte que la note du genre dont la Commission était saisie ne soit interprétée comme signifiant que le secrétariat ne pourrait plus à l'avenir établir des rapports sur les activités en cours d'autres organisations touchant l'harmonisation et l'unification du droit commercial international, sur le modèle de ceux qu'il avait établis dans le passé. Il a été expliqué que ces rapports sur les "activités en cours" avaient été établis de temps à autre et que des rapports de ce type seraient à nouveau établis dans un proche avenir. Le secrétariat avait, dans l'intervalle, établi d'autres rapports consacrés à des questions spéciales et la note dont la Commission était saisie était l'un de ces rapports spéciaux.

167. La Commission a noté avec satisfaction les efforts que le secrétariat faisait pour suivre les activités des organisations bilatérales et organismes d'aide bilatéraux touchant la modernisation de la législation commerciale des pays en développement.

X. ÉTAT DES CONVENTIONS

168. La Commission a examiné l'état des conventions (signatures, ratifications, adhésions et approbations) qui étaient le fruit de ses travaux, à savoir la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974) (la "Convention sur la

prescription"), le Protocole modifiant la Convention sur la prescription (Vienne, 1980) la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg) (les "Règles de Hambourg"), la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980), (la "Convention des Nations Unies sur les ventes"), la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988) (la "Convention de la CNUDCI sur les lettres de change et les billets à ordre") et la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991), (la "Convention des Nations Unies sur les exploitants de terminaux"). La Commission a également examiné l'état de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). En outre, la Commission a pris note des Etats et territoires ayant adopté des textes législatifs fondés sur la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (la "loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage"). La Commission était saisie d'une note du secrétariat sur l'état de ces conventions et de la loi type au 23 avril 1992 (A/CN.9/368).

169. La Commission a noté avec satisfaction que, depuis que lui avait été présenté le précédent rapport, à sa vingt-quatrième session (1991), l'Ouganda et la Roumanie avaient ratifié la Convention sur la prescription et le Protocole la modifiant. De ce fait, 10 Etats étaient désormais parties à la Convention sur la prescription telle que modifiée par le Protocole et trois Etats étaient parties à la Convention non modifiée.

170. La Commission s'est félicitée de l'adhésion d'un nouvel Etat, la Zambie, aux Règles de Hambourg, ce qui portait à 20 le nombre total des parties. De ce fait, la Convention entrerait en vigueur pour toutes les parties le 1er novembre 1992.

171. S'agissant de la Convention des Nations Unies sur les ventes, la Commission a noté avec satisfaction que l'Equateur et l'Ouganda étaient devenus parties à la Convention et que le Canada avait élargi l'application de la Convention à toutes ses provinces et à tous ses territoires à l'exception du Yukon.

172. La Commission s'est félicitée de l'adhésion du Bangladesh, de la Lettonie et de l'Ouganda à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

173. La Commission a noté avec satisfaction que les Etats-Unis d'Amérique avaient signé la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international.

174. En ce qui concerne la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, la Commission a noté avec plaisir qu'un texte législatif fondé sur la loi type avait été adopté en Finlande.

175. Des représentants et observateurs d'un certain nombre d'Etats ont indiqué que leur pays prenait actuellement des mesures en vue d'adhérer à la Convention des Nations Unies sur les ventes, à la Convention sur la prescription telle que modifiée par le Protocole, aux Règles de Hambourg, à la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux et d'adopter des textes législatifs fondés sur la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

XI. FORMATION ET ASSISTANCE

176. La Commission était saisie d'une note du secrétariat présentant les activités réalisées en matière de formation et d'assistance depuis sa vingt-quatrième session, et celles qui pourraient être entreprises à l'avenir (A/CN.9/363). La note précisait que, puisque la Commission avait déclaré à sa vingtième session (1987) "que la formation et l'assistance constituaient une importante activité de la Commission à laquelle il faudrait désormais accorder un rang de priorité plus élevé"[28], le secrétariat s'était efforcé d'élaborer un programme plus vaste que par le passé, en gardant présente à l'esprit la décision prise par la Commission à sa quatorzième session, en 1981, selon laquelle l'un des principaux objectifs des activités de formation et d'assistance devait être de promouvoir les textes établis par elle[29].

177. Comme il avait été annoncé à la vingt-quatrième session (1991)[30], un séminaire régional sur le droit commercial international, organisé conjointement par le secrétariat de la Commission et le secrétariat du Forum du Pacifique Sud, s'est tenu au siège du secrétariat du Forum, à Suva (Fidji) du 21 au 25 octobre 1991. Il s'adressait aux Etats du Pacifique Sud et a réuni 16 participants qui, étant presque tous des hauts fonctionnaires, étaient bien placés dans leurs pays respectifs pour influer sur les décisions relatives à l'acceptation des textes juridiques de la CNUDCI. Ils venaient des Etats membres du Forum du Pacifique Sud ci-après : Australie, Iles Cook, Etats fédérés de Micronésie, Fidji, Kiribati, Nauru, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Iles Salomon, Tongo, Tuvalu et Vanuatu.

178. Le secrétariat du Forum a fourni les installations nécessaires à la tenue du séminaire, qui a été financé par un don de l'Australie et des fonds du Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI. L'Australie a également fourni deux conférenciers; les autres conférenciers étaient un consultant canadien, un juriste de la région et deux membres du secrétariat de la Commission. Le séminaire a porté sur les conventions et autres textes juridiques élaborés par la Commission.

179. Un séminaire sur l'arbitrage commercial international s'est tenu à Mexico les 20 et 21 février 1992. Il a été organisé conjointement par le Ministère mexicain des relations extérieures et le secrétariat de la Commission. Des exposés ont été présentés par quatre experts mexicains, un consultant et un membre du secrétariat sur divers textes juridiques, notamment la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, et sur diverses questions concernant la pratique internationale en

[28] *Ibid., quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), par. 335.

[29] *Ibid., trente-sixième session, Supplément n° 17* (A/36/17), par. 109.

[30] *Ibid., quarante-sixième session, Supplément n° 17* (A/46/17), par. 338.

matière d'arbitrage. Ont participé à ce séminaire quelque 80 fonctionnaires de ministères, praticiens du droit et enseignants en droit.

180. La Commission a été informée que le secrétariat comptait intensifier encore ses efforts et organiser ou coparrainer davantage de séminaires et de colloques sur le droit commercial international, notamment pour les pays en développement. On lui a également signalé que, comme il avait été annoncé à sa vingt-quatrième session[31] et étant donné l'intérêt manifesté pour le quatrième colloque de la CNUDCI et les avantages que présentait l'organisation de ces colloques dans le cadre des sessions de la Commission lorsque celles-ci se tenaient à Vienne, où se trouvait son secrétariat, il était prévu d'organiser le cinquième colloque de la CNUDCI sur le droit commercial international à l'occasion de la vingt-sixième session de la Commission, en juin 1993.

181. Le secrétariat a fait savoir qu'il avait reçu des demandes de divers Etats d'Afrique, d'Asie et d'Amérique latine pour l'organisation de séminaires et que des plans préliminaires avaient été faits pour l'organisation, en novembre 1992, d'une série de séminaires nationaux en Indonésie, aux Philippines et éventuellement en Malaisie et en Thaïlande. Une autre série de séminaires pourrait ensuite être organisée dans quelques pays d'Amérique latine. On a proposé que le secrétariat organise également une série de séminaires en Afrique. Le secrétariat a expliqué que telle était son intention, sous réserve de disposer des ressources nécessaires. Il avait déjà organisé des séminaires en Afrique les années précédentes : au Lesotho en 1988, en Guinée en 1990 et au Cameroun en 1991.

182. Selon le secrétariat, les séminaires nationaux étaient relativement peu coûteux dans la mesure où les frais de voyage des conférenciers étaient la seule dépense engagée. Cela étant, leur organisation prenait beaucoup plus de temps que celle des séminaires régionaux. Il fallait donc établir un équilibre entre séminaires régionaux et séminaires nationaux, notamment en tenant compte d'une part des moyens financiers mis à la disposition du secrétariat, d'autre part du temps que celui-ci pouvait consacrer à l'organisation et à la tenue de ces séminaires.

183. Le secrétariat a indiqué que la diffusion des textes juridiques de la CNUDCI dans de nombreux pays, en particulier les pays en développement, suscitait des demandes de plus en plus nombreuses d'assistance émanant d'Etats ou d'organisations régionales. Le secrétariat avait été invité, à plusieurs reprises, à apporter son concours à tel ou tel pays lorsqu'il examinait l'un des textes de la CNUDCI. Il avait aussi été sollicité des organisations régionales, les demandes allant de l'étude des lois des Etats membres en vue d'une harmonisation et d'une éventuelle unification à la mise à disposition d'un consultant.

184. On a fait observer que le programme de formation et d'assistance, en particulier l'organisation de séminaires régionaux, n'était possible qu'à condition de disposer d'un financement continu et suffisant. Comme il n'était pas prévu de crédit au budget ordinaire pour couvrir les frais de voyage des participants et des conférenciers, ces dépenses devaient être financées à l'aide de contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI. Les contributions faites à ce fonds sur une base pluriannuelle avaient été particulièrement utiles, dans la mesure où elles avaient permis au secrétariat d'organiser et de financer le programme sans avoir besoin de s'adresser à des donateurs potentiels pour financer les activités au coup par coup. Des contributions de ce type avaient été reçues de la Finlande et du Canada. En outre, la contribution annuelle de la Suisse avait été utilisée pour le programme d'organisation de séminaires. D'autres contributions en espèces avaient été versées par l'Australie et la France. On a suggéré que la Commission étudie la possibilité d'obtenir auprès d'autres sources (fondations, secteur privé, etc.) les fonds nécessaires pour financer son programme de formation et d'assistance. On a également proposé d'encourager les gouvernements des pays en développement à essayer de lever des fonds pour compléter les apports de la CNUDCI.

185. La Commission a remercié tous ceux qui avaient participé à l'organisation de séminaires, en particulier ceux qui avaient contribué à les financer et à alimenter le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI. Elle a également remercié le secrétariat pour les efforts qu'il a déployés en vue de développer le programme de séminaires et de colloques.

XII. RÉSOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE SUR LES TRAVAUX DE LA COMMISSION ET QUESTIONS DIVERSES

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

186. La Commission a pris note avec satisfaction de la résolution 46/56 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1991, relative à son rapport sur les travaux de sa vingt-quatrième session. Elle a notamment pris acte de la demande de l'Assemblée générale tendant à ce que la Cinquième Commission, afin d'assurer la pleine participation de tous les Etats Membres, envisage l'octroi, dans les limites des ressources disponibles, d'une assistance pour le remboursement des frais de voyage aux pays les moins avancés qui sont membres de la Commission, ainsi qu'à titre exceptionnel aux autres pays en développement membres de la Commission qui en font la demande, en consultation avec le Secrétaire général, pour leur permettre de participer aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail. Elle a également noté que l'Assemblée générale lui recommandait, au paragraphe 3 de la partie B de sa résolution, de rationaliser ses travaux et d'envisager, en particulier, que ses groupes de travail tiennent des réunions consécutives, et la priait, au paragraphe 4 de la même résolution, de lui présenter à sa quarante-septième session un rapport sur l'application de la résolution.

187. La Commission a examiné la recommandation formulée par l'Assemblée générale au paragraphe 3 de sa résolution 46/56 B. Elle a noté qu'à deux reprises déjà — la première fois à sa vingt et unième session, en 1988, et la seconde fois à sa vingt-troisième session, en 1990 — elle avait examiné les moyens de rationaliser ses méthodes de

[31] *Ibid.*, par. 337.

travail, notamment la question de savoir s'il était possible que ses groupes de travail tiennent des réunions consécutives et si une telle formule permettrait aux délégations qui y assistent de faire des économies sur leurs frais de voyage. Elle était arrivée à la conclusion que cela n'était pas possible. En effet, en raison de la nature des travaux assignés à chacun des groupes, les délégations se composent, en principe, d'experts différents. Le fait de tenir des réunions consécutives ne diminuerait donc en rien le nombre d'experts qui y participent et, partant, n'entraînerait aucune économie pour les délégations. On a en outre souligné que, dans l'hypothèse où les mêmes experts pourraient participer à plus d'un groupe de travail, le fait d'avoir à participer à plusieurs réunions consécutives pourrait les obliger à être absents trop longtemps de leur lieu de travail habituel. Cela pourrait soulever des difficultés pour bon nombre d'entre eux. On a également fait valoir que, dans ce cas, les Etats pourraient être incités à affecter les mêmes experts à deux réunions consécutives, même si les intéressés ne sont pas les plus compétents, ce qui nuirait aux travaux de la Commission.

188. Par ailleurs, la Commission a estimé que le fait de tenir les réunions de ses groupes de travail de manière consécutive ne permettrait pas non plus de faire des économies au titre des frais de voyage du personnel de son secrétariat puisque, normalement, ce n'étaient pas les mêmes fonctionnaires qui étaient affectés aux différents groupes. Les membres du secrétariat participaient habituellement à l'élaboration des études de fond où étaient examinés différents aspects des questions entrant dans le domaine de compétence du groupe de travail dont ils relevaient. On a fait observer qu'il ne serait pas judicieux de demander à un fonctionnaire n'ayant pas participé à l'élaboration des documents d'un groupe de travail donné d'assurer les services de réunion de ce groupe. Autrement dit, la décision de tenir les réunions des groupes de travail de façon consécutive n'entraînerait pas de diminution du nombre de membres du secrétariat se rendant à ces réunions. On a estimé que la Commission devait poursuivre l'examen de ses méthodes de travail afin de les rationaliser (voir par. 187).

189. La Commission dans son ensemble est convenue qu'il fallait essayer de fournir assistance aux pays en développement, en particulier aux pays les moins avancés et, à titre exceptionnel, à d'autres pays en développement membres de la Commission qui en feraient la demande, en consultation avec le Secrétaire général, pour leur permettre de participer à ses sessions et à celles de ses groupes de travail. Selon un avis, cette assistance devait être examinée dans le cadre du budget global. On a en outre indiqué que les recommandations en la matière pourraient devoir être examinées par la Cinquième Commission de l'Assemblée générale.

B. Congrès de la CNUDCI sur le droit commercial international (New York, 18-22 mai 1992)

190. La Commission a rappelé qu'à sa vingt-quatrième session elle avait chargé le secrétariat d'organiser, dans le cadre de sa vingt-cinquième session — c'est-à-dire la session en cours — un congrès sur le droit commercial international[32]. Elle a également rappelé que ce congrès devait constituer une contribution de la Commission aux activités de la Décennie des Nations Unies pour le droit international.

191. La Commission a noté avec satisfaction les préparatifs du secrétariat en vue du Congrès qui devait avoir lieu pendant la troisième semaine de la session de la Commission, c'est-à-dire du 18 au 22 mai 1992. Le secrétariat avait publié le programme préliminaire du Congrès en janvier 1992 (A/CN.9/1992/INF.1), puis le programme définitif le 8 mai (A/CN.9/1992/INF.2). La Commission s'est félicitée de ce que les participants aient été invités à examiner les résultats accomplis en matière d'unification et d'harmonisation progressives du droit commercial international au cours des vingt-cinq dernières années et des besoins à prévoir pour le prochain quart de siècle. Plus de soixante orateurs représentant différentes régions et différents systèmes juridiques ont présenté une vue d'ensemble de la situation dans les grands domaines du droit commercial international; c'était là un motif de satisfaction pour la Commission, qui a remercié les orateurs pour leur contribution au Congrès.

192. On a noté que les sessions du Congrès seraient consacrées aux questions suivantes : processus d'unification du droit commercial et son intérêt; vente de marchandises; fourniture de services; paiements, crédits et pratiques bancaires; échange de données informatisées; transports; règlement des litiges; et rôle futur de la CNUDCI. La Commission a approuvé la décision d'orienter le Congrès vers la pratique afin de permettre aux utilisateurs des textes juridiques uniformes (avocats, juristes d'entreprise, fonctionnaires des ministères, juges, arbitres, professeurs de droit) : *a)* d'obtenir des renseignements à jour et des conseils pratiques sur les principaux textes juridiques de portée universelle; *b)* d'exprimer leur opinion sur l'état actuel de l'unification des lois et règlements régissant le commerce mondial; et *c)* de faire part de leurs besoins pratiques, afin qu'il puisse en être tenu compte pour l'élaboration du programme de travail futur de la Commission et d'autres organismes normatifs.

C. Délai fixé pour la signature d'une convention

193. On a fait observer que le délai fixé pour la signature de la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991) avait été fixé à un an. On a fait également observer que la signature d'une convention constituait pour de nombreux Etats une étape importante du processus d'adhésion et que, par ailleurs, les consultations qui devaient précéder la signature d'une convention exigeaient souvent un délai supérieur à un an. A l'avenir, il serait donc préférable de prévoir un délai plus long, peut-être deux ans, pour la signature d'une convention. On a également recommandé que le secrétariat rappelle aux Etats, plusieurs mois avant l'expiration du délai fixé, que la date limite pour la signature était proche. Cela pourrait accélérer le processus d'examen de la Convention et accroître le nombre d'Etats qui décideraient en dernière instance d'y adhérer.

[32] *Ibid.*, par. 343 à 349.

D. Bibliographie

194. La Commission a noté avec satisfaction la bibliographie des ouvrages récents se rapportant à ses travaux (A/CN.9/369).

E. Date et lieu de la vingt-sixième session de la Commission

195. Il a été décidé que la Commission tiendrait sa vingt-sixième session à Vienne du 7 au 25 juin 1993.

F. Sessions des groupes de travail

196. Il a été décidé que le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux tiendrait sa dix-huitième session à Vienne du 30 novembre au 11 décembre 1992. Quant à la dix-neuvième session du Groupe de travail, la Commission a déclaré qu'à son avis elle devrait avoir lieu à New York du 19 au 30 avril 1993, nonobstant la nécessité éventuelle, dans ce cas, d'avancer la date de la session qui se tiendrait alors du 12 au 23 avril 1993.

197. La Commission a noté que le Groupe de travail du nouvel ordre économique international tiendrait sa quinzième session du 22 juin au 2 juillet 1992 à New York. Lors de cette session, le Groupe de travail comptait terminer son projet de loi type sur la passation des marchés. Il a été décidé que le Groupe de travail pourrait tenir sa seizième session du 5 au 16 octobre 1992 à Vienne s'il estimait que le déroulement de ses travaux le justifiait.

198. La Commission a rappelé sa décision de changer le nom du Groupe de travail des paiements internationaux qui deviendrait le Groupe de travail de l'échange des données informatisées puisque c'est la question dont s'occupe actuellement le Groupe de travail (voir plus haut le paragraphe 147). A ce propos, la Commission a noté que le Groupe de travail ne tiendrait pas sa session du 31 août au 11 septembre 1992 à New York comme il avait été prévu à l'origine mais qu'elle se tiendrait à New York du 4 au 15 janvier 1993.

ANNEXE I

Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux

[L'annexe I est reproduite dans la troisième partie, I, du présent *Annuaire*.]

ANNEXE II

Liste des documents dont a été saisie la Commission à sa vingt-cinquième session

[L'annexe II est reproduite dans la troisième partie, VI, du présent *Annuaire*.]

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) : extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur la première partie de sa trente-neuvième session (TD/B/39(1)/15)

"*B. Développement progressif du droit commercial international : vingt-cinquième rapport annuel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (point 10 *b* de l'ordre du jour)

Mesures prises par le Conseil

449. A sa 809e séance, le 29 septembre 1992, le Conseil a pris acte du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur sa vingt-cinquième session (A/47/17), qui lui avait été distribué sous couvert d'une note du secrétariat de la CNUCED (TD/B/39(1)/6)."

C. Assemblée générale : rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session : rapport de la Sixième Commission (A/47/586)

I. INTRODUCTION

1. La question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session" a été inscrite à l'ordre du jour provisoire de la quarante-septième session de l'Assemblée générale conformément aux résolutions 46/56 A et B de l'Assemblée en date du 9 décembre 1991.

2. L'Assemblée générale a décidé à sa 3e séance plénière (18 septembre 1992), sur recommandation du Bureau, d'inscrire cette question à son ordre du jour et de la renvoyer à la Sixième Commission.

3. Pour l'examen de ce point, la Sixième Commission disposait des documents suivants :

a) Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session[1];

b) Rapport du Secrétaire général sur l'octroi d'une assistance pour le remboursement des frais de voyage aux pays les moins avancés et autres pays en développement qui sont membres de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (A/47/454);

c) Lettre datée du 6 octobre 1992, adressée au Président de la Cinquième Commission par le Président de la Sixième Commission (A/C.6/47/4);

d) Lettre datée du 12 octobre 1992, adressée au Président de la Sixième Commission par le Président de la Cinquième Commission (A/C.6/47/7).

4. La Sixième Commission a examiné le point 131 à ses 3e à 5e, 9e et 37e séances (23 et 24 septembre, 6 octobre et 19 novembre 1992). Les vues exprimées par les représentants qui sont intervenus au cours de cet examen sont consignées dans les comptes rendus analytiques correspondant à ces séances (A/C.6/47/SR.3 à 5, 9 et 37).

5. A la 3e séance (23 septembre 1992), M. José María Abascal Zamora (Mexique), Président de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à sa vingt-cinquième session, a présenté le rapport de la CNUDCI sur les travaux de ladite session. A la 5e séance (24 septembre 1992), le Président de la CNUDCI a prononcé une allocution de clôture.

[1]*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17).

II. EXAMEN DU PROJET DE RÉSOLUTION A/C.6/47/L.4/REV.1

6. A la 37e séance (19 novembre 1992), le représentant de l'Autriche a présenté un projet de résolution intitulé "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session" (A/C.6/47/L.4/Rev.1), parrainé par les pays suivants : *Argentine, Australie, Autriche, Brésil, Chili, Danemark, Egypte, Espagne, Finlande, Grèce, Guinée, Hongrie, Kénya, Maroc, Myanmar, Nigéria, Norvège, Pologne, Suède, Tchécoslovaquie, Thaïlande, Turquie* et *Uruguay*, auxquels se sont par la suite associés les pays suivants : *Allemagne, Bélarus, Chypre, Colombie, Fédération de Russie, France, Inde, Indonésie, Italie* et *Mexique*.

7. A la même séance, le Comité a adopté le projet de résolution A/C.6/47/L.4/Rev.1 sans le mettre aux voix (voir par. 9).

8. Après l'adoption du projet de résolution, le représentant du Canada a fait une déclaration expliquant son vote.

III. RECOMMANDATION DE LA SIXIÈME COMMISSION

9. La Sixième Commission recommande à l'Assemblée générale d'adopter le projet de résolution ci-après :

[Texte non reproduit dans la présente section. Le projet de résolution a été adopté, avec des changements de forme, par l'Assemblée générale en tant que résolution A/47/34 (voir section D ci-après).]

D. Résolution 47/34 de l'Assemblée générale en date du 25 novembre 1992

47/34. *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session*

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, par laquelle elle a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international en lui donnant pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération l'intérêt qu'ont tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement, à un large développement du commerce international,

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

Soulignant qu'il importe que des Etats se trouvant à tous les niveaux de développement économique et appartenant à des systèmes juridiques différents participent à l'harmonisation et à l'unification du droit commercial international,

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

Consciente de la contribution précieuse que fournira la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international dans le cadre de la Décennie des Nations Unies pour le droit international, notamment en ce qui concerne la diffusion du droit commercial international,

Préoccupée par le nombre relativement faible d'experts des pays en développement ayant participé

[1]*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17).

aux sessions de la Commission, et en particulier de ses groupes de travail au cours des dernières années, situation due en partie au manque de ressources pour financer le voyage de tels experts,

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

2. *Note avec une satisfaction particulière* que la Commission a terminé et adopté la Loi type sur les virements internationaux[2];

3. *Recommande* à tous les Etats, du fait qu'il est nécessaire d'uniformiser le droit applicable aux virements internationaux, d'envisager d'adopter une législation s'inspirant de la Loi type;

4. *Note avec une satisfaction particulière* que la Commission a terminé et adopté le Guide juridique pour les opérations internationales d'échanges compensés[3];

5. *Recommande* aux parties qui font des opérations internationales d'échanges compensés d'utiliser le Guide juridique;

6. *Recommande également* de ne négliger aucun effort pour faire largement connaître le Guide juridique et pour qu'il soit possible de se le procurer;

7. *Note avec satisfaction* l'entrée en vigueur, le 1er novembre 1992, de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg)[4] et prie le Secrétaire général d'intensifier ses efforts pour encourager un plus grand nombre d'Etats à adhérer à la Convention;

8. *Réaffirme* que la Commission, en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine afin d'éviter un gaspillage d'efforts et de favoriser l'efficacité, la cohésion et la cohérence dans l'unification et l'harmonisation du droit commercial international et, à cet égard, recommande que la Commission continue, par l'intermédiaire de son secrétariat, à coopérer étroitement avec les autres organes et organismes internationaux, y compris les organismes régionaux, qui s'occupent de droit commercial international;

9. *Réaffirme* l'importance, en particulier pour les pays en développement, de l'œuvre que la Commission accomplit en matière de formation et d'assistance dans le domaine du droit commercial international et réaffirme qu'il est souhaitable que la Commission parraine des séminaires et des colloques afin de promouvoir cette formation et cette assistance, et, à cet égard :

a) Remercie la Commission d'avoir organisé deux séminaires sur le droit commercial international, l'un à Suva, du 21 au 25 octobre 1991, et l'autre à Mexico, les 20 et 21 février 1992, et remercie également les gouvernements dont les contributions ont permis à ces séminaires d'avoir lieu;

b) Invite les gouvernements, les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies, les organisations, les institutions et les particuliers à verser des contributions volontaires au fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et, le cas échéant, pour financer des projets spéciaux et aider de toute autre manière le secrétariat de la Commission à financer et organiser des séminaires et des colloques, en particulier dans les pays en développement, ainsi que pour accorder des bourses à des candidats de pays en développement de façon à leur permettre de participer à ces séminaires et colloques;

10. *Remercie* la Commission d'avoir organisé dans le cadre des activités de la Décennie des Nations Unies pour le droit international, un congrès tenu à New York du 18 au 22 mai 1992, pendant la dernière semaine de sa vingt-cinquième session, sur le thème "Un droit commercial uniforme au XXIe siècle", à l'occasion duquel ont pu être utilement évalués les progrès réalisés jusqu'ici vers l'unification et l'harmonisation du droit commercial international et qui aidera la Commission et d'autres organisations qui travaillent à l'unification et à l'harmonisation du droit commercial international à orienter leurs travaux futurs;

11. *Invite de nouveau* les Etats qui ne l'ont pas encore fait à envisager de signer ou de ratifier les conventions élaborées sous les auspices de la Commission, ou d'y adhérer;

12. *Prie* la Cinquième Commission, afin d'assurer la pleine participation de tous les Etats Membres, de continuer à envisager d'accorder, dans la limite des ressources existantes, une aide au titre des frais de voyage aux pays les moins avancés qui sont membres de la Commission, ainsi que, à titre exceptionnel et sur leur demande, à d'autres pays en développement qui sont membres de celle-ci, en consultation avec le Secrétaire général, pour leur permettre de participer aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail;

13. *Recommande* que la Commission s'attache particulièrement à rationaliser l'organisation de ses travaux et envisage à cet effet toutes les possibilités, en particulier la tenue de réunions consécutives de ses groupes de travail;

14. *Prie* le Secrétaire général de lui présenter à sa quarante-huitième session un rapport sur l'application des paragraphes 12 et 13 ci-dessus.

73e séance plénière
25 novembre 1992

[2] *Ibid.*, annexe I.

[3] *Ibid.*, chap. III.

[4] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, Hambourg, 6-31 mars 1978* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.80.VIII.1), document A/CONF.89/13, annexe I.

I. PAIEMENTS INTERNATIONAUX

A. Projet de loi type sur les virements internationaux : propositions pour l'examen final : note du Secrétariat (A/CN.9/367) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-2
I. DÉLAIS	3-36
A. Définition et durée de la période d'exécution	4-15
1. Définition de la "période d'exécution", article 2 *k*	4-6
2. Délai d'exécution de l'ordre de paiement accepté selon la procédure normale	7-9
3. Délai d'exécution pour l'ordre de paiement réputé accepté	10-11
4. Délai d'exécution de l'ordre de paiement où figurent des instructions quant au moment de l'exécution	12-15
B. Application de l'article 10 à la banque du bénéficiaire	16-20
C. Interprétation du terme "jour ouvré"	21-23
D. Délai pour donner avis du rejet et conséquences d'une défaillance	24-31
1. Banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire	24-30
2. Banque du bénéficiaire	31
E. Moment à compter duquel il doit y avoir valeur	32-35
F. Remaniement proposé pour les paragraphes 1, 1 *bis* et 1 *ter* de l'article 10	36
II. QUESTIONS DIVERSES	37-58
A. Agences et établissements distincts d'une banque	37-38
B. Définition du "virement", article 2 *a*	39-42
C. Définition de l'"exécution", article 2-1	43-44
D. Définition de l'"intérêt", article 2 *n*	45
E. Obligations de l'expéditeur, article 4	46-50
1. Article 4-2	46
2. Article 4-3	47
3. Article 4-5	48-50
F. Paiement de la banque réceptrice, article 5	51-55
1. "Pour l'application de la présente loi"	51
2. Moment où le fait que le crédit peut être utilisé entraîne paiement, article 5 *b* i et ii	52-54
3. Moment où le crédit porté sur un compte est utilisé, sous-alinéas i et ii de l'article 5 *b*	55
G. Révocation, article 11	56-57
1. Paragraphes 1 et 2	56
2. Paragraphe 6	57
H. Devoir d'assistance, article 14	58

INTRODUCTION

1. A sa vingt-quatrième session, la Commission a examiné 15 des 18 articles du projet de Loi type sur les virements internationaux dont le texte avait été établi par le Groupe de travail des paiements internationaux. Dans la perspective de l'examen final du projet de Loi type par la Commission, le Secrétariat a passé en revue les articles déjà adoptés afin d'inventorier les problèmes d'ordre technique qui pourraient se poser. Les problèmes ainsi

inventoriés sont le plus souvent d'ordre rédactionnel, mais des problèmes de fond ont été relevés qui parfois même font intervenir des considérations de principe.

2. Les problèmes les plus importants qu'a recensés le Secrétariat ont trait aux divers délais que fixe la Loi type. Pour que les questions examinées apparaissent plus clairement, on a présenté dans la première partie le régime des délais, de manière relativement détaillée, et on y a mis en relief les problèmes posés par ce régime, dont la Commission voudra peut-être se saisir. Dans certains cas, des solutions à ces problèmes sont proposées. Les autres problèmes qu'a relevés le Secrétariat sont présentés dans la deuxième partie de la présente note.

I. DÉLAIS

3. La Loi type fixe des délais durant lesquels la banque réceptrice doit accomplir un certain nombre d'actes. Ces délais sont interdépendants, ce qui en rend souvent la compréhension difficile. Le délai de base à partir duquel les autres délais doivent être calculés est la "période d'exécution".

A. Définition et durée de la période d'exécution

1. Définition de la "période d'exécution", article 2 k

4. L'article 2 *k* qu'a adopté la Commission à sa vingt-quatrième session est ainsi rédigé :

> " Par 'période d'exécution', on entend la période d'un ou deux jours commençant le premier jour où un ordre de paiement peut être exécuté en application de l'article 10-1 et se terminant le dernier jour où un ordre peut être exécuté en application dudit article, dans l'hypothèse où il est accepté dès réception."

5. La Commission pourrait tenter de trouver une formulation plus claire. Ainsi, on pourrait dire de la période d'exécution qu'elle se termine "à la fin du" dernier jour où un ordre peut être exécuté. Par ailleurs, le sens du dernier membre de phrase : "dans l'hypothèse où il est accepté dès réception" ne semble pas clair (voir plus loin les paragraphes 11 et 24 à 28).

6. La définition proposée, comme l'obligation dont elle dépend qu'énonce l'article 10-1, couvre les trois situations de fait distinctes décrites ci-après : i) l'ordre de paiement ne contient aucune indication quant au moment où il doit être exécuté et il est accepté selon la procédure normale, ii) l'ordre de paiement est réputé accepté en application de l'article 6-2 *e* ou 8-1 *h*, et iii) l'ordre de paiement comporte une indication quant au moment où il doit être exécuté.

2. Délai d'exécution de l'ordre de paiement accepté selon la procédure normale

7. L'article 10-1 dispose que l'ordre de paiement ne comportant aucune indication quant au moment où il doit être exécuté doit l'être au plus tard le jour ouvré suivant le jour où il a été reçu. Le délai normal d'exécution est donc de deux jours ouvrés.

8. Bien que le texte actuel ait été adopté par la Commission à sa vingt-quatrième session, la règle selon laquelle le délai d'exécution normal court dès réception de l'ordre de paiement par la banque réceptrice remonte au premier projet de loi type. La règle énoncée à l'article 10-1 ne tient pas expressément compte du fait qu'en vertu de l'article 7 une banque réceptrice n'est tenue d'exécuter un ordre de paiement que si elle l'a accepté. Le Groupe de travail était d'avis que l'article 10-1 ne prévoyait de délai pour l'exécution de l'ordre de paiement que si celui-ci avait été accepté (A/CN.9/346, par. 6 du commentaire de l'article 10), avis auquel semble s'être rangée la Commission à sa vingt-quatrième session. La Commission souhaitera peut-être que cette interprétation du texte apparaisse de manière plus explicite (voir le remaniement proposé plus loin au paragraphe 36).

9. *Durée du délai d'exécution après acceptation en application des alinéas* a *à* d *de l'article 6-2*. Le délai d'exécution prévu à l'article 10-1 courant à compter du moment de la réception et non du moment de l'acceptation, la durée du délai d'exécution après acceptation varie en fonction de la manière dont l'ordre de paiement est accepté. Fondamentalement, trois cas de figure sont envisageables. Premièrement, l'alinéa *c* de l'article 6-2 disposant qu'une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement en y donnant suite, il n'y aura pas de délai d'exécution après l'acceptation et il n'y en aura nul besoin. Deuxièmement, lorsque l'ordre de paiement est accepté dès réception en application de l'alinéa *a* de l'article 6-2, c'est-à-dire lorsqu'en vertu d'un accord préalable la banque réceptrice "exécute dès réception les ordres de paiement émanant de l'expéditeur" la banque a jusqu'à deux jours ouvrés après acceptation pour exécuter l'ordre de paiement si la règle normale qu'énonce l'article 10-1 est jugée applicable. Pour un examen plus détaillé de ce cas de figure, on se reportera au paragraphe 15 ci-après où l'on suggère en outre qu'une règle différente pourrait s'appliquer. Troisièmement, si avant la fin du jour ouvré après réception, il y a acceptation du fait de l'un des actes volontaires énoncés à l'alinéa *b* ou *d* de l'article 6-2, le délai d'exécution expire à la fin du jour ouvré après réception. Aussi, la banque réceptrice aura-t-elle un délai d'exécution après acceptation qui ira d'un maximum de deux jours ouvrés pleins à un minimum de quelques minutes.

3. Délai d'exécution pour l'ordre de paiement réputé accepté

10. Les problèmes que pose la détermination du moment où un ordre de paiement est réputé accepté en application de l'alinéa *e* de l'article 6-2 (ou de l'alinéa *h* de l'article 8-1 dans le cas de la banque du bénéficiaire) sont examinés plus loin aux paragraphes 24 à 28. On notera simplement ici que les articles 6-3 et 8-2 disposent que la banque réceptrice qui a reçu paiement pour l'ordre de paiement doit soit l'accepter, soit donner avis du rejet avant la fin du deuxième jour ouvré après réception. Si elle ne fait ni l'un

ni l'autre, l'alinéa *e* de l'article 6-2 et l'alinéa *h* de l'article 8-1 disposent que l'ordre de paiement est réputé accepté à ce moment.

11. L'article 10-1 disposant que l'ordre de paiement doit être exécuté avant la fin du premier jour ouvré après réception, au moment de l'acceptation présumée, la banque réceptrice est déjà en retard vis-à-vis de son obligation d'exécuter l'ordre. Cette situation, qui découle d'une application littérale de l'article 10-1, semble avoir été voulue par la Commission. Tout doute est d'ailleurs écarté par la dernière partie de la définition actuelle de la "période d'exécution" à l'article 2 *k*, à savoir "dans l'hypothèse où il est accepté dès réception". Le groupe de rédaction a ajouté ce membre de phrase à la vingt-quatrième session pour régler le problème résultant du fait que la règle de l'acceptation présumée qu'énoncent les articles 6-2 *e* et 8-1 *h* dépend de l'expiration du délai d'exécution, alors que l'application du délai d'exécution à l'article 10-1 dépend de l'acceptation de l'ordre de paiement par la banque réceptrice. Les problèmes qui se posent à propos de la durée du délai d'exécution dans le cas de l'acceptation présumée sont encore accentués lorsque l'expéditeur règle l'ordre de paiement après la fin du deuxième jour ouvré suivant le jour ouvré où la banque réceptrice a reçu l'ordre de paiement (pour un examen plus détaillé de ce point, on se reportera aux paragraphes 24 et 25 ci-après).

4. Délai d'exécution de l'ordre de paiement où figurent des instructions quant au moment de l'exécution

12. L'alinéa *a* de l'article 10-1 dispose qu'un ordre de paiement indiquant qu'il doit être exécuté à une date postérieure au jour ouvré suivant le jour de réception doit être exécuté à la date indiquée. Si on appliquait littéralement le texte, toute instruction selon laquelle l'ordre de paiement doit être exécuté le jour de la réception resterait sans effet; le délai d'exécution commencerait à la fin du jour ouvré après réception. Ceci est le résultat intempestif de la modification du délai d'exécution normal, la règle de l'exécution le jour même, qu'énonçait le projet établi par le Groupe de travail, ayant été remplacée par une règle prévoyant l'exécution le jour suivant dans le texte adopté par la Commission à sa vingt-quatrième session. Ce changement semble avoir été opéré sans que l'ajustement requis ait été apporté au texte de l'alinéa *a* de l'article 10-1. Un tel ajustement est proposé dans la version remaniée de cet alinéa (voir plus loin le paragraphe 36).

13. L'alinéa *b* de l'article 10-1 énonce une règle proche de celle qu'énonce l'alinéa *a*, mais pour le cas où l'ordre indique une date à laquelle les fonds doivent être placés à la disposition du bénéficiaire. Toutefois, l'application du texte actuel de l'alinéa *b* à un ordre de paiement particulier pourrait créer une obligation d'exécution le jour de la réception et aucun changement ne semble devoir être apporté au texte.

14. Même si l'alinéa *a* de l'article 10-1 était modifié de la manière proposée au paragraphe 36, ou si l'on se plaçait dans le cas prévu par le texte actuel de l'alinéa *b*, l'obligation de la banque réceptrice n'apparaîtrait pas très clairement si l'application du texte aboutissait à un délai d'exécution expirant avant le jour de réception de l'ordre de paiement. Or, on peut aisément imaginer une telle situation. Bien entendu, la banque réceptrice pourrait et devrait rejeter l'ordre de paiement ou demander de nouvelles instructions. Au cas où elle s'abstiendrait d'agir, le texte actuel pourrait être interprété comme disposant que la banque réceptrice a reçu "un ordre de paiement [qui] ne peut pas être exécuté en raison de l'insuffisance des données" et que la banque a l'obligation de donner avis en application de l'article 7-4 ou 9-2, ou le texte actuel pourrait être interprété de telle sorte que le non-rejet de l'ordre de paiement aboutirait à une acceptation présumée dudit ordre. Pour le Secrétariat, la première interprétation est préférable car la banque réceptrice ne connaît pas le pourquoi de la date d'exécution, et il peut arriver que le donneur d'ordre souhaite que l'ordre ne soit pas accepté ou exécuté dès lors qu'il ne peut pas l'être à la date voulue. La Commission pourra se demander s'il ne serait pas nécessaire d'apporter des mofidications au texte actuel pour que l'interprétation appropriée en ressorte clairement.

15. *L'expéditeur et la banque réceptrice ont convenu que la banque exécuterait dès reception les ordres de paiement émanant de l'expéditeur.* L'alinéa *a* de l'article 6-2 et l'alinéa *a* de l'article 8-1 disposent que, si l'expéditeur et la banque réceptrice ont convenu que la banque exécuterait dès réception les ordres de paiement émanant de l'expéditeur, l'ordre de paiement est accepté dès réception. Ces dispositions ont été rédigées à dessein pour couvrir le cas particulier du Clearing House Automated Payments Systems (CHAPS), même si elles s'appliqueront vraisemblablement à un grand nombre d'accords bilatéraux et multilatéraux entre banques et entre banques et clients. Toutefois les alinéas 6-2 *a* et 8-1 *a* ne régissent que l'acceptation de l'ordre de paiement et non l'obligation de l'exécuter, et l'article 10-1 ne prévoit pas ce cas. Pour qu'un ordre de paiement soit assorti d'un délai d'exécution autre que le délai normal de deux jours se terminant le jour ouvré après la réception, il faudrait que l'ordre de paiement lui-même l'indique. Même si un accord du type en question pourrait être considéré comme une dérogation conventionnelle aux droits et obligations des parties à un virement au sens de l'article 3, il serait préférable de prévoir aussi ce type particulier d'accord à l'article 10-1 (voir le texte proposé au paragraphe 36).

B. Application de l'article 10 à la banque du bénéficiaire

16. On ne sait pas très bien si l'article 10 doit s'appliquer en général à la banque du bénéficiaire. Une des raisons qui militent en faveur de l'application générale de l'article 10 à la banque du bénéficiaire est le fait que la définition de la "banque réceptrice" à l'article 2 *g* englobe la banque du bénéficiaire. Hormis les cas où tel ou tel paragraphe de l'article 10 exclurait expressément l'application de cet article à la banque du bénéficiaire, celui-ci s'appliquerait donc automatiquement.

17. Il semble que deux dispositions précises de l'article 10 aient été conçues pour s'appliquer à la banque du bénéficiaire. Premièrement, l'article 8-2 fait obligation à la

banque du bénéficiaire qui a reçu paiement pour un ordre de paiement mais qui ne l'accepte pas "de donner avis du rejet au plus tard le jour ouvré suivant la fin de la période d'exécution". La période d'exécution étant définie à l'article 2 *k* en fonction des délais énoncés à l'article 10-1, l'article 8-2 ne pourrait s'appliquer que si l'article 10-1 s'appliquait lui-même à la banque du bénéficiaire. Deuxièmement, l'article 10-2 énonce des délais correspondants à des types d'avis qui ne peuvent être donnés que par la banque du bénéficiaire.

18. L'un des arguments, d'ordre rédactionnel, qui militent contre l'application générale de l'article 10 à la banque du bénéficiaire est que le mot "exécution", tel qu'il est défini à l'article 2 *l*, n'inclut pas expressément les mesures que doit prendre la banque du bénéficiaire même si, comme on l'indique plus loin au paragraphe 43, la définition de "l'exécution" est rédigée de telle sorte que ce mot s'applique aussi à la banque du bénéficiaire, sans toutefois que l'on sache de quelle manière. Autre élément, plus important cette fois, la Loi type repose sur le principe général selon lequel elle ne doit pas porter atteinte à la relation entre bénéficiaire et banque du bénéficiaire. En vertu de ce principe, contrairement à ce qui a été dit au paragraphe 17, le délai d'exécution de l'ordre de paiement à l'article 10-1 ne devrait pas s'appliquer à la banque du bénéficiaire. A ce propos, on se reportera notamment à l'article 10-1 *ter* examiné au paragraphe 19, et à l'article 9-1 ainsi rédigé :

> "La banque du bénéfiaire qui accepte un ordre de paiement est tenue de placer les fonds à la disposition du bénéficiaire, ou d'utiliser le crédit de toute autre manière, conformément à l'ordre de paiement et à la loi régissant la relation entre elle et le bénéficiaire."

19. Le paragraphe 1 *ter*, relatif à la date à laquelle la banque réceptrice doit exécuter l'ordre de paiement avec valeur, ne s'applique pas expressément à la banque du bénéficiaire. On peut supposer que le groupe de rédaction, lors de la vingt-quatrième session de la Commission où le paragraphe 1 *ter* a été rédigé, a jugé qu'il n'était pas nécessaire d'énoncer une règle s'appliquant à la banque du bénéficiaire. Le paragraphe 1 *ter* ne s'appliquant pas à la banque du bénéficiaire, il semblerait que le paragraphe 1 *bis* ne doive pas non plus s'y appliquer.

20. La question de l'application de l'article 10 à la banque du bénéficiaire ne semblant pas avoir été réglée, le remaniement du paragraphe 1 de l'article 10 que propose le Secrétariat au paragraphe 36 n'apporte, sur ce point, aucun changement au texte existant. La Commission, toutefois, voudra peut-être examiner chacun des paragraphes de l'article 10 avant de déterminer s'il s'applique ou non à la banque du bénéficiaire.

C. Interprétation du terme "jour ouvré"

21. Le terme "jour ouvré" est utilisé aux articles 5 *b* i et ii, 6-3 et 6-4, 8-2 et 8-3 et 10-1, 10-1 *bis* et 10-2 pour indiquer le jour où certains actes doivent être accomplis. Ce terme n'est pas défini et on ne trouve nulle part dans le rapport sur les travaux de la vingt-quatrième session, au cours de laquelle il a été décidé d'employer ce terme, d'indication quant aux jours qui seraient considérés comme des jours ouvrés (A/46/17, par. 203). On peut estimer qu'un jour ouvré est un jour où la banque en question exécute le type d'action visé dans la disposition en question. Selon une telle interprétation, dans un Etat donné, toutes les banques pourraient avoir les mêmes jours ouvrés ou ceux-ci pourraient varier d'une banque à l'autre, voire varier en fonction des différentes activités dont s'acquitte une même banque. Cette interprétation serait conforme à la terminologie des paragraphes 4 et 5 de l'article 10 où l'on fait état du "jour où [la banque] exécute ce type d'action" sans employer le terme "jour ouvré".

22. Aussi propose-t-on que le terme "jour ouvré" soit défini comme suit : Par "jour ouvré", on entend le jour où la banque exécute le type d'opération bancaire en question.

23. Si la Commission adopte cette définition du "jour ouvré", ce terme pourrait aussi être utilisé aux paragraphes 4 et 5 de l'article 10. Toutefois, la définition individualisée de "jour ouvré", proposée ci-dessus, pourrait rendre superflue la disposition qu'énonce le paragraphe 5.

D. Délai pour donner avis du rejet et conséquences d'une défaillance

1. Banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire

24. Si la banque réceptrice ne reçoit jamais le paiement pour l'ordre de paiement et n'accepte ni ne rejette l'ordre de paiement, l'article 6-4 dispose que l'ordre de paiement cesse d'être valable à la fermeture des bureaux, le cinquième jour ouvré, suivant la fin de la période d'exécution, c'est-à-dire à la fermeture des bureaux le sixième jour ouvré après le jour ouvré de réception.

25. L'article 6-3 dispose que la banque réceptrice qui reçoit le paiement correspondant à un ordre de paiement (avant la fin du sixième jour ouvré après le jour ouvré de réception), mais qui n'accepte pas l'ordre en application des alinéas *a* à *d* de l'article 6-2, est tenue de donner avis du rejet au plus tard le jour ouvré suivant la fin de la période d'exécution. On peut plus aisément comprendre le fonctionnement de cette disposition si l'on se place dans l'hypothèse où la banque réceptrice reçoit simultanément l'ordre de paiement et le paiement correspondant. En vertu de l'article 2 *k*, la période d'exécution se termine à la fin du jour ouvré suivant le jour ouvré de réception. Aussi la banque réceptrice est-elle tenue de donner avis de rejet au plus tard le deuxième jour ouvré après le jour ouvré de réception. Si elle ne donne pas l'avis de rejet requis, la banque réceptrice est réputée avoir accepté l'ordre de paiement conformément à l'article 6-2 *e* à ce moment, c'est-à-dire à la fin du deuxième jour ouvré suivant le jour ouvré de réception. Comme on l'a noté plus haut au paragraphe 11, en vertu de l'article 10-1, la banque sera tenue d'exécuter l'ordre avant la fin du premier jour ouvré après le jour ouvré de réception, c'est-à-dire le jour précédent l'acceptation présumée.

26. La pertinence du délai d'exécution et des délais fixés pour donner avis du rejet semble particulièrement contestable dans les cas où la banque réceptrice reçoit paiement

pour l'ordre de paiement après réception dudit ordre. Ainsi, si le paiement était reçu le troisième jour ouvré suivant le jour ouvré de réception de l'ordre de paiement, l'ordre de paiement serait toujours valable.

27. Si la banque acceptait promptement l'ordre en expédiant son propre ordre de paiement à une banque intermédiaire appropriée ou à la banque du bénéficiaire (art. 6-2 *c*), c'est-à-dire en exécutant l'ordre (art. 2-1), elle le ferait le troisième jour ouvré après réception de l'ordre de paiement, soit deux jours après qu'elle était tenue de l'exécuter en application de l'article 10-1. De la même manière, la banque manquerait déjà à ses obligations quant au moment de l'exécution en vertu de l'article 10-1, si elle acceptait immédiatement l'ordre de paiement en vertu de l'article 6-2 *b* ou *d*. Le problème ne se pose pas lorsque l'acceptation a lieu en vertu de l'article 6-2 *a*; la situation qui se produit en vertu de l'article 6-2 *e* est examinée ci-après.

28. Si la banque n'acceptait pas l'ordre de paiement, elle serait tenue de donner avis du rejet au plus tard le jour ouvré suivant la fin du délai d'exécution. Comme on l'a noté plus haut au paragraphe 25, l'avis de rejet doit être donné au plus tard le deuxième jour ouvré après réception de l'ordre de paiement, c'est-à-dire le jour précédent la réception du paiement dans l'exemple donné. L'article 6-2 *e* dispose en outre que l'ordre de paiement est accepté lorsque le délai prévu pour donner avis du rejet s'est écoulé sans qu'un avis ait été donné, c'est-à-dire le jour précédant la réception du paiement dans l'exemple donné. Aussi, non seulement le délai d'exécution prévu à l'article 10 serait-il expiré, mais l'application littérale du texte actuel rendrait-elle rétroactive l'acceptation présumée.

29. On notera, toutefois, qu'il existe une règle distincte à l'article 10-1 *ter* quant au jour où la banque réceptrice doit exécuter l'ordre de paiement avec valeur lorsqu'elle l'a accepté conformément à l'article 6-2 *e*. On se reportera au paragraphe 36 ci-dessous.

30. La Commission voudra peut-être se demander si ces résultats sont appropriés et, dans la négative, se pencher sur les changements qu'elle pourra souhaiter apporter à la Loi type.

2. *Banque du bénéficiaire*

31. Même s'il n'apparaît pas clairement, comme cela est indiqué plus haut au paragraphe 17, que l'article 10-1 doive s'appliquer à la banque du bénéficiaire, le délai pour donner avis de rejet est le même pour la banque du bénéficiaire en application de l'article 8-2 que pour les autres banques réceptrices en application de l'article 6-3. Aussi l'argumentation développée aux paragraphes 25 et 26 est-elle pleinement applicable au délai qu'a la banque du bénéficiaire pour donner avis du rejet en application de l'article 8-2 et à "l'acceptation présumée" de l'ordre de paiement en application de l'article 8-1 *h*. Les problèmes que soulève le délai d'exécution par la banque du bénéficiaire se poseraient également si le délai d'exécution qu'énonce l'article 10-1 s'appliquait aussi à la banque du bénéficiaire.

E. Moment à compter duquel il doit y avoir valeur

32. Suite à la décision d'inclure dans le délai d'exécution normal le jour ouvré suivant le jour de réception de l'ordre de paiement, un nouveau paragraphe 1 *bis* a été ajouté à l'article 10 qui, sous réserve des exceptions qui sont examinées plus loin au paragraphe 34, dispose que :

> "Si la banque réceptrice exécute l'ordre de paiement le jour ouvré suivant le jour où elle le reçoit, [...] elle doit l'exécuter avec valeur à compter du jour de réception."

33. Même si la Commission souhaitait, de toute évidence, adopter un principe général selon lequel dans les cas normaux, c'est-à-dire lorsqu'une banque réceptrice accepte un ordre de paiement en l'exécutant, la date de valeur doit être le jour ouvré de réception, la disposition ci-dessus ne le dit pas expressément. Par sa formulation, elle ne s'applique ni au cas où l'ordre de paiement est exécuté le jour de la réception, ni au cas où l'ordre de paiement est exécuté le deuxième jour après réception (on se reportera au paragraphe 36 ci-après pour prendre connaissance de la version remaniée proposée par le Secrétariat).

34. L'article 10-1 *bis* dispose qu'il ne s'applique pas si l'ordre de paiement indique une date précise à laquelle il doit être exécuté, ou une date précise à laquelle les fonds doivent être placés à la disposition du bénéficiaire. On peut en déduire que pour la banque réceptrice la date de valeur doit coïncider avec le jour où elle est tenue d'exécuter l'ordre de paiement en vertu de l'alinéa *a* ou *b* de l'article 10-1, et c'est ce que dispose la version remaniée de l'article 10-1 *bis* proposée au paragraphe 36.

35. L'article 10-1 *ter*, plutôt que l'article 10-1 *bis*, s'applique à une banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire lorsqu'elle a accepté l'ordre de paiement en vertu de l'article 6-2 *e* en ne donnant pas l'avis de rejet requis. En pareil cas, la banque réceptrice doit exécuter avec valeur à compter de la date à laquelle elle a reçu paiement, c'est-à-dire le jour où son obligation d'accepter ou de rejeter l'ordre de paiement est née (hormis le cas rare où le paiement a été effectué avant réception de l'ordre de paiement par la banque réceptrice; à rapprocher de l'acceptation rétroactive possible de l'ordre de paiement, décrite plus haut au paragraphe 26). Cette disposition semble fonctionner correctement, à l'exception du cas où le paiement serait effectué avant réception de l'ordre de paiement, pour lequel une légère modification est proposée au paragraphe 36. Comme on l'a noté plus haut au paragraphe 19, l'article 10-1 *ter* ne s'applique pas à la banque du bénéficiaire parce qu'on a vraisemblablement estimé que la question sortait du champ d'application de la Loi type.

F. Remaniement proposé pour les paragraphes 1, 1 *bis* et 1 *ter* de l'article 10

36. On trouvera ci-après la version remaniée des paragraphes 1, 1 *bis* et 1 *ter* de l'article 10, proposée conformément aux considérations qui viennent d'être exposées :

"Article 10

"1. En principe, la banque réceptrice *qui est tenue d'exécuter un ordre de paiement en application de l'article 7-2 [ou de l'article 9-1] est tenue de le faire* le jour ouvré où elle le reçoit. Toutefois, si elle ne le fait pas, elle l'exécute le jour ouvré suivant le jour où elle a reçu l'ordre de paiement, sauf si :

"*a)* une date *différente* est indiquée sur l'ordre de *paiement ou dans un accord séparé conclu entre l'expéditeur et la banque réceptrice,* auquel cas *l'ordre de paiement* est exécuté à cette date; ou si

"*b)* l'ordre indique une date à laquelle les fonds doivent être placés à la disposition du bénéficiaire et qu'il s'ensuit qu'une exécution postérieure est appropriée pour que la banque du bénéficiaire puisse accepter un ordre de paiement et l'exécuter à cette date.

"1 *bis. Une banque réceptrice qui est tenue d'exécuter un ordre de paiement doit l'exécuter avec valeur à compter du jour de réception,* sauf dans les cas où elle le fait en application de l'alinéa *a* ou *b* du paragraphe 1, *auquel cas elle doit l'exécuter avec valeur à compter du premier jour du délai d'exécution indiqué, ou lorsque le paragraphe 1* ter *s'applique.*

"1 *ter. Une banque réceptrice qui est tenue d'exécuter un ordre de paiement parce qu'elle l'a accepté en application de l'article 6-2* e *doit l'exécuter avec valeur au plus tard le jour où l'ordre de paiement est reçu ou* le jour où

"*a)* lorsque le paiement doit être effectué par débit d'un compte de l'expéditeur auprès de la banque réceptrice, il y a suffisamment de fonds sur le compte pour régler l'ordre de paiement; ou

"*b)* lorsque le paiement doit être effectué par d'autres moyens, le paiement a été effectué."

II. QUESTIONS DIVERSES

A. Agences et établissements distincts d'une banque

37. A sa dix-huitième session, le Groupe de travail a décidé que la définition de "banque" ne devait plus mentionner le fait que les agences d'une banque étaient considérées comme des banques distinctes, mais qu'il fallait se demander pour chaque disposition de fond si les agences devaient être considérées comme des banques. Aussi trouve-t-on des dispositions à cet effet aux articles 1er-3, 7-6, 10-6, 11-9 et 18-3.

38. Au paragraphe 43 du commentaire de l'article 2, dans le document A/CN.9/346, on a indiqué que la question pourrait se poser dans d'autres dispositions, telles que les articles 12 à 14. Pour le Secrétariat, il n'y a pas dans la Loi type de disposition qui pose des questions de principe particulières dont il découlerait qu'une agence ou un établissement distinct d'une banque ne doivent pas être considérés comme étant une banque distincte. Aussi la Commission voudra-t-elle peut-être, après réflexion, énoncer une règle générale à cet effet et supprimer les cinq dispositions séparées.

B. Définition du "virement", article 2 *a*

39. Les deux premières phrases de la définition du "virement" adoptée par le Groupe de travail et soumise à la Commission étaient les suivantes :

"Par 'virement', on entend la série d'opérations commençant avec l'ordre de paiement du donneur d'ordre et ayant pour but de placer des fonds à la disposition du bénéficiaire. Cette définition inclut tout ordre de paiement émis par la banque du donneur d'ordre ou toute banque intermédiaire pour donner suite à l'ordre de paiement du donneur d'ordre."

40. A la vingt-quatrième session de la Commission, la première partie de la première phrase a été modifiée comme suit :

"Par 'virement', on entend un ou plusieurs ordres de paiement, à partir de l'ordre de paiement du donneur d'ordre, ..."

41. Il est indiqué dans le rapport sur les travaux de la vingt-quatrième session que ce changement a pour objet de rendre la définition plus précise et de répondre à la préoccupation qui avait motivé la proposition tendant à ce que la deuxième phrase de la définition soit supprimée (A/46/17, par. 28). Pour le Secrétariat, le texte antérieur était plus précis. Le virement se compose d'une série d'opérations, y compris l'émission d'ordres de paiement et le paiement de ces ordres. Cet état de fait est mieux rendu par la première phrase du texte antérieur que par la première phrase du texte actuel.

42. La Commission voudra peut-être en outre se demander si l'on ne pourrait pas mieux répondre aux préoccupations exprimées lors de la vingt-quatrième session en faisant état dans la première phrase de l'ancienne définition, énoncée au paragraphe 39, de "l'émission de l'ordre de paiement du donneur d'ordre" et dans la deuxième phrase de "l'émission de tout ordre de paiement par la banque du donneur d'ordre ou toute banque intermédiaire pour donner suite à l'ordre de paiement du donneur d'ordre". Un tel changement pourrait être considéré comme correspondant mieux aux mots "série d'opérations" qui figurent dans la première phrase de l'ancienne définition.

C. Définition de l'"exécution", article 2 *l*

43. La définition de l'"exécution" à l'article 2 *l*, qui est placé entre crochets, ne renvoie qu'aux actions que doit accomplir une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire. Toutefois, la définition indique que le mot peut s'appliquer aussi à la banque du bénéficiaire, sans pour autant préciser comment (pour l'examen de ce point lors de la vingt-quatrième session, voir les paragraphes 75 à 81 du document A/46/17).

44. Pour une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire, un ordre de paiement est exécuté lorsque "un ordre de paiement destiné à donner suite à l'ordre de paiement reçu par la banque réceptrice" est émis. Aussi l'ordre de paiement reçu serait-il "exécuté" même si un

ordre de paiement incorrect était émis ou qu'un ordre de paiement était émis à l'intention de la mauvaise banque. Cette définition semble tirer sa source de l'article 6-2 *c*, où la question qui se pose est de savoir si la banque réceptrice a accepté l'ordre de paiement reçu. Toutefois, dans la plupart des dispositions de la Loi type où le mot "exécuter" (ou "exécution") est employé, il l'est par rapport à l'obligation de la banque réceptrice en vertu de l'article 7-2. Dans cette disposition, la banque réceptrice doit émettre un ordre de paiement conforme à l'ordre de paiement reçu. Ce n'est que dans les articles 15 et 16-8 qu'il apparaît clairement que l'ordre de paiement peut avoir été exécuté de manière incorrecte, et ces deux dispositions en indiquent les conséquences. La Commission souhaitera peut-être demander si un ordre de paiement doit être considéré comme étant "exécuté" lorsqu'il ne donne pas suite à l'ordre de paiement reçu, même s'il a été émis à cette fin.

D. Définition de l'"intérêt", article 2 *n*

45. On a avancé que la formule "les banques" à laquelle il est fait référence pour le calcul du montant de l'intérêt dû n'était peut-être pas suffisamment claire. Cela n'aurait pas d'importance si les taux d'intérêt pour une monnaie donnée étaient identiques sur tous les marchés. Or, il est peu probable que les taux d'intérêt soient les mêmes sur tous les marchés pour les monnaies qui ne sont pas utilisées couramment dans les transactions commerciales et financières internationales. La question peut même se poser pour les monnaies qui sont couramment utilisées dans les transactions commerciales et financières internationales. Si la Commission décide que les banques visées doivent être désignées de manière plus précise, elle pourra choisir entre des formules telles que la communauté bancaire de la monnaie en cause, la communauté bancaire de la banque défaillante et la communauté bancaire de la banque à qui l'intérêt sera versé.

E. Obligations de l'expéditeur, article 4

1. Article 4-2

46. Littéralement, la "simple comparaison de signatures" effectuée en application de l'article 4-2 consisterait uniquement à la comparaison de la signature figurant sur l'ordre de paiement à un échantillon dont dispose la banque réceptrice. Lorsque la procédure d'authentification se résume à une "simple comparaison de signatures", la règle traditionnelle selon laquelle la banque est responsable d'un virement erroné ou frauduleux s'applique. Si l'authentification exige toute autre procédure, telle que la présentation d'une carte d'identité ou de garantie à l'employé de banque, elle ne se résume pas à une simple comparaison de signatures. La Commission voudra peut-être se demander si cette interprétation de ce que signifie la formule "simple comparaison de signatures" est correcte et modifier le texte si besoin est.

2. Article 4-3

47. Le paragraphe 3 de l'article 4 paraît peu clair. Il énoncerait plus clairement son objet, semble-t-il, s'il était rédigé comme suit :

"Les parties ne sont pas autorisées à convenir qu'un expéditeur apparent est lié en vertu du paragraphe 2 si, compte tenu des circonstances, l'authentification n'est pas commercialement raisonnable."

3. Article 4-5

48. Dans le rapport du Secrétariat soumis à la Commission à sa vingt-quatrième session, le Secrétariat proposait que le mot "erreur" désigne toutes les différences entre l'ordre de paiement tel qu'il était envisagé et l'ordre de paiement tel qu'il avait été reçu, quelle que soit la source de la différence (A/CN.9/346, par. 24 du commentaire de l'article 4). La Commission a estimé que le "paragraphe 5 visait les erreurs dans la transmission d'un ordre de paiement, et non [...] les modifications frauduleuses d'un ordre de paiement par un tiers" (A/46/17, par. 118).

49. La Commission voudra peut-être examiner plus avant cette proposition du Secrétariat. Il semblerait que pour le Secrétariat la question qui se pose au paragraphe 5 est celle de savoir si l'expéditeur et la banque réceptrice ont convenu d'une procédure de détection des ordres de paiement faisant double emploi ou des erreurs dans les ordres de paiement et si l'application de cette procédure par la banque réceptrice aurait détecté l'ordre de paiement faisant double emploi, ou l'erreur. Il est entendu que le paragraphe 5 ne s'applique que si la procédure d'authentification visée à l'article 4-2 a uniquement pour objet de vérifier la source d'un ordre de paiement et non son contenu. Rien dans la procédure envisagée au paragraphe 5 ne repose sur la raison qui explique l'erreur ou l'existence d'un ordre faisant double emploi. Il peut s'agir d'une erreur de l'expéditeur, d'un problème de transmission ou du comportement frauduleux d'un tiers. Le Secrétariat estime que le critère régissant l'application du paragraphe 5 est le même dans tous les cas, à savoir "l'utilisation de cette procédure par la banque réceptrice a ou aurait permis de déceler l'ordre faisant double emploi ou l'erreur".

50. En raison notamment de l'interprétation donnée au paragraphe 5 à la vingt-quatrième session, le Secrétariat propose que le mot "erreur" soit remplacé par le mot "anomalie".

F. Paiement de la banque réceptrice, article 5

1. "Pour l'application de la présente loi"

51. Bien que la formule liminaire de l'article 5 ait été adoptée par la Commission à sa vingt-quatrième session afin que l'article 5 ne puisse pas être appliqué aux questions sortant du champ d'application de la Loi type, telles que la faillite de l'expéditeur ou de la banque réceptrice (A/46/17, par. 124), on voit mal comment elle pourrait avoir l'effet escompté (voir les observations de la Finlande à la vingt-quatrième session, A/CN.9/347, p. 18 et 19). On pourrait même juger incongrue l'idée d'appliquer l'article 5 pour déterminer si l'expéditeur s'est acquitté de ses obligations vis-à-vis de la banque réceptrice en application de la Loi type, mais de ne pas l'appliquer pour déterminer si la

banque réceptrice avait une créance sur l'expéditeur dans une procédure de liquidation judiciaire de la banque réceptrice.

2. *Moment où le fait que le crédit peut être utilisé entraîne paiement, article 5* b *i et ii*

52. Les questions soulevées par la Finlande dans les observations formulées à la vingt-quatrième session, qui sont mentionnées plus haut au paragraphe 49, portaient principalement sur le paiement en application des sous-alinéas i et ii de l'article 5 *b*. La Commission voudra peut-être se pencher sur une manière toute autre d'aborder ces problèmes. La raison pour laquelle le paiement n'est considéré comme étant effectué à la banque réceptrice en application des sous-alinéas i et ii de l'article 5 *b* que lorsque celle-ci utilise le crédit ou qu'un délai s'est écoulé après qu'elle a été informée de l'inscription au crédit tient au fait que la banque réceptrice ne doit pas être contrainte d'accepter le crédit auprès de la banque expéditrice ou auprès de la banque tierce, selon le cas, même si elle a un compte à cette banque. Si on considère que le paiement est définitif au moment où le crédit est porté au compte, la banque réceptrice ne sera pas en mesure de contrôler ses engagements de crédit vis-à-vis de la banque en question. Autre solution envisageable : considérer le paiement comme ayant été effectué au moment où le compte de la banque réceptrice a été crédité, mais donner à la banque un délai pour rejeter ce crédit. On notera que le crédit serait, de toute façon, rejeté automatiquement si la banque réceptrice rejette le paiement en application de l'article 6-3 ou 8-2 dans le délai requis. Si cette approche était retenue, elle aurait des conséquences sur les divers délais découlant de la règle de l'acceptation présumée.

53. Si la Commission ne souhaite pas suivre l'approche proposée ci-dessus, elle devra, semble-t-il, réexaminer le libellé du texte actuel. Les deux sous-alinéas, qui sont identiques sur tous les points pertinents, disposent que le paiement est considéré comme ayant été effectué à une banque réceptrice "le jour ouvré suivant le jour où ce crédit peut être utilisé et où la banque réceptrice a connaissance de ce fait". Dans la pratique, cela signifie que l'événement pertinent est le fait pour la banque réceptrice d'avoir appris que le crédit peut être utilisé. Aussi doit-on partir du principe que le jour ouvré en question est le jour ouvré de la banque réceptrice. On doit aussi partir de l'hypothèse que le paiement est effectué à la banque réceptrice à la fin de ce jour ouvré plutôt qu'à une heure quelconque durant la journée. Faute de quoi, il n'y aurait pas de moment précis où le paiement est effectué.

54. Ces questions ont été examinées par le Groupe de travail à sa vingt-deuxième session sans que l'on soit arrivé à des conclusions fermes (A/CN.9/344, par. 72 à 80). Si la Commission souscrit aux conclusions du Secrétariat, on pourrait remanier la dernière clause des deux alinéas, qui serait ainsi rédigée :

> "à la fin du jour ouvré suivant le jour ouvré où la banque réceptrice prend connaissance du fait que le crédit peut être utilisé."

3. *Moment où le crédit porté sur un compte est utilisé, sous-alinéas i et ii de l'article 5* b

55. Au cours du même débat, le Groupe de travail a noté que, dans la plupart des cas, le crédit ne serait pas retiré, c'est-à-dire "utilisé", en pratique, car ce crédit et tout débit pouvant être considéré comme représentant leur retrait feraient partie d'une série continue d'opérations sur le compte (A/CN.9/344, par. 71). La question reste donc posée de savoir comment on peut déterminer que la banque réceptrice a utilisé un crédit précis. Si l'on s'en tient à l'article 5 sous sa forme actuelle, cette détermination doit être faite de toute autre manière autorisée par la loi applicable. La Commission voudra peut-être étudier la possibilité d'ajouter une disposition indiquant que les crédits portés sur un compte doivent être considérés comme ayant été retirés dans l'ordre dans lequel ils ont été portés au compte.

G. Révocation, article 11

1. *Paragraphes 1 et 2*

56. Selon le Secrétariat, ces deux paragraphes seraient d'une lecture plus aisée si la formule "si ce moment est postérieur" était supprimée et que les parties pertinentes des dispositions étaient rédigées de la manière suivante :

> "... au plus tard avant le moment effectif de l'exécution ou le commencement du jour où..."

et

> "... au plus tard avant le moment où le virement est achevé ou le commencement du jour où..."

2. *Paragraphe 6*

57. Par souci de clarté, il est proposé que les mots "à l'expéditeur précédent" soient remplacés par les mots "à son expéditeur".

H. Devoir d'assistance, article 14

58. On se rappellera que la Commission, à sa vingt-quatrième session, a "décidé qu'elle prendrait sa décision au sujet de cet article, lorsqu'elle aurait examiné les questions soulevées par les articles 16-5 et 17" (A/46/17, par. 272).

II. OPÉRATIONS INTERNATIONALES D'ÉCHANGES COMPENSÉS

A. Rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa vingt-troisième session

(New York, 3-10 septembre 1991) (A/CN.9/357) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-11
I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	12-13
II. EXAMEN DES PROJETS DE CHAPITRES DU GUIDE JURIDIQUE POUR L'ÉLABORATION DE CONTRATS INTERNATIONAUX D'ÉCHANGES COMPENSÉS	14-101
VII. Exécution de l'engagement d'échanges compensés (A/CN.9/332/Add.8)	18-29
VIII. Participation de tiers (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1)	30-39
X. Restrictions à la revente des marchandises (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2)	40-49
XI. Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3)	50-63
XIII. Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.4)	64-76
XIV. Choix de la loi applicable (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5)	77-85
XV. Règlement des litiges (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6)	86-92
Projets d'exemples de dispositions (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7)	93-101

INTRODUCTION

1. A sa dix-neuvième session (1986), lors de l'examen d'une note du Secrétariat intitulée "Travaux futurs concernant le nouvel ordre économique international" (A/CN.9/277), la Commission s'est penchée sur la question des échanges compensés. Un nombre considérable de délégations ont jugé qu'il fallait entreprendre des travaux sur cette question et le Secrétariat a été prié d'établir une étude préliminaire sur le sujet[1].

2. A sa vingt et unième session (1988), la Commission était saisie d'un rapport intitulé "Etude préliminaire des aspects juridiques des opérations internationales des échanges compensés" (A/CN.9/302). La Commission a décidé, à titre préliminaire, qu'il serait souhaitable d'établir un guide juridique sur l'élaboration des contrats d'échanges compensés. Afin qu'elle puisse être à même de décider des mesures qui pourraient être prises ultérieurement, la Commission a prié le Secrétariat d'établir, pour sa vingt-deuxième session, une ébauche de guide juridique (A/43/17, par. 32 à 35).

3. A sa vingt-deuxième session (1989), la Commission a examiné un rapport intitulé "Ebauche de la teneur et de la structure possibles d'un guide juridique pour l'élaboration de contrats internationaux d'échanges compensés" (A/CN.9/322). Il a été décidé que la Commission élaborerait ce guide et le Secrétariat a été prié d'établir pour la session suivante de la Commission des projets de chapitres du guide juridique (A/44/17, par. 245 à 249).

4. A sa vingt-troisième session (1990), la Commission a examiné les documents ci-après établis par son secrétariat : la structure proposée pour le guide juridique (A/CN.9/332, par. 6); une ébauche du chapitre d'introduction au guide juridique (A/CN.9/332/Add.1); le projet de chapitre II, "Portée et terminologie du guide juridique" (A/CN.9/332/Add.1); le projet de chapitre III, "Approche contractuelle" (A/CN.9/332/Add.2); le projet de chapitre IV, "Remarques générales sur la rédaction" (A/CN.9/332/Add.3); le projet de chapitre V, "Type, qualité et quantité

[1] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-neuvième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément n° 17* (A/41/17), par. 243.

des marchandises" (A/CN.9/332/Add.4); le projet de chapitre VI, "Etablissement du prix des marchandises" (A/CN.9/332/Add.5); le projet de chapitre IX, "Paiement" (A/CN.9/332/Add.6); et le projet de chapitre XII, "Garantie de bonne exécution" (A/CN.9/332/Add.7). Le projet de chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés" (A/CN.9/332/Add.8) a été soumis à la Commission mais n'a pas pu être examiné. L'annexe I du rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-troisième session (A/45/17) contient un résumé de l'examen des projets de chapitre (A/CN.9/332/Add.1 à 7).

5. La Commission a noté qu'il y avait accord général sur la méthode adoptée pour la rédaction des projets de chapitres, en ce qui concerne tant la structure du guide juridique que la nature de la description et des avis y figurant (A/45/17, par. 16). La Commission a prié le Secrétariat de mettre au point les projets de chapitres restants et a décidé qu'ils seraient présentés, en même temps que le projet de chapitre VII : "Exécution de l'engagement d'échanges compensés" (A/CN.9/332/Add.8), au Groupe de travail des paiements internationaux. Elle a en outre prié le Secrétariat de remanier les chapitres qu'il avait présentés à la vingt-troisième session, ainsi que ceux qui devaient être soumis au Groupe de travail des paiements internationaux en tenant compte des débats de ces sessions. Enfin, la Commission a décidé que le texte final du guide juridique lui serait présenté à sa vingt-cinquième session, en 1992 (A/45/17, par. 17 et 18).

6. Le Groupe de travail des paiements internationaux a commencé ses travaux sur le projet de guide juridique à sa vingt-troisième session, tenue au Siège de l'Organisation des Nations Unies, à New York, du 3 au 10 septembre 1991. Le Groupe était composé de tous les Etats membres de la Commission. Ont participé à la session des représentants des Etats membres suivants : Allemagne, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Chypre, Cuba, Egypte, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Inde, Iran (République islamique d'), Iraq, Italie, Jamahiriya arabe libyenne, Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Pakistan, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Tchécoslovaquie, Union des Républiques socialistes soviétiques et Yougoslavie.

7. Ont participé à la session des observateurs des Etats suivants : Autriche, Bahamas, Brésil, Burkina Faso, Indonésie, Liban, Malaisie, Oman, Ouganda, Pologne, République arabe syrienne, République-Unie de Tanzanie, Suède, Suisse et Venezuela.

8. Ont également participé à la session des observateurs des organisations internationales ci-après :

a) *Organismes des Nations Unies* : Centre des sociétés transnationales;

b) *Organisations intergouvernementales* : Banque interaméricaine de développement, Comité consultatif juridique afro-asiatique, Zone d'échanges préférentiels pour les Etats de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe;

c) *Organisations non gouvernementales internationales* : Association internationale du barreau, Chambre de commerce internationale, Institut argentino-uruguayen de droit commercial.

9. Le Groupe de travail a élu les membres suivants du bureau :

Président : M. Joachim Bonell (Italie)

Rapporteur : M. Abbas Safarian (République islamique d'Iran)

10. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après :

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.50);

b) Projet de guide juridique pour l'élaboration de contrats internationaux d'échanges compensés (A/CN.9/WG.IV/WP.51), rapport du Secrétaire général;

c) Projet de chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés" (A/CN.9/332/Add.8), qui avait été présenté initialement à la Commission et que celle-ci avait renvoyé au Groupe de travail;

d) Projet de chapitre VIII, "Participation de tiers" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1);

e) Projet de chapitre X, "Restrictions à la revente des marchandises" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2);

f) Projet de chapitre XI, "Dommages et intérêts spécifiés et pénalités" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3);

g) Projet de chapitre XIII, "Problèmes d'achèvement de l'opération d'échanges compensés" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.4);

h) Projet de chapitre XIV, "Choix de la loi applicable" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5);

i) Projet de chapitre XV, "Règlement des litiges" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6);

j) Projets d'exemples de dispositions (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7).

11. Le Groupe de travail était également saisi des documents suivants, que la Commission avait examinés à sa vingt-troisième session en 1990 :

a) Projet de guide juridique pour l'élaboration de contrats internationaux d'échanges compensés (A/CN.9/332), rapport du Secrétaire général;

b) Ebauche du chapitre premier, "Introduction au guide juridique", et projet de chapitre II, "Portée et terminologie du guide juridique" (A/CN.9/332/Add.1);

c) Projet de chapitre III, "Approche contractuelle" (A/CN.9/332/Add.2);

d) Projet de chapitre IV, "Remarques générales sur la rédaction" (A/CN.9/332/Add.3);

e) Projet de chapitre V, "Type, qualité et quantité des marchandises" (A/CN.9/332/Add.4);

f) Projet de chapitre VI, "Etablissement du prix des marchandises" (A/CN.9/332/Add.5);

g) Projet de chapitre IX, "Paiement" (A/CN.9/332/Add.6);

h) Projet de chapitre XII, "Garantie de bonne exécution" (A/CN.9/332/Add.7);

i) Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-troisième session, tenue à New York du 25 juin au 6 juillet 1990 (A/45/17).

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

12. Le Groupe de travail a examiné les projets de chapitres VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés"; VIII, "Participation de tiers"; X, "Restrictions à la revente des marchandises"; XI, "Dommages et intérêts spécifiés et pénalités"; XIII, "Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés"; XIV, "Choix de la loi applicable"; et XV, "Règlement des litiges", ainsi que les exemples de dispositions. On trouvera ci-après le compte rendu des délibérations et des décisions du Groupe de travail.

13. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser les projets de chapitres et les exemples de dispositions en tenant compte de ses délibérations et décisions et de les présenter à la Commission à sa vingt-cinquième session.

II. EXAMEN DES PROJETS DE CHAPITRES DU GUIDE JURIDIQUE POUR L'ÉLABORATION DE CONTRATS INTERNATIONAUX D'ÉCHANGES COMPENSÉS

Débat général

14. Le Groupe de travail a examiné s'il était souhaitable de raccourcir le titre actuel du projet de guide juridique. A l'appui du maintien du titre actuel, il a été déclaré que ce titre reflétait exactement le contenu du guide juridique et qu'il serait conforme au titre utilisé pour le guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles. Parmi les difficultés soulevées par le titre actuel, en dehors de sa longueur, on a déclaré notamment que la mention de "l'élaboration de contrats" n'était peut-être pas une formulation assez précise étant donné que le guide juridique ne portait pas essentiellement sur les contrats intervenant dans une opération d'échanges compensés, mais plutôt sur l'accord d'échanges compensés, qui soulevait des questions spécifiques à ces échanges. On a estimé en général qu'un titre plus court, par exemple "Guide juridique pour les opérations internationales d'échanges compensés", était préférable car il était plus pratique et reflétait d'une manière appropriée le sujet du guide juridique.

15. On est convenu que, pour faciliter la consultation du guide juridique, il fallait faire précéder chaque chapitre d'un résumé et établir un index-matières.

16. On a fait observer que le terme "fournisseur" pour désigner la partie qui fournit les marchandises dans une opération d'échanges compensés pourrait ne pas être assez précis dans certains cas. Le Secrétariat a été prié de revoir l'emploi de ce terme à la lumière de cette observation.

17. L'opinion a été exprimée que le guide juridique devrait faire référence aux aspects touchant l'assurance des opérations d'échanges compensés et traiter plus largement des questions de financement. Il a été décidé que des références aux questions d'assurance et de financement seraient insérées dans les chapitres existants du guide juridique.

VII. Exécution de l'engagement d'échanges compensés (A/CN.9/332/Add.8)

A. *Observations générales*

18. Aucun changement n'a été proposé touchant la section A du projet de chapitre VII.

B. *Définition des contrats de fourniture à prendre en considération*

19. On a exprimé l'avis que les critères de l'origine géographique (par. 6) et de l'identité du fournisseur (par. 7), pour la définition des contrats de fourniture à prendre en considération, pouvaient aller à l'encontre des règles adoptées conformément à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et des règles impératives du droit de la concurrence. Il a été convenu que les paragraphes en question devraient faire référence au fait que les dispositions relatives à la définition des contrats de fourniture à prendre en considération devraient être compatibles avec lesdites règles de droit.

C. *Moment où l'engagement est exécuté*

20. Le Groupe de travail a noté que deux approches avaient été proposées pour déterminer le moment où l'engagement d'échanges compensés pouvait être réputé avoir été exécuté. On a généralement estimé que la seconde approche selon laquelle l'engagement était réputé avoir été exécuté dès l'intervention d'un certain événement après la conclusion du contrat de fourniture était plus complexe et pleine de risques pour les parties que la première suivant laquelle l'engagement d'échanges compensés était réputé avoir été exécuté une fois qu'un contrat de fourniture était conclu. On a souligné, pour illustrer cette complexité, que la seconde approche pouvait être source d'incertitude lorsque des empêchements exonératoires affectaient l'aptitude d'une partie à prendre les mesures nécessaires à la réalisation d'un contrat de fourniture en vue d'exécuter l'accord d'échanges compensés. On a fait observer par ailleurs que l'adoption de la seconde approche exigerait d'élaborer des dispositions supplémentaires visant expressément ces éventualités. Le Groupe de travail est convenu que le guide juridique devrait informer les parties du caractère plus complexe de la seconde approche et, par suite, leur conseiller d'opter pour la première approche.

D. *Montant du crédit d'exécution*

21. On a posé la question de savoir si l'on avait entendu indiquer par le paragraphe 14 que la formule des taux de crédit d'exécution variables était utilisée essentiellement dans la compensation industrielle indirecte. A cet égard, l'opinion a été exprimée qu'insérer une telle disposition dans l'accord d'échanges compensés serait d'une utilité limitée dans une opération bilatérale d'échanges compensés dans la mesure où, dans une telle opération, les parties au contrat de fourniture, qui étaient les mêmes que celles à l'accord d'échanges compensés, pouvaient modifier dans le contrat de fourniture toute disposition de l'accord d'échan-

ges compensés consacrée au crédit d'exécution. A cela on a répliqué que, si une telle formule de taux variables avait plus de chances d'être utilisée dans une opération de compensation multiparties dans laquelle il y aurait un certain nombre de fournisseurs potentiels et de types de marchandises, elle pouvait également l'être dans une opération bilatérale. On est convenu que le paragraphe 14 devrait préciser cette constatation.

E. *Délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés*

22. Le Groupe de travail a estimé qu'il fallait faire référence dans le guide juridique au cas où, par suite de circonstances diverses, il pourrait se révéler nécessaire de convenir de prolonger le délai d'exécution fixé dans l'accord d'échanges compensés. Toutefois, on a exprimé des doutes au sujet de la formulation précise employée au projet de chapitre VII, concernant notamment l'exigence faite à l'acheteur au paragraphe 25 de démontrer qu'il a fait des "efforts de bonne foi" comme condition préalable pour bénéficier d'une prolongation du délai d'exécution.

23. On a notamment exprimé la crainte qu'une référence à des "efforts de bonne foi" ne suscite des questions quant à la nature de l'engagement d'échanges compensés envisagé dans le guide juridique. On a fait observer que l'emploi d'une telle expression pourrait donner à penser que le guide juridique visait les engagements d'échanges compensés comportant uniquement un engagement à faire "diligence" en vue de conclure un contrat de fourniture plutôt qu'un engagement à conclure effectivement un tel contrat. A cela on a répliqué que le paragraphe 25 traitait de la question de la prolongation du délai d'exécution et non de celle de savoir s'il fallait libérer telle ou telle partie de l'engagement d'échanges compensés au motif qu'elle aurait en vain fait "diligence" pour exécuter l'engagement.

24. On a également avancé que l'expression "diligence" était ambiguë et sujette à controverse. Pour lever ce doute, on a suggéré de supprimer dans sa totalité la référence à l'exigence de démontrer des efforts de bonne foi, dans la mesure où la prolongation du délai d'exécution pouvait être considérée essentiellement comme une question dont il fallait laisser aux parties le soin de négocier. En réponse à cette opinion, on a déclaré que les opérations du type en question comportaient par définition un certain degré d'ambiguïté et que l'expression ne devait dès lors pas être modifiée. On a ajouté qu'en supprimant la référence aux efforts de bonne foi on pourrait donner à entendre qu'une partie qui n'aurait fait aucun effort pour exécuter l'engagement d'échanges compensés devrait néanmoins avoir le droit de prétendre à une prolongation du délai d'exécution. On a par ailleurs suggéré, pour lever l'ambiguïté contenue dans la formulation actuelle, de remplacer l'expression "efforts de bonne foi" par les mots "efforts raisonnables". Toutefois, on a estimé que l'emploi de cette seconde expression ne lèverait pas vraiment l'ambiguïté.

25. On a également exprimé des doutes au sujet de l'exemple de démonstration d'efforts de bonne foi donné à la troisième phrase du paragraphe 25, à savoir le fait pour l'acheteur de montrer qu'il a pris "un certain nombre de contacts" avec des fournisseurs potentiels, afin de trouver des marchandises appropriées. On a fait observer que le terme "contacts" n'était pas assez précis, surtout quand on sait que l'exemple visait les cas où les fournisseurs auraient rejeté les offres d'achat de marchandises de compensation ou auraient été incapables d'y répondre. On a en outre fait observer que, dans le droit général des obligations d'un certain nombre de systèmes juridiques, le simple fait de montrer des "contacts" ne suffirait pas à excuser le retard dans l'exécution d'une obligation contractuelle.

26. Un autre inconvénient de l'exemple donné était le fait que l'expression "un certain nombre de contacts" pouvait être interprétée comme donnant à entendre que l'accord d'échanges compensés devait préciser un certain nombre de contacts infructueux dont l'acheteur devait justifier pour bénéficier d'une prolongation du délai d'exécution. On a fait valoir qu'une telle disposition serait par trop rigide et risquait de ne pas tenir compte de la diversité des situations rencontrées dans les différentes opérations. Les parties qui la suivraient pourraient rencontrer des difficultés, par exemple au cas où le nombre des fournisseurs potentiels serait inférieur à celui des contacts infructueux requis pour une prolongation du délai d'exécution.

27. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de maintenir l'approche fondamentale adoptée touchant la prolongation du délai d'exécution. Toutefois, il a également convenu que le chapitre devrait préciser que le fait de démontrer des efforts visant à exécuter l'engagement d'échanges compensés, que ceux-ci soient qualifiés d'"efforts de bonne foi" ou d'"efforts raisonnables", soulevait des difficultés pratiques de preuve et qu'il fallait faire plus précisément référence au rôle de la négociation dans la prolongation de délai. On est par ailleurs convenu que l'exemple donné à la troisième phrase devait être modifié de manière à tenir compte des doutes exprimés par le Groupe de travail et à préciser que les parties qui envisageraient d'insérer une disposition sur la prolongation du délai d'exécution devraient trouver la formulation adaptée aux circonstances particulières de chaque opération.

F. *Contrôle et enregistrement de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés*

28. On s'est interrogé sur le sens de l'expression "expéditions de marchandises" utilisée au paragraphe 38 pour décrire le type d'informations à consigner dans un compte de relevé des opérations. Il a été fait observer que cette expression pourrait être source d'incertitude compte tenu de ce qui avait été déjà dit au sujet des différentes dates — par exemple la conclusion d'un contrat de fourniture ou l'intervention d'un événement dans l'exécution du contrat de fourniture —, où l'engagement d'échanges compensés pouvait être réputé avoir été exécuté (voir le paragraphe 20 ci-dessus). Cela étant, l'expression "expédition de marchandises" pouvait être interprétée comme excluant l'enregistrement de la conclusion de contrats de fourniture dans un compte de relevé des opérations. Le Groupe de travail a noté que l'on avait entendu donner à l'expression un sens général et non la rattacher au moment où l'exécution devait être réputée avoir été réalisée. Le Secrétariat a été prié de trouver une formulation plus précise.

29. Il a été proposé de transformer en une recommandation la référence faite au paragraphe 43 à la possibilité, pour les parties, de convenir de vérifier à des moments donnés les informations portées dans le compte de relevé des opérations. A l'appui de cette proposition, on a fait valoir que la tenue du compte de relevé des opérations aurait d'autant plus de chances d'être acceptable que l'on procéderait promptement à la vérification des informations. Le Groupe de travail est convenu qu'il était utile de vérifier les informations, indépendamment de la structure ou du mode de gestion du compte de relevé.

VIII. Participation de tiers (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1)

A. *Observations de caractère général;*

B. *Achat de marchandises de compensation*

30. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait établir dans les sections A et B une distinction plus nette entre les cas où l'intervention d'un tiers requérait l'accord du fournisseur et les cas où cet accord n'était pas requis pour une telle intervention. Il a été souligné que, suivant les principes généraux du droit des contrats, une partie à un contrat avait le droit de faire intervenir un tiers dans l'exécution d'une obligation contractuelle sans avoir à obtenir l'accord de la partie au profit de laquelle le contrat devait être exécuté. Toutefois, selon ces mêmes principes, l'accord était requis si, dans les circonstances d'espèce, la partie au profit de laquelle le contrat devait être exécuté avait un motif légitime d'insister pour que l'obligation soit exécutée par la partie qui s'y était initialement engagée. Il pouvait en être ainsi en particulier lorsque, en raison des propriétés ou des capacités particulières de la partie obligée, l'exécution de l'obligation par un tiers aurait pour effet d'entamer d'une certaine manière la valeur de l'exécution. On a en outre souligné que, d'après les principes du droit des contrats, l'accord de la partie au profit de laquelle le contrat devait être exécuté était requis lorsque la partie initialement engagée avait cessé d'être responsable de l'exécution de l'obligation contractuelle par suite d'un transfert ou d'une cession de l'obligation contractuelle à un tiers.

31. Le Groupe de travail a noté que, dans certains systèmes juridiques, l'intervention de tiers dans l'exécution d'un engagement d'échanges compensés était régie par des règles impératives, lesquelles pouvaient subordonner cette intervention à l'accord du fournisseur ou à l'approbation d'une autorité, même si d'après les principes généraux du droit des obligations, l'accord du fournisseur n'aurait pas été requis.

32. Il a été convenu que le guide juridique devrait traiter de la situation des parties à un accord d'échanges compensés lorsque ledit accord n'envisageait pas la participation éventuelle d'un tiers à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Il a également été convenu que le guide juridique devrait conseiller aux parties de traiter de la question de l'éventuelle intervention d'un tiers, notamment parce que leurs vues pouvaient diverger quant à savoir si la partie initialement engagée était libre de faire intervenir un tiers de son choix dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés.

33. On a fait valoir que le paragraphe 5 devrait préciser que, si l'entente entre le tiers et le fournisseur en vue de la conclusion d'un contrat futur pouvait envisager les mêmes types de situations que ceux prévus dans l'accord d'échanges compensés conclu entre le fournisseur et la partie initialement engagée, le contenu des solutions contractuelles retenues dans les deux accords ne serait pas forcément le même. Des solutions divergentes pouvaient être adoptées, par exemple touchant la garantie d'exécution, les clauses de dommages-intérêts ou les clauses pénales, la loi applicable ou le règlement des litiges.

34. En ce qui concerne le paragraphe 9, il a été proposé d'y mentionner la volonté d'assurer la bonne exécution de l'opération d'échanges compensés qui était souvent à l'origine des règles impératives évoquées dans ce paragraphe.

35. Il a été proposé de remplacer, à la troisième phrase du paragraphe 12, les mots "On pourrait utilement indiquer" par une autre expression, par exemple "Les parties pourraient indiquer".

36. Quant au conseil donné au paragraphe 17, on a fait remarquer que, lorsque la partie qui s'était initialement engagée cédait l'engagement d'échanges compensés à un tiers, ce dernier était responsable vis-à-vis du fournisseur dans les mêmes termes que la partie qui s'était initialement engagée.

37. Touchant le débat sur les honoraires du tiers (par. 28 à 32), on a fait remarquer que, lorsqu'un organisme public faisait appel à un tiers en vue de l'achat de marchandises ou lorsqu'il était fait appel à un organisme public à cette même fin, dans certains systèmes juridiques, l'organisme public en question pouvait ne pas avoir la faculté de payer des honoraires au tiers ou d'en percevoir. Le versement d'honoraires à cette fin par ou à un organisme public pouvait être soumis à des restrictions impératives et on a jugé bon d'appeler l'attention des parties sur l'existence de telles restrictions.

C. *Fourniture des marchandises de compensation*

38. Aucune modification n'a été proposée touchant la section C.

D. *Echanges compensés multiparties*

39. On a fait observer qu'en cas de défaut de conclure ou d'exécuter des contrats de fourniture dans une opération d'échanges compensés multiparties, l'ensemble de l'opération pourrait se trouver affectée. Le Groupe de travail est convenu que la section D devrait évoquer brièvement la question de l'interdépendance des contrats constituant l'opération.

X. Restrictions à la revente des marchandises (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2)

A. *Remarques générales*

40. Il a été convenu qu'il conviendrait de mentionner dans les remarques générales la possibilité d'inclure dans l'accord d'échanges compensés des restrictions s'appliquant au fournisseur des marchandises qui protégeraient la capacité de l'acheteur de revendre celles-ci ou qui rendraient par ailleurs l'opération d'échanges compensés plus profitable pour l'acheteur. Par exemple, un acheteur de marchandises dans le cadre d'une opération d'échanges compensés pourrait se voir accorder des droits de distribution exclusive à l'égard de ces marchandises, et l'accord d'échanges compensés inclurait alors des clauses limitant les ventes par le fournisseur qui pourraient empiéter sur les droits exclusifs de l'acheteur. Bien qu'il ait été admis que de telles restrictions à l'égard du fournisseur auraient moins d'importance pour les nombreuses opérations d'échanges compensés ponctuelles, on a également reconnu qu'il pourrait y avoir des opérations concernant des produits de marque auxquelles pourraient s'appliquer des restrictions de ce genre.

41. Selon une opinion, il conviendrait d'élargir le paragraphe 3 afin de mentionner la jurisprudence en tant que source d'interprétation des règles régissant les pratiques commerciales restrictives.

42. Une proposition a été faite tendant à supprimer le paragraphe 4 au motif que l'effet économique de l'imposition de restrictions à la revente était une question purement économique qui dépassait le cadre du guide juridique. A l'opposé, on a déclaré qu'il ne serait pas mauvais de conserver ce paragraphe, qui donnait un bon aperçu du contexte économique des échanges compensés. On a estimé qu'il serait particulièrement utile à des lecteurs connaissant mal la question d'avoir des indications — comme celles qui figuraient au paragraphe 4 et dans d'autres parties du guide juridique — concernant les considérations et les conséquences d'ordre économique, ce qui contribuerait à rendre le guide moins abstrait. On a jugé en outre qu'il n'y avait aucune raison apparente de supprimer le paragraphe 4 tout en conservant d'autres parties du guide qui portaient sur des considérations économiques. Cependant, on a estimé qu'il pouvait être justifié de distinguer le paragraphe 4 des autres parties pertinentes du guide juridique étant donné que, contrairement à ces autres parties où étaient évoqués les motifs économiques d'une clause contractuelle particulière, le paragraphe 4 concernait les effets économiques d'une telle clause. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver le paragraphe 4, tout en y incorporant une mise en garde un peu moins catégorique quant aux incidences économiques éventuelles des restrictions à la revente.

43. On a décidé de modifier le paragraphe 5 afin de souligner que, lorsque des achats de tiers étaient soumis à des restrictions à la revente, il était souhaitable que le fournisseur veille à ce que l'acheteur tiers sache que ses achats seraient sujets à restriction.

B. *Devoir d'informer ou de consulter*

44. Aucune modification n'a été suggérée pour la section B.

C. *Restrictions territoriales et restrictions connexes*

45. Aucune modification n'a été suggérée pour la section C.

D. *Prix de revente*

46. Aucune modification n'a été suggérée pour la section D.

E. *Emballage et marquage*

47. On a estimé d'une manière générale qu'il conviendrait de fournir des renseignements supplémentaires sur la clause de la première phrase du paragraphe 21 concernant le respect des règles juridiques applicables au lieu de la revente. En particulier, on a suggéré de mentionner les règles impératives stipulant le marquage original, les interdictions relatives à la modification clandestine du marquage et de l'emballage, et les obligations découlant de la législation relative à la protection des consommateurs et à l'environnement.

F. *Application à des acheteurs tiers*

48. Aucune modification n'a été suggérée pour la section F.

G. *Révision des restrictions*

49. Il a été convenu de modifier le paragraphe 24 de façon à faire apparaître clairement que, même en l'absence de disposition contractuelle prévoyant la révision des restrictions à la revente en cas d'évolution majeure des circonstances, certains systèmes juridiques offraient la possibilité d'une telle révision. On a déclaré que cette modification correspondrait à d'autres parties du guide juridique se référant au droit applicable et éliminerait le sous-entendu involontaire qu'aucune révision ne serait possible en l'absence de disposition contractuelle à cet effet.

XI. Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3)

A. *Remarques générales*

50. On a suggéré qu'il soit spécifié dans les remarques générales que l'examen du chapitre XI ne portait pas directement sur les opérations d'échanges compensés telles que le troc qui donne lieu à un échange de marchandises sans qu'il y ait transfert de devises. On a fait observer, à cet égard, que cette formule aurait l'avantage de rendre compte du fait que, dans les opérations d'échanges compensés

réalisées en période de pénurie de liquidités, les parties seraient plus enclines à convenir de moyens non monétaires pour faire face au risque et aux effets de l'inexécution.

51. On a fait remarquer qu'il existait peut-être une incompatibilité apparente entre le paragraphe 2, qui disposait que le chapitre A ne s'appliquerait qu'à des clauses visant à stimuler l'exécution d'engagements d'échanges compensés et ne traitait pas directement de l'usage de clauses visant à encourager l'exécution de contrats de fourniture, et le paragraphe 3, qui indiquait que, si l'engagement d'échanges compensés était réputé exécuté au paiement du contrat de fourniture, le défaut de paiement de ce contrat déclencherait l'obligation de verser la somme convenue payable en cas de non-exécution de l'engagement d'échanges compensés. En vue d'atténuer cette incompatibilité, on a proposé de supprimer la deuxième phrase du paragraphe 2. Le Secrétariat a été prié de revoir les paragraphes 2 et 3 à la lumière des observations qui avaient été faites.

52. On a fait valoir qu'il existait un chevauchement entre le chapitre XI et les paragraphes 10 à 13 du chapitre XIII qui concernaient la compensation monétaire à verser en cas de violation des obligations contractuelles et faisaient état également des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales. On a fait remarquer que ce chevauchement risquait de créer une certaine confusion et que la question des dommages-intérêts spécifiés et des pénalités devait faire exclusivement l'objet du chapitre XI, une référence à ce chapitre étant maintenue dans le chapitre XIII.

53. On a fait remarquer que les paiements effectués en application des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales l'étaient souvent par le biais de garanties visant à assurer l'exécution d'une obligation de paiement. A cet égard, on a fait observer que l'utilisation de garanties initiales indépendantes pour appuyer les clauses de dommages-intérêts spécifiés ou les clauses pénales risquait de donner lieu à un recours injustifié à ces garanties. On a fait valoir que l'un des moyens de prévenir ce risque consisterait à lier la responsabilité découlant des clauses de dommages-intérêts spécifiés ou des clauses pénales aux dispositions de l'accord d'échanges compensés relatives au règlement des litiges. On pourrait décider, par exemple, que la somme convenue ne serait payable qu'en vertu d'une décision d'arbitrage qui serait appuyée par une garantie accessoire plutôt que par une garantie indépendante. L'utilité de l'examen d'arrangements faisant appel à des garanties accessoires a été considérée à la lumière du fait que l'usage de ces garanties était limité dans les échanges compensés et que le chapitre XII portait essentiellement sur les garanties indépendantes. Le Groupe de travail a décidé qu'il fallait mentionner, dans les remarques générales, l'utilisation de garanties à l'appui de clauses de dommages-intérêts spécifiés et de clauses pénales et faire état dans le chapitre A du fait qu'il existait d'autres formules que les garanties indépendantes, sans pour autant préconiser l'utilisation de garanties accessoires. On a estimé que l'adjonction d'un passage dans ce sens, accompagné d'une référence au chapitre XII, serait conforme à l'accord général qui existe au sein du Groupe de travail quant à la nécessité d'axer le guide juridique sur les garanties indépendantes.

54. On a suggéré que la troisième phrase du paragraphe 7 soit remaniée car, dans sa forme actuelle, elle pourrait laisser entendre qu'il existait dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après dénommée "Convention des Nations Unies sur les ventes") une règle positive libérant la partie fautive de l'obligation de payer la somme convenue en cas d'empêchement exonératoire.

55. On a évoqué, par ailleurs, la nécessité d'établir une distinction plus claire entre la partie du paragraphe 8 qui traite des obligations alternatives qui pourraient libérer une partie de son engagement d'échanges compensés, et le passage du paragraphe 12 qui traite des effets du paiement effectué en vertu des clauses de dommages-intérêts spécifiés ou des clauses pénales qui pourraient également libérer la partie obligée de son engagement d'échanges compensés. La distinction qui a particulièrement appelé l'attention des participants consistait dans le fait qu'en vertu des clauses relatives aux obligations alternatives, c'était la partie obligée qui avait le choix entre l'exécution de son obligation et le paiement de la somme convenue, tandis qu'en vertu des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales, c'était la partie bénéficiaire qui possédait ce choix.

56. On a suggéré d'appeler l'attention du lecteur dans les remarques générales sur la distinction entre les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales concernant la non-exécution d'un engagement d'échanges compensés et celles relatives au retard d'exécution.

57. Selon un avis, les clauses de dommages-intérêts spécifiés ou les clauses pénales n'étaient qu'un moyen parmi d'autres de traiter la non-exécution des accords d'échanges compensés et le guide juridique ne devrait pas en recommander l'usage.

B. *Relation entre le recouvrement de la somme convenue et le recouvrement de dommages-intérêts*

58. Aucune modification n'a été proposée pour la section B.

C. *Effets du paiement*

59. On s'est déclaré préoccupé par le fait que le paragraphe 12 ne semblait pas tenir suffisamment compte des différences qui existaient, en vertu du droit applicable, dans le domaine des effets du paiement de la somme convenue selon qu'il s'agissait notamment d'une opération portant uniquement sur des marchandises, ou sur des services ou des techniques, ou encore sur une combinaison de ceux-ci, et selon que la partie engagée était ou non la seule pouvant fournir certains services. On a également souligné qu'il pouvait y avoir des cas où les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales ne portaient pas sur l'ensemble de l'engagement d'échanges compensés. Pour remédier au problème des services, on a convenu d'ajouter un passage spécifiant que l'exécution d'une obligation de

fournir des services pourrait se révéler impossible, dans certaines juridictions, à faire appliquer et par conséquent donner lieu au versement de dommages-intérêts.

D. *Montant de la somme convenue*

60. Le Groupe de travail a noté que le chapitre XI portait principalement sur les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales relatives à la non-exécution d'un engagement d'échanges compensés et non sur celles concernant le retard d'exécution et que cette caractéristique du chapitre reflétait le fait que, dans les échanges compensés, c'était les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales relatives à la non-exécution qui étaient le plus fréquemment utilisées. On a fait valoir simultanément que l'on ne pouvait dire avec certitude le type de clauses qui étaient visées aux paragraphes 15 à 18. A cet égard, on a appelé l'attention sur le manque de clarté de la référence qui figurait au paragraphe 18 au sujet de l'ampleur du risque de non-exécution d'un engagement d'échanges compensés en tant que facteur pour la détermination de la somme à payer.

61. On a soulevé la question de la nécessité de conserver la dernière phrase du paragraphe 15 qui dispose que toute réduction du montant des dommages-intérêts spécifiés ou des pénalités devrait entraîner une réduction du montant de garantie. Les partisans de la suppression de cette phrase ont signalé que, dans certains systèmes juridiques, pareilles réductions du montant de la garantie seraient automatiques. On a noté toutefois que, s'il était vrai que ces réductions étaient considérées comme allant de soi dans le cas des garanties accessoires, l'on ne pouvait considérer que les garanties indépendantes du type de celles sur lesquelles le guide juridique était axé pouvaient automatiquement faire l'objet d'une réduction. Le Groupe de travail s'est entendu sur le fait qu'il serait utile de rappeler au lecteur que la dernière phrase s'appliquait en cas de recours à une garantie indépendante et que toute référence à des garanties accessoires à des fins de clarification n'irait pas à l'encontre de l'approche adoptée au paragraphe 5 du chapitre XII (voir également le paragraphe 59 ci-dessus).

62. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait harmoniser le paragraphe 17 avec le paragraphe 6 en remplaçant les mots "sera sans doute considéré" par les mots "pourra être considéré" et en insérant, après les mots "les parties devraient garder présent à l'esprit que", les mots "dans certains systèmes juridiques".

E. *Recouvrement de la somme convenue*

63. On a fait remarquer qu'en toute apparence le terme "déduction" qui est utilisé au paragraphe 22 semblait s'appliquer à la fois à la déduction de fonds disponibles et à la compensation industrielle. On a estimé généralement qu'il fallait établir une distinction entre ces deux techniques. On a suggéré d'appeler l'attention sur l'existence de règles juridiques concernant leur utilisation. L'une de ces règles, qui existait dans un certain nombre de systèmes juridiques, était qu'une compensation industrielle ne pouvait avoir lieu que si la demande devant faire l'objet de pareille compensation découlait d'une relation commerciale entre les parties.

XIII. Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.4)

A. *Remarques générales*

64. Le Groupe de travail a estimé que le chapitre XIII devrait, afin de préciser la portée des débats consacrés à ce chapitre, mentionner les types d'engagements d'échanges compensés visés. Par ailleurs, il a estimé qu'il serait utile de mentionner brièvement les accords d'échanges compensés qui ne constituaient pas un engagement ferme de conclure un contrat de fourniture et qui ne relevaient pas de ce chapitre. Le Groupe de travail a rappelé que la Commission avait décidé à sa vingt-troisième session, lors de l'examen du projet de chapitre III (Approche contractuelle), que le guide juridique ne devait traiter que des accords d'échanges compensés comportant un engagement ferme de conclure un contrat d'échanges compensés et qu'il ne devait pas traiter des accords d'échanges compensés énonçant un engagement moins contraignant (par exemple un simple engagement à négocier ou à "faire de son mieux" pour conclure un contrat de fourniture) (voir A/45/17, annexe I, par. 9 et 24).

B. *Cas où une partie peut être libérée partiellement ou totalement de l'engagement d'échanges compensés*

65. Il a été suggéré d'inclure dans l'énumération des cas où une partie pourrait être libérée de l'engagement d'échanges compensés celui mentionné dans la dernière phrase du paragraphe 19 du projet de chapitre XI (Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales).

66. Le Groupe de travail a estimé qu'une partie pourrait être libérée de l'engagement d'échanges compensés dans les conditions examinées au paragraphe 6 même si aucune clause à cet effet n'avait été prévue dans l'accord d'échanges compensés. Cela devrait être précisé dans le paragraphe 6 de façon à éviter l'impression erronée que, pour qu'une partie puisse être libérée de l'engagement d'échanges compensés, une disposition contractuelle spécifique devait être prévue dans l'accord.

67. Il a été avancé que la recommandation figurant au paragraphe 13, selon laquelle les parties devraient s'entendre sur des dommages-intérêts spécifiés ou des pénalités, était trop forte étant donné que l'opportunité d'inclure dans un accord d'échanges compensés une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale dépendait d'un certain nombre de circonstances commerciales. La description, dans le projet de chapitre XI, de l'opportunité, pour les parties, de s'entendre sur des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité a été jugée plus appropriée (voir aussi le paragraphe 57 ci-dessus).

C. *Compensation pécuniaire*

68. On a fait observer que la question de la compensation pécuniaire dans les contrats de troc donnait lieu à des considérations particulières découlant du fait que lesdits contrats ne comprenaient pas un engagement à conclure un

contrat futur et que le but d'un recours au troc était peut-être d'éviter des transferts de devises. Le Groupe de travail a noté qu'il fallait tenir compte dans le chapitre XIII des débats qu'il avait consacrés à cette question dans le contexte du chapitre XI (Dommages-intérêts spécifiés et pénalités) (voir le paragraphe 50 ci-dessus).

D. *Empêchements exonératoires*

69. Dans l'ensemble, le Groupe de travail a accepté la teneur de l'examen, figurant au paragraphe 16, de la liberté qu'ont les parties de se mettre d'accord sur celle d'entre elles qui assumera le risque qu'intervienne tel ou tel type d'événement empêchant l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Il a toutefois été jugé nécessaire de mentionner au paragraphe 16 que, dans certains systèmes juridiques, il n'existait pas de limites contraignantes à la liberté d'une partie de renoncer à son droit de recourir aux règles juridiques concernant les empêchements exécutoires.

70. Le Groupe de travail a examiné la question de l'incapacité d'une partie d'exécuter un engagement d'échanges compensés par suite du refus de l'administration d'accorder la licence nécessaire. Selon une opinion, il était opportun de conseiller aux parties, comme cela a été fait dans le paragraphe 35 du projet de chapitre XIII, de stipuler dans l'accord d'échanges compensés que la partie qui devait obtenir la licence aurait à assumer les conséquences de l'absence d'une telle licence. Un tel conseil s'imposait en raison de la possibilité qu'une partie puisse se soustraire à l'obligation contractuelle en ne prenant pas toutes les mesures nécessaires pour obtenir la licence et de ce qu'il pourrait être difficile pour la partie lésée d'établir si la licence avait été refusée bien que des efforts raisonnables aient été faits par l'autre partie pour l'obtenir. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, dans l'examen figurant au paragraphe 35, il fallait distinguer entre diverses situations. D'une part, dans certains cas, la licence était refusée parce que la partie devant l'obtenir n'avait pas fait suffisamment d'efforts, ou pour des raisons liées à l'opération même. D'autre part, dans d'autres cas, le gouvernement imposait un régime de licence après la conclusion de l'accord d'échanges compensés, ou encore la licence était refusée en raison d'un changement dans la politique du gouvernement. Dans ces derniers cas, il ne serait pas équitable de faire endosser le risque par la partie qui devait obtenir la licence, mais ne pouvait pas s'en faire délivrer une malgré les efforts qu'elle avait faits de bonne foi.

71. Il a été noté que, si l'événement empêchant l'exécution de l'engagement répondait aux critères fixés par la loi applicable (par exemple, le fait que l'événement était imprévisible et inévitable), les parties seraient libérées de l'engagement même si elles n'avaient pas prévu de clause exonératoire dans l'accord d'échanges compensés. Il a été convenu qu'il fallait préciser ce point dans la section D, notamment dans le paragraphe 22.

72. Il a été estimé que, dans l'examen des éléments d'une définition générale des empêchements exonératoires figurant au paragraphe 22, il fallait mentionner l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

73. En ce qui concerne le paragraphe 26, on a fait observer que, lorsqu'une liste exhaustive d'empêchements était assortie d'une définition des critères auxquels les empêchements devaient répondre pour être considérés comme empêchements exonératoires, la définition ne devait pas être qualifiée de générale. Le Groupe de travail a noté que l'examen des diverses méthodes utilisées pour définir les empêchements exonératoires s'inspirait du guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles et qu'il était souhaitable de ne pas s'écarter de la structure dudit guide juridique. Par contre, il serait peut-être opportun de revoir le libellé du paragraphe 26 et, éventuellement, celui du paragraphe 27 à la lumière de cette observation.

74. On a fait remarquer que la disposition contractuelle suggérée dans la dernière phrase du paragraphe 32 à propos des grèves et autres conflits du travail prêtait à controverse et risquait d'engendrer des désaccords quant à son application. Mention a également été faite d'un système juridique national dans lequel l'interprétation d'une règle analogue à celle mentionnée dans la dernière phrase du paragraphe 32 soulevait des difficultés. On a fait observer qu'il serait peut être difficile d'établir si une grève était liée aux relations entre la partie et ses employés ou si les raisons de la grève concernaient un groupe de sociétés ou l'ensemble du secteur industriel. Le Groupe de travail a convenu que le conseil donné dans la dernière phrase du paragraphe 32 devrait être supprimé.

75. On a fait observer que l'obligation d'atténuer les préjudices, qui était examinée dans les paragraphes 36 et 37, découlait des principes généraux du droit contractuel, même si les parties n'avaient pas convenu de l'obligation de notifier l'empêchement par écrit. Le Groupe de travail a convenu qu'une référence à ces principes généraux du droit contractuel devrait être le point de départ de l'examen figurant dans les paragraphes 36 et 37.

E. *Effet du défaut de conclusion ou d'exécution d'un contrat de fourniture sur l'opération d'échanges compensés*

76. Il a été suggéré de mentionner dans la section E, et éventuellement aussi ailleurs dans le chapitre XIII, le recours aux négociations en tant que solution de rechange à la résiliation d'un contrat de fourniture ou d'un engagement d'échanges compensés.

XIV. Choix de la loi applicable (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5)

A. *Remarques générales*

77. Le Groupe de travail a marqué son accord avec l'approche adoptée dans ce projet de chapitre, selon laquelle il est conseillé aux parties d'examiner la question de la loi applicable aux différents contrats qui régissent une opération d'échanges compensés. On a noté avec satisfaction que, dans le projet de chapitre, il n'était pas conseillé aux parties de décider dès le début de l'opération de

soumettre tous les contrats à une seule loi, mais que cette approche était l'une des options que les parties pouvaient choisir dans des circonstances appropriées.

78. Le Groupe de travail a examiné l'utilité et le contenu de la définition de l'expression "droit international privé" figurant au paragraphe 1. On a estimé que cette définition était inutile étant donné qu'il s'agissait d'un terme spécialisé largement compris et que cela introduisait un élément abstrait ou théorique dans le paragraphe. Il a également été dit que la définition actuelle était trop étroite par rapport au sens bien établi de cette expression. On a répondu que cette expression pourrait ne pas être familière pour certains lecteurs et que la définition serait donc utile. Le Groupe de travail n'a pas accepté une suggestion selon laquelle il faudrait utiliser simplement le mot "droit", ce qui éviterait de devoir donner une définition. Il a été décidé de conserver l'expression "droit international privé" puisqu'il s'agissait d'une expression bien connue et, étant donné les objections qui avaient été soulevées, de supprimer la définition.

79. Il a été suggéré que la portée du chapitre, telle qu'elle est décrite au paragraphe 3, soit élargie afin d'englober les arrangements contractuels conclus entre une partie à un accord d'échanges compensés et un tiers qui est invité à acheter ou à fournir des marchandises dans le cadre de l'opération d'échanges compensés, étant donné que certaines questions examinées dans le chapitre pourraient s'appliquer à de tels arrangements contractuels.

80. On a examiné la manière dont le paragraphe 6 abordait la question de l'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les ventes internationales de marchandises aux accords d'échanges compensés. Il a été suggéré que le guide juridique reconnaisse que, si l'accord d'échanges compensés était exécutoire en tant que contrat de vente parce qu'il contenait tous les termes essentiels d'un contrat de fourniture, la Convention était applicable. On pourrait encore rendre la situation plus claire en se référant au fond des dispositions de la Convention concernant son champ d'application. On a déclaré que toute incertitude qui subsistait quant à l'applicabilité de la Convention concernait les accords d'échanges compensés qui ne contenaient pas tous les termes essentiels d'un contrat de fourniture. Des questions ont également été soulevées au sujet de la nécessité de décrire les accords d'échanges compensés comme des arrangements "pré-contractuels", étant donné qu'un accord d'échanges compensés pouvait avoir force exécutoire en tant que contrat.

B. *Choix de la loi applicable*

81. Il a été proposé qu'on mentionne la possibilité de désigner comme loi applicable d'une convention internationale, telle que la Convention des Nations Unies sur les ventes, ainsi que les règles non législatives formulées par des organisations internationales. On a estimé en général qu'il fallait reconnaître le droit des parties originaires d'Etats qui n'étaient pas parties à la Convention de désigner cette convention comme loi applicable. A cette fin, on pourrait se référer à l'alinéa 1 *b* de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes, qui prévoyait l'application de la Convention par les parties originaires d'Etats où la Convention n'était pas en vigueur. Par ailleurs, le guide juridique pourrait souligner qu'une convention qui était en vigueur dans un Etat faisait partie de la législation dudit Etat.

82. On a estimé que, afin de souligner qu'il était souhaitable de choisir la loi applicable, le paragraphe 8 devrait mentionner les difficultés parfois rencontrées dans l'utilisation des critères énoncés par les règles de droit international privé afin de déterminer la loi applicable.

83. Le Groupe de travail a noté que, dans certaines juridictions, le choix de la loi d'un pays tiers, en l'absence d'un lien entre la transaction et l'Etat dont la loi avait été choisie, pourrait ne pas être confirmé parce qu'il n'existait pas de lien avec la juridiction choisie (principe parfois appelé la "règle du lien"). On a estimé que le guide juridique devrait conseiller aux parties choisissant la loi d'un pays tiers d'inclure une clause disposant que la "règle du lien" ne devrait pas être appliquée à la clause de leur contrat désignant la loi applicable. On a fait observer que ces clauses ne seraient pas nécessairement confirmées dans tous les systèmes juridiques et on a suggéré qu'il soit indiqué aux paragraphes 12 et 13 qu'il était beaucoup plus probable que ces clauses soient confirmées dans une procédure d'arbitrage.

C. *Choix de plus d'un système juridique national pour régir l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture*

84. Il n'a été proposé aucune modification à la section C.

D. *Règles juridiques impératives de caractère public*

85. Il n'a été proposé aucune modification à la section D.

XV. Règlement des litiges (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6)

A. *Remarques générales*

86. Il a été proposé d'élargir la portée du paragraphe 5 afin d'englober les arrangements contractuels conclus entre les parties à l'accord d'échanges compensés et des tiers invités à acheter ou à fournir des marchandises dans le cadre d'échanges compensés. On a estimé qu'on pourrait envisager de renforcer la recommandation faite à la troisième phrase en indiquant qu'on pourrait convenir d'une seule clause de règlement des litiges pour tous les contrats de fourniture, ainsi que pour l'accord d'échanges compensés.

87. On a fait observer que le projet de chapitre ne contenait pas de mise en garde indiquant que des circonstances et des difficultés particulières en ce qui concerne le règlement des litiges pouvaient se produire lorsque l'une des parties au contrat était un Etat ou une entité d'un Etat. Les raisons invoquées pour ne pas exa-

miner ces questions étaient notamment qu'un Etat, lorsqu'il entreprenait des activités commerciales, était normalement considéré comme ayant renoncé à son immunité souveraine aux fins des litiges juridiques découlant de ces activités et que l'examen de cette question dépassait la portée du guide juridique. On a en outre déclaré que le fait de recommander l'inclusion de clauses contractuelles concernant la renonciation à l'immunité souveraine pourrait être interprété comme donnant à entendre qu'en l'absence de telles clauses contractuelles un Etat ayant entrepris des activités commerciales ne renonçait pas à son immunité souveraine. On a estimé en général que l'engagement des Etats en tant que parties contractantes avait des implications importantes pour le règlement des litiges et qu'il serait utile que le guide juridique mentionne brièvement l'existence de ce problème et la nécessité pour les parties d'examiner les aspects relatifs au règlement des litiges dans de tels cas. On a indiqué qu'on pourrait mentionner, par exemple, les restrictions applicables à la participation des entités gouvernementales de certains Etats aux procédures d'arbitrage. Il a également été suggéré de mentionner la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (Washington, 1965).

B. *Négociation*

88. On a estimé que le titre de la section B n'indiquait pas clairement s'il s'agissait de la négociation des termes du contrat au début de l'opération ou de la négociation pour régler un litige. On a proposé de résoudre cette difficulté, sans modifier le fond de la section B, en remplaçant le titre actuel par "règlement amiable" ou "consultations". Toutefois, rappelant que la formulation actuelle était fondée sur le guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles, le Groupe de travail a hésité à modifier le titre de la section B étant donné que cela pourrait donner à entendre que de nouveaux éléments de fond avaient été introduits. Le Groupe de travail a également noté que l'emploi du terme "négociation" ne posait des problèmes que dans certaines langues. On a en outre fait observer que la compréhension du titre de la section B pourrait être facilitée si l'on exposait d'une manière plus détaillée dans les remarques générales le concept de négociation en tant que mécanisme de règlement des litiges.

C. *Conciliation*

89. Il a été suggéré de mentionner la possibilité d'entamer une procédure de conciliation même après le début d'une procédure arbitrale ou judiciaire de règlement du litige.

D. *Arbitrage*

90. On a estimé que les différences quant aux voies de recours qui étaient offertes par l'arbitrage, par rapport à la procédure judiciaire de règlement des litiges, devraient être ajoutées à la liste des facteurs à examiner lorsqu'on décidait ou non de choisir l'arbitrage comme mécanisme de règlement des litiges.

E. *Procédures judiciaires*

91. Il n'a été proposé aucune modification à la section E.

F. *Règlement des litiges multipartites et des litiges portant sur plusieurs contrats*

92. Il n'a été proposé aucune modification à la section F.

Projets d'exemples de dispositions (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7)

93. Le Groupe de travail a noté que la Commission n'avait pas pris de décision définitive quant à savoir si le guide juridique devait contenir des exemples de dispositions contractuelles (voir A/45/17, annexe I, par. 6), et le Groupe de travail a donc débattu de l'utilité de faire figurer des exemples de dispositions dans le guide juridique. Des réserves ont été exprimées quant à l'opportunité d'essayer d'illustrer le débat dans le guide juridique en suggérant des formulations contractuelles. On a fait observer qu'une disposition donnée à titre d'exemple pourrait avoir des conséquences indésirables si elle n'était pas en harmonie avec d'autres dispositions contractuelles. En outre, le fait qu'une disposition donnée à titre d'exemple figure dans une publication des Nations Unies pourrait être perçu comme un aval de cette disposition. Il y avait de plus le risque que les parties incluent dans leur accord d'échanges compensés le texte d'une disposition donnée à titre d'exemple sans compléter comme il convient les éléments manquants. Si les tenants de ces réserves ont reconnu qu'un avertissement approprié figurerait au chapitre Ier ("Introduction au guide juridique") (par. 4 du document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7), ils ont fait observer qu'un lecteur risquait de ne pas lire l'introduction avant d'utiliser une disposition donnée à titre d'exemple. Il a donc été suggéré que, si l'on donne des exemples de dispositions dans le guide juridique, mention soit faite à chaque fois de l'explication correspondante figurant dans l'introduction.

94. Selon l'opinion qui a prévalu, le guide juridique devrait comporter un nombre limité d'exemples de dispositions. Ceux-ci viendraient utilement compléter le texte du guide juridique. Le choix des questions figurant dans le guide juridique qui seraient illustrées par des exemples de dispositions a reçu un appui.

Projet de chapitre V, "Type, qualité et quantité des marchandises"

Annotation du paragraphe 13

95. Aucune modification de la disposition donnée à titre d'exemple n'a été proposée.

Projet de chapitre VI, "Etablissement du prix des marchandises"

Annotation du paragraphe 37

96. On a suggéré d'inclure dans la disposition donnée à titre d'exemple, et dans le texte qui l'accompagne, une mise en garde précisant que le mécanisme décrit dans cette

clause risquait de ne pas fonctionner de la façon voulue si le taux de change de la monnaie de paiement et de la monnaie de référence faisait l'objet d'une réglementation administrative.

Projet de chapitre VIII, "Participation de tiers"

Annotation du paragraphe 10

97. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de réviser les quatre dispositions données à titre d'exemples de façon à illustrer les divers scénarios concernant la participation d'un acheteur tiers examinés dans le guide juridique.

Projet de chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés"

98. Aucune modification de la disposition donnée à titre d'exemple n'a été proposée.

Projet de chapitre XIV, "Choix de la loi applicable"

Annotation du paragraphe 20, deuxième et quatrième phrases

99. Il a été suggéré d'ajouter un exemple de disposition pour couvrir la situation dans laquelle les parties seraient convenues de régler la question du choix de la loi applicable aux divers contrats composant une transaction d'échanges compensés par une seule clause dans l'accord d'échanges compensés. Une telle approche pourrait être utilisée en particulier lorsque l'accord d'échanges compensés est conclu avant les contrats de fourniture dans les deux sens.

100. Il a été suggéré d'élargir les exemples de dispositions au chapitre XIV de façon à refléter le débat au Groupe de travail sur le choix par les parties de conventions internationales et de règlements non législatifs (voir le paragraphe 81 ci-dessus). Quant à la mention de conventions internationales, il a été suggéré d'ajouter un libellé illustrant le choix d'une convention internationale, y compris le choix de la Convention des Nations Unies sur les ventes, soit en élargissant l'exemple de disposition actuel, soit en incluant une disposition supplémentaire.

Projet de chapitre XV, "Règlement des litiges"

Annotation des paragraphes 12 et 28

101. Il a été suggéré d'élargir les exemples de dispositions de façon à indiquer qu'il existait un certain nombre de règles de conciliation et d'arbitrage différentes. On a estimé qu'il ne suffirait pas de modifier le texte des paragraphes pertinents dans le guide juridique pour indiquer l'existence de différentes règles si l'on ne modifiait pas également les exemples de dispositions.

B. Documents de travail soumis au Groupe de travail des paiements internationaux à sa vingt-troisième session : projets de chapitres du guide juridique pour l'élaboration de contrats internationaux d'échanges compensés* : rapport du Secrétaire général

(A/CN.9/332/Add.8 et A/CN.9/WG.IV/WP.51 et Add.1 à 7)
[Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Pages

[A/CN.9/332/Add.8]

VII. EXÉCUTION DE L'ENGAGEMENT D'ÉCHANGES COMPENSÉS 51

[A/CN.9/WG.IV/WP.51]

OPÉRATIONS INTERNATIONALES D'ÉCHANGES COMPENSÉS : PROJETS DE CHAPITRES DU GUIDE JURIDIQUE POUR L'ÉLABORATION DE CONTRATS INTERNATIONAUX D'ÉCHANGES COMPENSÉS : RAPPORT DU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL 57

[A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1]

VIII. PARTICIPATION DE TIERS 58

[A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2]

X. RESTRICTIONS A LA REVENTE DES MARCHANDISES 65

*Le texte ci-après est un premier projet établi par le Secrétariat, que la Commission examinera dans le cadre des travaux préparatoires relatifs au projet de guide juridique pour l'élaboration de contrats internationaux d'échanges compensés; il ne doit pas être considéré comme reflétant nécessairement les vues de la Commission.

Page

[A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3]

XI. CLAUSES DE DOMMAGES-INTÉRÊTS SPÉCIFIÉS ET CLAUSES PÉNALES 68

[A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.4]

XIII. DÉFAUT D'ACHÈVEMENT DE L'OPÉRATION D'ÉCHANGES COMPENSÉS 73

[A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5]

XIV. CHOIX DE LA LOI APPLICABLE 82

[A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6]

XV. RÈGLEMENT DES LITIGES 87

[A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7]

PROJETS D'EXEMPLES DE DISPOSITIONS 94

[A/CN.9/332/Add.8]

VII. EXÉCUTION DE L'ENGAGEMENT D'ÉCHANGES COMPENSÉS

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

A. Observations générales 1

B. Définition des contrats de fourniture à prendre en considération 2-9

1. Critères relatifs au type des marchandises 3-5
2. Critère de l'origine géographique 6
3. Critère de l'identité du fournisseur 7
4. Critère de l'identité de l'acheteur 8
5. Achats non conformes 9

C. Moment où l'engagement est exécuté 10-12

D. Montant du crédit d'exécution 13-16

E. Délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés 17-30

1. Durée du délai d'exécution 17-22
2. Prolongation du délai d'exécution 23-26
3. Sous-périodes du délai d'exécution 27-30

F. Contrôle et enregistrement de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés 31-44

1. Echange d'informations 32-34
2. Confirmation de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés 35-37
3. Comptes de relevé des opérations 38-44

A. Observations générales

1. L'accord d'échanges compensés devrait traiter plusieurs questions liées à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés : quels sont les types de contrats de fourniture qui peuvent être pris en considération pour l'exécution de l'engagement (paragraphes 2 à 9 ci-dessous) ? L'engagement d'échanges compensés est-il exécuté lorsque les parties concluent un contrat de fourniture, ou à une date ultérieure durant l'exécution dudit contrat (paragraphes 10 à 12 ci-dessous) ? Un montant équivalant au prix à payer en vertu d'un contrat de fourniture, ou un montant supérieur ou inférieur, doit-il être déduit de la partie de l'engagement non encore exécutée (paragraphes 13 à 16 ci-dessous) ? Dans quel délai l'engagement doit-il être exécuté (paragraphes 17 à 30 ci-dessous) ? Les parties voudront peut-être également déterminer les procédures de contrôle et d'enregistrement de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés (paragraphes 31 à 44 ci-dessous).

B. Définition des contrats de fourniture à prendre en considération

2. Les parties définissent normalement les contrats de fourniture qui seront pris en considération pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés ("contrats de fourniture à prendre en considération") en indiquant dans l'accord d'échanges compensés les types de marchandises qui devront être achetées dans le cadre de ces futurs contrats de fourniture. Dans certains cas, elles incluent dans l'accord d'échanges compensés des critères additionnels relatifs à l'origine géographique des marchandises, à l'identité du fournisseur ou à celle de l'acheteur. Lorsque les parties ne sont pas à même d'indiquer le type de marchandises dans l'accord d'échanges compensés, certains de ces critères peuvent être inclus aux fins de définir les contrats de fourniture à prendre en considération.

1. Critères relatifs au type des marchandises

3. Lorsque les parties définissent les contrats à prendre en considération pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés en indiquant le type de marchandises à acquérir, il leur est recommandé d'être aussi précises que possible. La précision est particulièrement souhaitable lorsqu'il existe plusieurs variétés de ces marchandises. (Les clauses de l'accord d'échanges compensés relatives aux types de marchandises sont traitées au chapitre V, "Type, qualité et quantité des marchandises", paragraphes 2 à 11.)

4. Parfois, les parties stipulent dans l'accord d'échanges compensés qu'outre l'achat des marchandises en question, d'autres éléments connexes seront pris en considération pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Il peut s'agir, par exemple, de l'achat d'échantillons et de prototypes lors du choix des marchandises, de l'emploi de main-d'œuvre locale en sous-traitance, de l'achat local de biens et services essentiels pour l'exécution d'un contrat de fourniture, d'activités non facturées exécutées par l'acheteur dans le pays du fournisseur (par exemple, recrutement de personnel, stages de formation, détachement de personnel et autres formes d'assistance technique), de l'achat au fournisseur de services de transport ou de la fourniture par l'acheteur de services après-vente relatifs aux marchandises. L'accord d'échanges compensés peut préciser qu'une proportion limitée de l'engagement d'échanges compensés peut être exécutée sous cette forme.

5. Lorsque l'acheteur a déjà effectué des achats auprès du fournisseur, l'accord d'échanges compensés peut disposer que les contrats de fourniture doivent satisfaire au critère des "quantités additionnelles" pour pouvoir être pris en considération (voir le chapitre V, paragraphes 26 et 27).

2. Critère de l'origine géographique

6. Il peut être précisé qu'un contrat de fourniture sera pris en considération si les marchandises sont produites dans une région donnée. On trouve parfois des dispositions de ce type dans les opérations de compensation industrielle indirecte, lorsque l'importateur souhaite orienter les contre-achats vers une région particulière. En outre, l'accord d'échanges compensés peut énoncer un contenu local minimum. On peut ainsi disposer que certains composants des marchandises doivent être produits localement, ou que la valeur des composants locaux doit représenter un pourcentage donné de la valeur totale. De telles dispositions sont parfois énoncées dans certaines réglementations nationales.

3. Critère de l'identité du fournisseur

7. Les parties peuvent convenir que l'exportateur doit s'acquitter de son engagement en achetant des marchandises auprès de personnes autres que l'importateur. Cela est en général le cas dans la compensation industrielle indirecte (voir le chapitre II, paragraphe 13). Dans de tels cas, il est bon que les contrats de fourniture à prendre en considération indiquent les fournisseurs auxquels les marchandises devront être achetées. L'accord d'échanges compensés peut comporter une liste de fournisseurs retenus ou énoncer les critères que devra appliquer l'acheteur pour choisir son fournisseur. L'accord peut par exemple disposer que le fournisseur retenu doit appartenir à un secteur économique donné, avoir une surface donnée, avoir un programme de production donné, être situé dans une région donnée, ou appartenir à des intérêts locaux. Lorsque plusieurs fournisseurs possibles sont recensés, l'acheteur peut être libre de répartir ses achats entre ces fournisseurs, ou bien l'accord peut préciser de quelle manière les achats seront répartis entre lesdits fournisseurs. Le fait que des fournisseurs possibles soient recensés ne signifie pas nécessairement que ces derniers se sont engagés à fournir les marchandises faisant l'objet de l'accord. Dans certains cas, l'importateur peut garantir que les fournisseurs retenus sont disposés à négocier la conclusion d'un contrat de fourniture, ou promettre d'aider l'acheteur à trouver un fournisseur qui soit disposé à conclure un contrat de fourniture. (La participation de tiers en tant que fournisseurs est traitée au chapitre VIII, paragraphe ____.) L'accord d'échanges compensés peut indiquer quelles seront les conséquences pour l'engagement d'échanges compensés si aucun des fournisseurs retenus n'est disposé à conclure un contrat de fourniture.

4. Critère de l'identité de l'acheteur

8. On rencontre parfois dans la définition des contrats de fourniture à prendre en considération une restriction concernant l'identité de l'acheteur. Par exemple, l'accord d'échanges compensés peut disposer que seuls les achats effectués par la partie s'étant engagée à acheter les marchandises ou par des tiers spécifiés (par exemple des tiers d'un pays ou d'une région donnés) doivent être pris en considération pour l'exécution de l'engagement. La question des restrictions à la participation de tiers en tant qu'acheteurs est traitée au chapitre VIII, paragraphe ____.

5. Achats non conformes

9. Les parties peuvent convenir que, dans certaines circonstances, des achats qui ne sont pas conformes aux

critères énoncés dans l'accord d'échanges compensés seront néanmoins pris en compte pour l'exécution de l'engagement. Par exemple, des achats non conformes pourront être pris en considération si les efforts déployés de bonne foi par l'acheteur pour trouver des marchandises appropriées auprès des fournisseurs retenus ou dans les régions ou secteurs économiques déterminés dans l'accord d'échanges compensés se sont révélés infructueux. Une disposition de ce type pourra préciser que l'acheteur doit faire la preuve des efforts qu'il a déployés pour effectuer des achats du type requis par l'accord d'échanges compensés. (Le cas analogue où une partie demande une prolongation du délai d'exécution est traité aux paragraphes 23 à 26 ci-dessous.) Il pourra être convenu que le consentement préalable exprès de la partie à laquelle l'engagement est dû sera nécessaire pour que des achats ne satisfaisant pas aux critères énoncés soient pris en considération. Afin d'encourager l'application des critères initiaux, l'accord d'échanges compensés pourra n'autoriser de telles exceptions que durant les dernières étapes du délai d'exécution. En outre, les parties pourront convenir que les achats qui ne sont pas conformes aux critères retenus seront pris en considération pour un montant inférieur à leur valeur totale (voir les paragraphes 14 et 15 ci-dessous).

C. Moment où l'engagement est exécuté

10. Il est bon que l'accord d'échanges compensés indique les faits précis qui doivent se produire pour que l'engagement d'échanges compensés soit exécuté. Les parties peuvent choisir entre deux approches fondamentales. Selon la première, l'engagement d'échanges compensés est réputé avoir été exécuté une fois qu'un contrat de fourniture est conclu. Dans ce cas, la violation d'une obligation en vertu du contrat de fourniture ouvrira droit aux moyens de recours prévus dans ledit contrat. Les parties peuvent convenir que, si le contrat de fourniture n'est pas exécuté pour une raison imputable à l'une des parties, le montant du contrat non exécuté pourra, au gré de l'autre partie, être rajouté à l'engagement d'échanges compensés.

11. Selon l'autre approche, l'engagement est réputé avoir été exécuté à un stade convenu de l'exécution du contrat de fourniture. Par exemple, il peut être convenu que l'acheteur a exécuté son engagement lorsque la lettre de crédit est ouverte, ou lorsque les fonds ont été transférés au fournisseur et que le fournisseur s'est acquitté de son engagement lorsque les marchandises sont livrées à l'acheteur ou mises à sa disposition de la manière convenue. Dans ces cas, s'il y a violation du contrat de fourniture, la partie qui n'est pas en faute pourra intenter un recours non seulement pour violation dudit contrat, mais également pour violation de l'accord d'échanges compensés, si l'engagement d'échanges compensés n'a pas été exécuté.

12. Les parties voudront peut-être traiter des effets qu'a la non-conclusion ou la non-exécution d'un contrat de fourniture sur l'engagement d'échanges compensés. Elles peuvent par exemple convenir, lorsqu'une telle défaillance est imputable à l'une des parties, que l'engagement d'échanges compensés non encore exécuté par l'autre partie peut, au gré de cette dernière, être réputé avoir été exécuté pour le montant de l'offre non acceptée ou du contrat non exécuté (voir le chapitre XIII, "Interdépendance des obligations", paragraphe ____).

D. Montant du crédit d'exécution

13. Dans de nombreuses opérations d'échanges compensés, le prix d'achat total d'un contrat de fourniture est déduit de l'engagement d'échanges compensés non encore exécuté (le montant déduit de cet engagement est ci-après dénommé "crédit d'exécution"). Parfois, les parties conviennent que le crédit d'exécution accordé pour un contrat de fourniture peut être d'un montant différent du prix des achats, par exemple parce qu'elles souhaitent accorder un crédit d'exécution pour certains coûts (par exemple, transport et assurance) non inclus dans le prix d'achat ou exclure du crédit certains coûts qui sont eux inclus dans le prix d'achat. Le fournisseur peut convenir de créditer de tels éléments si, par exemple, ils supposent l'achat dans son pays de services liés à l'exécution du contrat de fourniture.

14. L'accord d'échanges compensés peut disposer que les achats doivent être pris en compte pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés à des taux différents selon le type de marchandises achetées. Par exemple, un crédit d'exécution peut être accordé à un taux de 50 % de la valeur d'achat pour un type de marchandises et de 150 % pour un autre type. Ce taux variable peut être souhaitable pour un fournisseur désireux de promouvoir l'achat de certains types de marchandises. Dans une opération de compensation industrielle, l'accord d'échanges compensés peut disposer que des investissements ou des transferts de techniques seront crédités pour un montant supérieur au montant en capital de l'investissement ou à la valeur monétaire du transfert de techniques (par exemple, à 150 %). Dans la compensation industrielle directe, de même que dans les achats en retour, l'accord d'échanges compensés peut disposer qu'un certain crédit d'exécution sera accordé pour les ventes à l'exportation, autres que celles destinées au contre-importateur, qu'aura permises l'installation de production fournie par l'exportateur. Un crédit pourra également être accordé correspondant à un pourcentage de la valeur des ventes destinées à des acheteurs du pays du contre-exportateur.

15. L'accord d'échanges compensés peut également prévoir différents taux de crédit d'exécution selon l'identité du fournisseur, l'origine géographique des marchandises ou l'identité de l'acheteur. Cela, afin d'orienter les activités de l'acheteur vers des fournisseurs ou des régions donnés, ou pour introduire les marchandises sur certains marchés.

16. Le taux du crédit d'exécution peut également varier selon le moment où un achat est effectué. Dans un mécanisme de ce type, l'acheteur pourra s'acquitter de son engagement d'échanges compensés en achetant une quantité inférieure de marchandises si un contrat de fourniture est conclu au début du délai d'exécution. Ainsi, l'acheteur est incité à exécuter son engagement le plus tôt possible. Dans ce cas, il est particulièrement important que l'engagement d'échanges compensés spécifie le moment où un crédit d'exécution doit être donné (par exemple, lorsqu'une commande est passée ou un paiement effectué).

E. Délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés

1. Durée du délai d'exécution

17. Les parties devraient spécifier dans l'accord d'échanges compensés le délai autorisé pour l'exécution de l'engagement (ci-après dénommé "délai d'exécution"). L'accord d'échanges compensés peut par exemple disposer que le délai doit commencer de courir à une date déterminée et expirer à une date déterminée.

18. Selon une autre méthode, le délai d'exécution commence à courir losque se produit un fait spécifié dans l'accord d'échanges compensés, la durée du délai étant fixée. Cette méthode peut être appropriée dans diverses circonstances. Par exemple, lorsque la conclusion de l'accord d'échanges compensés précède l'entrée en vigueur du contrat d'exportation, les parties peuvent convenir que le délai d'exécution ne commencera à courir qu'après que le contrat d'exportation sera entré en vigueur. Lorsqu'au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, il n'est pas certain que les marchandises visées seront disponibles ou que l'acheteur pourra les utiliser ou les commercialiser, les parties peuvent convenir que le délai commencera de courir à compter de l'achèvement de certaines activités préparatoires (par exemple, identification des marchandises, inspection par l'acheteur, certificat de bon fonctionnement technique de l'usine produisant les marchandises, accord avec un acheteur tiers ou achèvement d'une étude commune de commercialisation). Lorsque l'exportateur souhaite que l'exécution du contrat d'exportation soit bien avancée, voire achevée, avant que l'engagement d'échanges compensés ne commence à être exécuté, les parties pourront disposer dans l'accord que le délai d'exécution commencera à courir lorsque se produira un fait lié à l'exécution du contrat d'exportation, par exemple l'ouverture de la lettre de crédit, la fourniture d'un pourcentage spécifié de marchandises ou un paiement donné. Dans une opération d'achat en retour, le moment approprié pourra être le commencement de la production, dans l'installation fournie en application du contrat d'exportation, des articles devant être achetés en retour. Afin qu'il soit possible de déterminer si les conditions entraînant le commencement du délai d'exécution ont bien été réunies, il est bon que l'accord d'échanges compensés énonce lesdites conditions, ainsi que les obligations connexes des parties, de la manière la plus précise possible.

19. Pour déterminer la durée du délai d'exécution, les parties devraient tenir compte d'un certain nombre de facteurs, notamment l'ampleur et le type de l'opération envisagée. Par exemple, lorsque l'engagement d'échanges compensés est important et prévoit une série d'expéditions, il faudra normalement plus de temps pour exécuter l'engagement que dans le cas d'une opération relativement peu importante. Lorsque l'accord définit les marchandises dans des termes généraux, il faudra peut-être fixer un délai d'exécution plus long, afin que l'on puisse disposer de suffisamment de temps pour identifier des marchandises appropriées. La qualité des marchandises peut également avoir des incidences sur la durée du délai. Plus la qualité doit être élevée, plus il sera facile à l'acheteur de commercialiser ou d'utiliser lui-même les marchandises, ce qui permettra de fixer un délai d'exécution plus bref.

20. Dans certains cas, la durée du délai est fixée de telle manière que celui-ci se prolonge au-delà de la date à laquelle le paiement est dû en vertu du contrat d'exportation. Une telle méthode permet à l'exportateur de s'acquitter de l'engagement d'échanges compensés après la date à laquelle le paiement est dû en vertu du contrat d'exportation. Dans un tel cas, l'importateur a intérêt à prévoir dans l'accord d'échanges compensés des sanctions efficaces en cas de non-respect de l'engagement.

21. Les parties pourront convenir que le délai d'exécution pour les expéditions dans une direction doit être de même longueur que le délai prévu pour les expéditions dans l'autre direction. Une telle méthode peut être appropriée lorsque les parties n'attachent pas une importance particulière à l'ordre dans lequel les expéditions dans les deux directions seront effectuées, par exemple, dans le cas d'échanges compensés effectués dans le cadre d'un compte de compensation (chapitre IX, "Paiement", paragraphes 35 à 52) ou d'un compte de relevé des opérations (paragraphes 38 à 44 ci-dessous). Elle peut également être appropriée dans le cas d'opérations de contre-achat dans lesquelles le contre-importateur est disposé à commencer d'exécuter l'engagement d'échanges compensés sans attendre de recevoir paiement pour le contrat d'exportation.

22. Le délai d'exécution devrait être suffisamment long pour tenir compte des difficultés auxquelles peut se heurter le fournisseur dans la mise à disposition des marchandises. Si les marchandises ne sont pas disponibles à temps, l'acheteur pourra s'opposer à ce que le fournisseur intente un recours pour non-exécution de l'engagement d'échanges compensés en avançant que la non-exécution est due à la non-disponibilité de marchandises. Si l'acheteur est habilité à choisir les marchandises sur une liste de marchandises appropriées, la durée requise pour fournir chacune des différentes marchandises figurant sur la liste devra être prise en compte pour le calcul de la longueur du délai.

2. Prolongation du délai d'exécution

23. Pour exécuter l'engagement d'échanges compensés, les parties pourront avoir besoin de plus de temps qu'il n'était prévu dans l'accord. Par exemple, un acheteur pourra se heurter à des difficultés imprévues en ce qui concerne l'utilisation ou la revente des marchandises à acheter. Un fournisseur pourra éprouver des difficultés à mettre à disposition des marchandises dans les délais prévus.

24. La loi applicable à l'accord d'échanges compensés peut prévoir une prolongation du délai d'exécution des obligations contractuelles d'une partie au cas où cette exécution serait affectée par des circonstances indépendantes de la volonté de ladite partie. Les parties voudront peut-être inclure dans l'accord d'échanges compensés des clauses traitant de ces cas. (On trouvera au chapitre XIII, paragraphes ____ à ____, un examen des clauses d'exonération et des clauses d'adaptation.)

25. L'accord d'échanges compensés peut disposer qu'une prolongation sera accordée si la partie en faisant la demande s'est efforcée de bonne foi de s'acquitter de son

engagement. Il est bon qu'une telle disposition indique de quelle manière l'acheteur pourra démontrer qu'il a fait des efforts de bonne foi. Par exemple, dans le cas de la compensation industrielle indirecte, il peut être prévu que l'acheteur devra montrer qu'il a pris un certain nombre de contacts avec des fournisseurs potentiels, afin de trouver des marchandises appropriées. L'accord d'échanges compensés peut également disposer que, si le fournisseur n'a pu mettre les marchandises à disposition en raison de circonstances spécifiées dans l'accord d'échanges compensés, il aura droit à une prolongation du délai. Ces circonstances peuvent être notamment les suivantes : commande passée tardivement par l'acheteur ou modification des spécifications énoncées par lui. Il pourra être convenu qu'une partie ne pourra demander une prolongation du délai d'exécution que si elle s'est déjà acquittée d'un certain pourcentage de l'engagement d'échanges compensés.

26. Si l'exécution de l'engagement d'échanges compensés fait l'objet d'une garantie, il est bon que les parties prévoient que la période de garantie sera prolongée pour couvrir toute prolongation du délai d'exécution (voir le chapitre XII, "Garantie de bonne exécution", paragraphes 33 et 34).

3. Sous-périodes du délai d'exécution

27. Lorsque l'exécution de l'engagement d'échanges compensés suppose de nombreuses expéditions pendant une longue période, les parties voudront peut-être diviser le délai en sous-périodes. Par exemple, un délai d'exécution de cinq ans pourrait être divisé en cinq sous-périodes annuelles, une proportion donnée de l'engagement total devant être exécutée durant chaque sous-période. Une telle méthode permet aux parties de planifier plus facilement la fourniture et la commercialisation des marchandises et de veiller à ce que l'exécution ne prenne pas un retard tel qu'elles ne puissent plus, durant les dernières étapes du délai d'exécution, s'acquitter de leur engagement non encore exécuté.

28. L'accord d'échanges compensés peut être relativement souple, pour ce qui est des retards dans l'exécution de l'engagement pour une sous-période donnée, en autorisant le report de tout ou partie du retard accumulé sur la sous-période suivante, auquel cas l'acheteur devra, durant ladite sous-période, s'acquitter de la partie de l'engagement prévue pour cette sous-période, ainsi que de la partie de l'engagement reportée de la période précédente. Pour ce qui est de la partie non reportée, des sanctions pourront être prises pour défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir les chapitres XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", et XII, "Garantie de bonne exécution"). Cette solution permettra à l'acheteur d'ajuster la quantité à acheter durant une sous-période donnée, compte tenu de circonstances telles que les fluctuations à court terme sur le marché. Toutefois, une souplesse excessive risque de nuire aux intérêts du fournisseur si le produit des ventes durant chaque sous-période doit être utilisé pour effectuer des paiements au titre du contrat de fourniture dans l'autre direction.

29. Pour ce qui est du cas où l'exécution durant une sous-période donnée dépasserait le niveau requis, les parties pourront convenir que tout ou partie des achats supplémentaires sera porté au crédit de l'engagement dû pour la sous-période suivante, ou bien qu'une exécution excédentaire durant une sous-période donnée ne modifiera pas le niveau de l'engagement à exécuter durant la sous-période suivante.

30. Les parties voudront peut-être fixer des dates limites, dans le cadre du délai d'exécution, pour différentes actions liées à l'engagement d'échanges compensés. Par exemple, elles pourront stipuler de telles dates pour la fourniture d'échantillons, la passation des commandes, l'expédition de marchandises ou l'ouverture de lettres de crédit.

F. Contrôle et enregistrement de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés

31. Les parties voudront peut-être envisager d'établir des procédures de contrôle et d'enregistrement des progrès réalisés dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. De telles procédures peuvent être particulièrement utiles dans les opérations à long terme prévoyant des expéditions multiples dans l'une ou l'autre direction.

1. Echange d'informations

32. Les parties voudront peut-être mettre en place des procédures relatives à l'échange d'informations sur les progrès réalisés dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Ces procédures sont utiles en particulier dans les opérations de compensation industrielle indirecte (chapitre II, "Introduction", paragraphe 13), car l'engagement d'échanges compensés est alors dû à une personne qui ne fait pas office de fournisseur des marchandises et les fournisseurs éventuels ne sont donc pas parties à l'engagement. Un mécanisme d'échange d'informations est également utile lorsque les parties effectuent entre elles des échanges importants, notamment lorsqu'une certaine proportion de ces échanges seulement s'inscrit dans le cadre de l'accord d'échanges compensés.

33. Les parties peuvent inclure dans l'accord d'échanges compensés des directives concernant la teneur des informations à échanger, ainsi que la fréquence et le calendrier de ces échanges. Les informations pourront porter, par exemple, sur les contrats qui ont été conclus et qui peuvent être pris en compte pour l'exécution (notamment lorsqu'ils ont été conclus avec un tiers), les expéditions qui ont été faites, les paiements qui ont été effectués conformément aux procédures convenues et les achats qui sont envisagés pour la sous-période à venir du délai d'exécution. En outre, les parties à l'accord d'échanges compensés jugent parfois utile de se rencontrer périodiquement pour évaluer les progrès réalisés. Ces réunions peuvent permettre d'examiner le statut des contrats qui ont été conclus et de ceux qui sont en cours de négociation et d'envisager les modifications qui pourront être apportées à l'accord d'échanges compensés. L'accord pourra traiter de questions telles que la fréquence et le lieu de ces réunions et la représentation des parties.

34. Dans les opérations particulièrement complexes qui exigent un contrôle et une coordination permanents, les parties voudront peut-être prévoir dans l'accord d'échanges compensés la création d'un comité mixte de coordination. Il est bon que les parties traitent de questions telles que la fréquence et le lieu des réunions, la représentation des deux parties, la manière dont les résultats des réunions seront rapportés et le mandat du comité. Ce mandat consistera en général à évaluer les progrès réalisés dans l'exécution de l'opération, à analyser les difficultés et à envisager des solutions, à créer des groupes de travail pour traiter de problèmes précis et à examiner des propositions de modification de l'accord d'échanges compensés.

2. *Confirmation de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés*

35. Les parties pourront convenir que l'acheteur a le droit d'obtenir de la partie à laquelle l'engagement est dû une confirmation écrite de l'exécution de l'engagement. Cette confirmation peut prendre la forme d'une déclaration du fournisseur (parfois appelée "certificat libératoire"). Les parties pourront convenir que le certificat libératoire est une condition du paiement dû au titre du contrat de fourniture conclu en application de l'engagement (par exemple, les dispositions de la lettre de crédit peuvent spécifier que le certificat libératoire doit figurer parmi les documents à présenter à la banque pour obtenir paiement). L'exécution de l'engagement peut également être confirmée par une clause du contrat de fourniture disposant que le contrat est conclu en exécution de l'engagement d'échanges compensés.

36. La confirmation écrite de l'exécution vise à éviter les désaccords qui peuvent se produire après qu'un contrat de fourniture donné a été exécuté, lorsqu'il s'agit de déterminer si ledit contrat doit être ou non pris en considération pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Elle peut également être utile à une partie qui souhaite démontrer (par exemple lorsqu'elle négocie d'autres accords d'échanges compensés) qu'elle s'acquitte comme il convient de ses engagements en la matière.

37. Lorsque des confirmations écrites sont envisagées dans le cadre d'une opération multiparties (voir le chapitre VIII, "Participation de tiers", paragraphes ____ à ____), il est bon que l'accord d'échanges compensés indique si l'exécution de l'engagement doit être confirmée par le fournisseur des marchandises ou par la partie envers laquelle l'engagement a été pris. Faute d'une telle indication, il peut y avoir désaccord entre l'acheteur et la partie envers laquelle l'engagement a été pris quant à la portée d'une déclaration faite par un fournisseur tiers, selon laquelle un contrat de fourniture s'inscrit dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés, ou d'une clause à cet effet figurant dans un contrat de fourniture conclu avec un fournisseur tiers.

3. *Comptes de relevé des opérations*

38. Les parties peuvent convenir que leurs expéditions mutuelles de marchandises doivent être portées sur un registre qu'elles tiendront elles-mêmes, ou qui sera tenu par une banque ou par un organisme de contrôle. Ce registre est appelé ci-après "compte de relevé des opérations", terme fréquemment utilisé dans la pratique. Ce compte n'est pas un mécanisme de paiement. Il est en fait utilisé pour enregistrer la conclusion, l'exécution et la valeur des contrats de fourniture, le financement et le paiement étant organisés séparément. Avec un compte de relevé des opérations, les parties prennent un engagement d'échanges compensés d'une valeur donnée, puis concluent des contrats de fourniture dans les deux directions, sans avoir à négocier un engagement d'échanges compensés pour chaque contrat. Ces comptes peuvent être utilisés quand il y a plusieurs parties d'un côté ou des deux côtés de l'opération. Ils sont particulièrement utiles dans les opérations d'échanges compensés à long terme pour contrôler la valeur cumulée des achats effectués dans les deux directions et donc aider les parties à remédier aux déséquilibres qui pourraient se produire.

39. L'utilisation d'un compte de relevé des opérations peut être soumise à une réglementation nationale indiquant de quelle manière doit fonctionner un tel compte et disposant que ce compte doit être géré par un organisme de contrôle, tel que la banque centrale ou une banque du commerce extérieur. Si le compte de relevé des opérations est géré par un organisme de contrôle, l'acheteur peut avoir accès à une plus grande diversité de marchandises et de partenaires commerciaux. Les réglementations nationales peuvent également disposer que ces comptes sont soumis à autorisation. Cette autorisation pourra n'être donnée que pour des opérations d'échanges compensés dépassant un niveau minimum et à condition que les parties soient effectivement présentes dans un pays donné. Dans certains cas, le compte est autorisé à condition que les achats effectués par des tiers ne soient pas pris en compte pour l'exécution de l'engagement; une telle restriction peut être imposée lorsque ce compte est autorisé afin de permettre l'établissement de relations commerciales à long terme avec une partie donnée. Les marchandises à échanger peuvent être limitées à celles qui ont été convenues par les parties ou à celles que l'organisme de contrôle souhaite promouvoir.

40. Lorsque les parties sont libres de créer un compte de relevé des opérations, elles peuvent décider de gérer ce compte elles-mêmes, ou d'engager une banque ou des banques à cette fin. Diverses structures sont possibles, selon que le compte est géré par une partie, par les deux parties, ou par une ou plusieurs banques engagées par les parties. Par exemple, des comptes parallèles pourront être créés par une partie ou une banque pour chaque côté de l'opération, comptes sur lesquels les fournitures seront créditées et les achats débités. Chaque compte parallèle pourra comporter deux registres, l'un faisant la liste des contrats conclus dans chaque direction, l'autre indiquant les paiements effectués. Si des banques doivent gérer le compte, les parties voudront peut-être faire appel à celles qui gèrent le paiement des contrats de fourniture.

41. L'accord d'échanges compensés devrait spécifier les documents requis pour que des écritures soient portées sur le compte de relevé des opérations (par exemple, copies de contrats, preuve de l'ouverture de lettres de crédit, ou docu-

ments d'expédition). Ces exigences documentaires doivent être conformes aux dispositions de l'accord d'échanges compensés concernant le moment auquel l'engagement est réputé avoir été exécuté (voir les paragraphes 10 à 12 ci-dessus). Afin de réduire au minimum les problèmes administratifs, les parties voudront peut-être aligner dans toute la mesure possible les conditions documentaires relatives au compte de relevé des opérations sur celles énoncées par tout organisme gouvernemental contrôlant l'opération d'échanges compensés.

42. Il est bon que les parties traitent dans l'accord d'échanges compensés de la question des écarts par rapport au ratio convenu entre la valeur des expéditions faites dans une direction et celle des expéditions dans l'autre direction. Il est bon qu'elles conviennent que, durant le délai d'exécution, la valeur des expéditions pourra s'écarter du ratio convenu, mais que ce dernier devra être atteint à la conclusion du délai d'exécution, ou à des étapes spécifiées de ce délai. Les parties pourront en outre convenir que tout écart durant le délai d'exécution devra rester dans des limites données. Par exemple, la valeur des expéditions dans une direction ne devra pas être inférieure à 60 % ou supérieure à 120 % de la valeur des expéditions dans l'autre direction. Il pourra être convenu que, si une partie ne conclut pas les contrats de fourniture requis pour arriver au ratio convenu, elle encourra des sanctions (voir les chapitres XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", et XII, "Garantie de bonne exécution"). Il est bon de préciser dans l'accord d'échanges compensés quels seront les écarts qui seront tolérés.

43. Afin de réduire au minimum les erreurs ou incohérences dans le compte de relevé des opérations, les parties pourront convenir de vérifier à des moments donnés les informations qui y sont portées.

44. Lorsque deux banques sont chargées de gérer le compte de relevé des opérations, les détails techniques relatifs à la tenue de compte peuvent faire l'objet d'un accord interbanques. Les parties ont intérêt à connaître la teneur d'un tel accord, bien qu'elles n'y soient normalement pas parties. Il est donc bon qu'elles consultent les banques, afin de s'assurer que le compte créé par les banques est acceptable pour elles.

[A/CN.9/WG.IV/WP.51]

OPÉRATIONS INTERNATIONALES D'ÉCHANGES COMPENSÉS : PROJETS DE CHAPITRES DU GUIDE JURIDIQUE POUR L'ÉLABORATION DE CONTRATS INTERNATIONAUX D'ÉCHANGES COMPENSÉS : RAPPORT DU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL

1. A sa dix-neuvième session (1986), lors de l'examen d'une note du Secrétariat intitulée "Travaux futurs concernant le nouvel ordre économique international" (A/CN.9/277), la Commission s'est penchée sur la question de ses travaux futurs dans le domaine des échanges compensés. Un nombre considérable de délégations ont jugé qu'il fallait entreprendre des travaux sur cette question et le Secrétariat a été prié d'établir une étude préliminaire sur ce sujet[1].

2. A sa vingt et unième session (1988), la Commission était saisie d'un rapport intitulé "Etude préliminaire des aspects juridiques des opérations internationales des échanges compensés" (A/CN.9/302). La Commission a décidé, à titre préliminaire, qu'il serait souhaitable d'établir un guide juridique sur l'élaboration des contrats d'échanges compensés. Afin qu'elle puisse être à même de décider des mesures qui pourraient être prises ultérieurement, la Commission a prié le Secrétariat d'établir, pour sa vingt-deuxième session, une ébauche de guide juridique (A/43/17, par. 32 à 35).

3. A sa vingt-deuxième session (1989), la Commission a examiné un rapport intitulé "Ebauche de la teneur et de la structure possibles d'un guide juridique pour l'élaboration de contrats internationaux d'échanges compensés" (A/CN.9/322). Il a été décidé que la Commission élaborerait ce guide et le Secrétariat a été prié d'établir pour la session suivante de la Commission des projets de chapitres du guide juridique (A/44/17, par. 245 à 249).

4. A sa vingt-troisième session (1990), la Commission a examiné les documents ci-après établis par son secrétariat : la structure proposée pour le guide juridique (A/CN.9/332, par. 6); une ébauche du chapitre d'introduction au guide juridique (A/CN.9/332/Add.1); le projet de chapitre II : "Portée et terminologie du guide juridique" (A/CN.9/332/Add.1); le projet de chapitre III : "Approche contractuelle" (A/CN.9/332/Add.2); le projet de chapitre IV : "Remarques générales sur la rédaction" (A/CN.9/332/Add.3); le projet de chapitre V : "Type, qualité et quantité des marchandises" (A/CN.9/332/Add.4); le projet de chapitre VI : "Etablissement du prix des marchandises" (A/CN.9/332/Add.5); le projet de chapitre IX : "Paiement" (A/CN.9/332/Add.6); et le projet de chapitre XII : "Garantie de bonne exécution" (A/CN.9/332/Add.7). Le projet de chapitre VII : "Exécution de l'engagement d'échanges compensés" (A/CN.9/332/Add.8) a été soumis à la Commission mais n'a pas pu être examiné[2].

5. La Commission a noté qu'il y avait un accord général sur la méthode adoptée pour la rédaction des projets de chapitres, tant en ce qui concerne la structure du guide juridique que la nature de la description et des avis y figurant (A/45/17, par. 16).

6. La Commission a décidé que le Secrétariat terminerait la mise au point des projets de chapitres restants et les présenterait, en même temps que le projet de chapitre VII : "Exécution de l'engagement d'échanges compensés" (A/CN.9/332/Add.8) au Groupe de travail des paiements internationaux. La Commission a en outre décidé que le

[1] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-neuvième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, supplément n° 17* (A/41/17), par. 243.

[2] On trouvera le résumé des débats de la Commission sur ces projets de chapitres (A/CN.9/332/Add.1 à 7) à l'annexe I au rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-troisième session (A/45/17).

Secrétariat remanierait les chapitres qu'il avait présentés à la vingt-troisième session ainsi que ceux qui devaient être soumis au Groupe de travail des paiements internationaux en tenant compte des débats de ces sessions. Enfin, la Commission a décidé que le texte final du guide juridique lui serait présenté à sa vingt-cinquième session, en 1992 (A/45/17, par. 17 et 18).

7. On trouve dans les additifs 1 à 6 au présent document les projets de chapitres VIII, X, XI, XIII, XIV et XV, établis conformément à la décision susmentionnée de la Commission. On trouve dans l'additif 7 des dispositions données à titre d'exemples qui pourront être utilisées lors de la rédaction d'accords d'échanges compensés; ces dispositions seront vraisemblablement énoncées dans des notes de bas de page figurant dans les différents chapitres du texte final du guide juridique. Lorsqu'il a élaboré ces projets de chapitres et ces projets de dispositions, le Secrétariat a tenu compte d'un grand nombre de documents, contrats, ouvrages et articles pertinents. Il a de plus bénéficié des observations d'un groupe d'experts qu'a réuni le Secrétariat de la Commission à Vienne, du 12 au 15 décembre 1989.

8. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la structure de ces chapitres et déterminer s'ils traitent de questions pertinentes, s'ils tiennent dûment compte des exigences de la pratique en matière d'échanges compensés et si les conseils donnés sont judicieux.

9. La structure qui est proposée pour le guide juridique est la suivante :

I. INTRODUCTION AU GUIDE JURIDIQUE. Ce projet de chapitre, où sont exposés la genèse, l'objet, l'optique et la structure du guide juridique, sera établi pour la vingt-cinquième session de la Commission (une ébauche de ce projet de chapitre a été publiée sous la cote A/CN.9/332/Add.1).

II. PORTÉE ET TERMINOLOGIE DU GUIDE JURIDIQUE (A/CN.9/332/Add.1)*

III. APPROCHE CONTRACTUELLE (A/CN.9/332/Add.2)*

IV. REMARQUES GÉNÉRALES SUR LA RÉDACTION (A/CN.9/332/Add.3)*

V. TYPE, QUALITÉ ET QUANTITÉ DES MARCHANDISES (A/CN.9/332/Add.4)*

VI. ÉTABLISSEMENT DU PRIX DES MARCHANDISES (A/CN.9/332/Add.5)*

VII. EXÉCUTION DE L'ENGAGEMENT D'ÉCHANGES COMPENSÉS. Ce projet de chapitre, publié sous la cote A/CN.9/332/Add.8, a été renvoyé par la Commission au Groupe de travail des paiements internationaux.

VIII. PARTICIPATION DE TIERS (additif 1 au présent document)

IX. PAIEMENT (A/CN.9/332/Add.6)*

X. RESTRICTIONS A LA REVENTE DES MARCHANDISES (additif 2 au présent document)

XI. CLAUSES DE DOMMAGES ET INTÉRÊTS SPÉCIFIÉS ET CLAUSES PÉNALES (additif 3 au présent document)

XII. GARANTIE DE BONNE EXÉCUTION (A/CN.9/332/Add.7)*

XIII. PROBLÈMES D'ACHÈVEMENT DE L'OPÉRATION D'ÉCHANGES COMPENSÉS (additif 4 au présent document)

XIV. CHOIX DE LA LOI APPLICABLE (additif 5 au présent document)

XV. RÈGLEMENT DES LITIGES (additif 6 au présent document).

*Ce projet de chapitre, soumis à la Commission à sa vingt-troisième session (1990), sera révisé compte tenu des débats de cette session et des observations qui pourront être formulées à la vingt-troisième session du Groupe de travail des paiements internationaux (1991), et sera soumis à la Commission à sa vingt-cinquième session en 1992.

[A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1]

VIII. PARTICIPATION DE TIERS

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Observations de caractère général	1-3
B. Achat de marchandises de compensation	4-36
1. Accord d'échanges compensés	8-18
a) Choix des tiers	10-14
b) Responsabilité relative à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés	15-18
2. Relations contractuelles entre la partie qui s'est initialement engagée et le tiers désigné	19-36
a) L'engagement pris par le tiers d'acheter des marchandises	19-27
b) Honoraires du tiers	28-32
c) Clauses d'indemnisation	33
d) Exclusivité du mandat du tiers	34-36
C. Fourniture des marchandises de compensation	37-44
D. Echanges compensés multiparties	45-49

A. Observations de caractère général

1. Le présent chapitre traite des cas où une partie, au lieu d'acheter ou de fournir des marchandises dans une direction donnée, confie cette tâche à un tiers. On examine à la Section B les cas où la partie qui s'est initialement engagée à acheter des marchandises confie à un tiers le soin de faire cet achat. On examine à la Section C les cas où un tiers est désigné pour fournir des marchandises. Le présent chapitre traite aussi des cas où le fournisseur de marchandises dans une direction ne s'engage pas à acheter des marchandises en retour, mais où un acheteur tiers s'y engage dès le début de l'opération; ces cas sont traités à la Section D où l'on examine aussi les cas où l'acheteur de marchandises dans une direction ne s'engage pas à fournir des marchandises en retour, mais où un fournisseur tiers s'y engage d'emblée.

2. Dans le guide juridique, on ne traite pas des cas où la partie qui s'est engagée à acheter des marchandises ne confie à une autre personne que la tâche de déterminer à qui les marchandises pourraient être revendues, ou de la représenter pour la revente de ces marchandises. En pareil cas, cette autre personne n'achète pas les marchandises en son nom propre. Le recours par l'acheteur à de telles prestations n'est pas examiné ici parce que l'accord du fournisseur n'est généralement pas requis et que l'accord d'échanges compensés ne régit donc pas la participation de ces autres personnes.

3. Les cas dans lesquels la partie qui s'est engagée à acheter des marchandises les achète elle-même puis les revend ne sont pas couverts par le présent chapitre. Les diverses restrictions qui peuvent s'appliquer à la revente de marchandises de compensation sont examinées au chapitre X.

B. Achat de marchandises de compensation

4. Il arrive fréquemment que la partie qui s'est engagée à acheter des marchandises ne soit pas en mesure d'utiliser lesdites marchandises, ou n'ait ni les moyens ni le savoir-faire nécessaires pour les écouler. En pareil cas, elle souhaitera peut-être s'assurer les services d'un ou plusieurs tiers chargés d'effectuer les achats conformément à l'engagement conclu. Ces tiers peuvent être, par exemple, l'utilisateur final des marchandises ou une société de négoce spécialisée dans l'achat et la revente de certains types de marchandises.

5. L'acheteur tiers qui accepte de participer à l'opération d'échanges compensés s'engage auprès de la partie qui s'est initialement engagée (c'est-à-dire uniquement vis-à-vis de la partie qui l'a désigné) à acheter des marchandises auprès du fournisseur dans un délai convenu. Dans certains cas, le tiers s'engage lui aussi vis-à-vis du fournisseur à conclure ultérieurement des contrats. Comme l'engagement du tiers porte sur la conclusion ultérieure de contrats, on y traite de questions telles que le type, la qualité, la quantité et le prix des marchandises devant faire l'objet de ces contrats, le délai dans lequel l'engagement doit être exécuté, les restrictions à la revente des marchandises, la garantie d'exécution, les dommages-intérêts spécifiés ou les pénalités, et le règlement des litiges (les effets de l'engagement contracté par le tiers sont examinés plus loin aux paragraphes 15 et 16; les conditions de cet engagement sont examinées plus loin au paragraphe 20).

6. Lorsqu'il y a désignation d'un acheteur tiers, il arrive fréquemment que les obligations de payer nées des contrats de fourniture dans chaque direction doivent être acquittées séparément. En pareil cas, les problèmes de paiement qui se posent ne sont pas propres aux opérations d'échanges compensés. Toutefois, on peut convenir de lier les paiements dans les deux sens afin que les sommes versées en règlement du contrat de fourniture dans un sens soient utilisées pour le règlement du contrat de fourniture dans l'autre sens. On se reportera aux paragraphes 61 à 67 du chapitre IX ("Paiement") pour l'examen de ces mécanismes de paiements liés.

7. Il arrive que les parties à l'accord d'échanges compensés conviennent que la partie effectuant des achats en sus de ce qu'exige l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sera autorisée à utiliser le crédit ainsi constitué en vue d'acquitter des engagements d'échanges compensés qu'il pourra devoir assumer à l'avenir. L'acheteur qui accumule de tels crédits pourra aussi être autorisé à céder ces crédits à un tiers (on se reportera aux paragraphes 13 à 16 du chapitre VII : "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", pour l'examen des crédits d'exécution). La cession d'un crédit d'exécution à un tiers autoriserait ce dernier à vendre des marchandises à la partie qui a initialement accordé ce crédit d'exécution et à réduire ainsi tout engagement d'échanges compensés du montant du crédit d'exécution cédé. Une telle cession peut entraîner le versement d'une commission par le tiers au cédant du crédit d'exécution. Dans certains pays, le droit de cession du crédit d'échanges compensés est réglementé.

I. Accord d'échanges compensés

8. Lorsque les parties, au commencement de l'opération, prévoient que la partie qui s'engage à acheter des marchandises pourra désigner un acheteur tiers, il est bon que cette possibilité soit couverte par l'accord d'échanges compensés. Faute d'une disposition autorisant la désignation d'un tiers, un désaccord peut surgir sur le point de savoir si la partie qui s'est initialement engagée est bien autorisée à désigner un tiers chargé de s'acquitter de l'engagement d'échanges compensés. La partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises pourra estimer que cet engagement n'est pas une obligation personnelle et que, même sans le consentement du fournisseur, l'engagement pourra être acquitté par des achats opérés par un tiers désigné par elle. Le fournisseur, de son côté, pourra estimer que les achats doivent être effectués par la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises; il pourra y être incité parce qu'il croit, par exemple, que la revente des marchandises par la partie avec qui a été conclu l'accord d'échanges compensés ouvrirait le marché à ces marchandises, ou en préserverait l'image.

9. La participation de tiers à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés est parfois régie par des règles de droit impératives, qui peuvent définir les conditions d'aptitude des tiers, ou exiger que la participation de tiers

soit autorisée par les pouvoirs publics. Une des raisons souvent avancées pour justifier de telles restrictions est le souci d'éviter que les marchandises ne soient écoulées sur les marchés d'exportation traditionnels de l'Etat en question.

a) *Choix des tiers*

10. Les clauses qui dans les accords d'échanges compensés autorisent la désignation de tiers peuvent être rédigées de telle manière que la partie qui s'est engagée initialement à acheter les marchandises soit libre de choisir le tiers. Il serait bon que ces clauses disposent que l'avis de désignation d'un tiers devra être communiqué au fournisseur avant que le tiers désigné n'achète les marchandises.

11. Il arrive que l'accord d'échanges compensés restreigne la liberté de choix du tiers de la partie qui s'est initialement engagée à acheter des marchandises. Ces restrictions peuvent être de divers types. Par exemple, l'accord d'échanges compensés peut désigner un tiers, ou bien donner des listes de tiers agréés, ou bien encore énoncer des critères à appliquer pour le choix des tiers. Lorsque l'accord d'échanges compensés désigne le tiers ou comporte une liste de tiers potentiels présélectionnés, l'accord d'échanges compensés peut prévoir le choix d'un autre tiers si les tiers énumérés ne sont pas en mesure d'acheter des marchandises.

12. On peut aussi restreindre la liberté de choisir un tiers en stipulant que la partie qui s'est initialement engagée à acheter des marchandises ne pourra désigner un tiers qu'avec l'accord du fournisseur. Pour que la désignation du tiers se fasse rapidement, on pourra convenir que le fournisseur sera réputé avoir donné son accord s'il ne s'y est pas opposé dans un délai donné. On pourrait utilement préciser dans l'accord d'échanges compensés quels types de renseignements sur un tiers proposé devront être fournis à l'acheteur par la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises (surface financière du tiers proposé et type et quantité des marchandises à acheter, par exemple). L'accord d'échanges compensés pourra énoncer les différents types d'objections opposables, ceci afin de restreindre le pouvoir discrétionnaire du fournisseur. Les objections opposables pourraient être, par exemple, le fait que le tiers proposé est déjà le partenaire commercial du fournisseur, ou bien qu'il écoule des marchandises produites par des concurrents du fournisseur, ou encore qu'il ne s'est pas précédemment acquitté d'une obligation qu'il avait vis-à-vis du fournisseur, ou bien qu'un litige les a opposés.

13. Le fournisseur peut, pour diverses raisons, souhaiter restreindre la liberté de choix de la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises. On citera notamment le souci d'écarter certains tiers. Ainsi, on peut imaginer des restrictions visant à empêcher que la vente à des personnes qui sont déjà des clients ne soit comptabilisée dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, ou à empêcher la désignation de personnes opérant sur un marché donné (en raison d'accords de distribution en vigueur sur ce marché ou en raison de règles applicables aux échanges avec le pays visé, par exemple), ou à garantir que des marchandises dont l'utilisation exige certaines précautions ne seront pas acquises par des parties qui n'ont pas été formées à leur utilisation. On peut aussi souhaiter sélectionner certains tiers. Par exemple, on peut imaginer une restriction visant à obtenir la désignation d'un tiers d'un certain pays ou marché, ou d'un tiers possédant une expérience de certains produits ou marchés (parce que le fournisseur souhaite introduire les marchandises sur un marché donné, par exemple).

14. Les parties doivent avoir présent à l'esprit, toutefois, que toute restriction de la liberté de choix de l'acheteur peut avoir des inconvénients. Ainsi, la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises devra sans doute comptabiliser dans le coût de l'opération le risque que la commission exigée par le tiers pour l'achat des marchandises de compensation (voir plus loin les paragraphes 28 à 31) soit plus élevée que les commissions pratiquées par d'autres tiers, ou le risque que le tiers n'achète pas les marchandises. Les parties pourront convenir que certains de ces risques seront assumés par le fournisseur qui insiste pour que tel ou tel tiers soit retenu. Par exemple, on pourrait convenir que la responsabilité de la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises au titre de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale sera limitée au montant qu'elle pourra recouvrer auprès du tiers.

b) *Responsabilité relative à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés*

15. Les parties à l'accord d'échanges compensés ont intérêt à examiner la question de savoir qui serait responsable vis-à-vis du fournisseur au cas où le tiers désigné n'effectuerait pas les achats qui sont nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Pour pouvoir répondre à cette question, il importe de savoir si le tiers désigné s'est engagé à acheter les marchandises uniquement vis-à-vis de la partie qui l'a désigné, ou s'il est aussi engagé vis-à-vis de la partie qui fournit les marchandises (voir plus haut le paragraphe 5).

16. Lorsque le tiers désigné ne s'est engagé que vis-à-vis de la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises, celle-ci est seule responsable vis-à-vis du fournisseur, même si un tiers a été désigné. Toutefois, lorsque ce tiers s'engage à la fois vis-à-vis de la partie qui s'est initialement engagée et du fournisseur, on peut envisager deux approches concernant ledit engagement. La première consiste à stipuler dans l'accord d'échanges compensés que l'engagement de la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises sera préservé; en pareil cas, tant la partie qui s'est initialement engagée que le tiers désigné seront responsables vis-à-vis du fournisseur pour l'exécution de l'engagement et, en dernière analyse, la partie qui s'est initialement engagée et le tiers désigné règleront entre eux la question de la responsabilité conformément au contrat qui les lie. Une telle approche pourra être retenue lorsque l'engagement pris par le tiers vis-à-vis du fournisseur de conclure ultérieurement des contrats d'achat n'est pas entouré des mêmes garanties que l'engagement d'échanges compensés pris par la partie qui s'est initialement engagée, ou lorsque

le fournisseur soit n'a jamais traité avec le tiers désigné, soit a connu des déboires lorsqu'il a traité avec lui. L'autre approche consisterait à stipuler que, lorsque le tiers désigné assume l'engagement, la partie qui s'est initialement engagée est libérée de l'engagement d'échanges compensés et que seul le tiers désigné est responsable vis-à-vis du fournisseur pour la conclusion ultérieure de contrats. Pour que cette substitution des parties responsables vis-à-vis du fournisseur puisse s'effectuer, les parties pourront convenir d'une cession de l'engagement d'échanges compensés par la partie qui s'est engagée initialement au tiers désigné. Le droit général des contrats de la plupart des pays comporte des dispositions sur la cession d'obligations contractuelles qui s'appliqueraient à la cession d'un engagement d'échanges compensés. Autre méthode de substitution des parties : la partie qui s'est initialement engagée et le fournisseur conviennent de mettre fin à leur engagement d'échanges compensés au moment où le tiers désigné s'engage à conclure des contrats avec le fournisseur. Afin qu'il ne soit pas mis fin à l'engagement initial d'échanges compensés avant que l'engagement du tiers désigné ne prenne effet, il serait judicieux de stipuler dans l'accord d'échanges compensés que celui-ci ne prendra fin que lorsque l'engagement du tiers aura pris effet.

17. Comme l'indique le paragraphe 20, les tiers limitent parfois leur engagement à une promesse de "faire diligence" pour effectuer les achats. Lorsqu'un tiers doit se substituer à la partie qui s'est initialement engagée dans le rôle de partie responsable vis-à-vis du fournisseur, il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés dispose que l'engagement du tiers vis-à-vis du fournisseur est un engagement à acheter effectivement les marchandises, plutôt qu'un engagement à "faire diligence". Si le tiers ne s'engage qu'à "faire diligence", le fournisseur aura des garanties limitées que le contrat de fourniture sera effectivement conclu.

18. Les garanties émises pour favoriser l'exécution d'engagements d'échanges compensés sont, en règle générale, formulées de telle sorte qu'elles ne couvrent que l'obligation de la partie qui s'est initialement engagée. Aussi, si le fournisseur souhaite garantir l'engagement du tiers, est-il souhaitable que l'accord d'échanges compensés dispose que la garantie sera modifiée ou qu'une nouvelle garantie sera émise. Il est également souhaitable que l'accord indique quelles seront les conséquences si la garantie ne peut pas être modifiée, ou si une nouvelle garantie adéquate ne peut pas être fournie.

2. *Relations contractuelles entre la partie qui s'est initialement engagée et le tiers désigné*

a) *L'engagement pris par le tiers d'acheter des marchandises*

19. Lorsque la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises souhaite désigner un tiers pour faire cet achat, ces deux parties doivent arriver à un accord sur le type d'engagement que devra prendre le tiers.

20. Dans la pratique, on rencontre deux types d'engagement pris par les tiers vis-à-vis des parties s'étant initialement engagées. Le premier type d'engagement est la promesse que, sous réserve des conditons dans lesquelles sont désignés les tiers, les marchandises de compensation seront effectivement achetées. L'autre type d'engagement est une promesse faite par le tiers qu'il fera diligence pour acheter des marchandises, sans garantie de résultat. Le tiers peut ne pas souhaiter s'engager pleinement s'il n'est pas certain de trouver un utilisateur final pour les marchandises, ou si le prix d'achat des marchandises risque de ne pas être compétitif. La promesse de simplement "faire diligence" peut être exprimée par des formules telles que "intention ferme", "diligence" ou "agir de bonne foi", ou bien encore par une clause disposant que le tiers achètera les marchandises si un utilisateur final peut être trouvé. Si le tiers n'achète pas les marchandises, il peut s'exonérer des conséquences qui en découlent, simplement en démontrant sa bonne foi dans l'exécution de son mandat. La partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises pourra estimer que la participation du tiers sur la base de la "diligence" sera acceptable s'il est fondé à croire que le tiers exécutera son mandat (soit en raison des antécédents du tiers, soit parce que les prix d'achat et de revente envisagés rendent la transaction intéressante du point de vue commercial).

21. Il arrive que les conditions du contrat désignant le tiers exigent de celui-ci qu'il s'engage directement vis-à-vis du fournisseur à conclure ultérieurement des contrats (voir plus haut les paragraphes 5 et 15).

22. Les conditions dans lesquelles le tiers est désigné pourraient être harmonisées avec les conditions de l'accord d'échanges compensés. Cette harmonisation serait utile notamment en ce qui concerne le type, la qualité, la quantité et le prix des marchandises de compensation. Il peut se poser un problème, par exemple, si le tiers s'engage à acheter des marchandises de qualité standard au prix du marché mondial, alors que l'accord d'échanges compensés prévoit un niveau de qualité ou de prix différent. En pareil cas, il arrive que le fournisseur propose des marchandises conformes à l'accord d'échanges compensés, que le tiers est toutefois fondé à refuser d'acheter parce qu'elles ne sont pas conformes aux conditions du contrat conclu entre lui et la partie qui s'est initialement engagée. Cette dernière serait alors responsable vis-à-vis du fournisseur pour la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés sans pouvoir prétendre à une indemnisation par le tiers.

23. En outre, il peut se poser un problème lorsque l'accord d'échanges compensés ne donne pas d'assurance quant à la disponibilité des marchandises, mais que le tiers, se fondant sur le contrat conclu avec la partie s'étant engagée initialement, compte que les marchandises seront disponibles. Dans ce cas, la partie engageant le tiers risque d'être tenue responsable par lui si les marchandises ne sont pas mises à disposition par le fournisseur.

24. Lorsque l'accord d'échanges compensés et les conditions de la désignation du tiers garantissent la disponibilité des marchandises, la partie s'étant initialement engagée peut être responsable envers le tiers si les marchandises ne sont pas mises à disposition par le fournisseur. Dans ce cas, il est de l'intérêt de la partie s'étant initialement engagée d'obtenir du fournisseur qu'il accepte une clause de

dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale ou une garantie permettant d'assurer la disponibilité des marchandises.

25. Il est bon que le contrat par lequel le tiers est désigné fasse état de toute restriction à la revente des marchandises énoncée dans l'accord d'échanges compensés. Sinon, la partie s'étant initialement engagée à acheter pourra être tenue responsable en cas de revente des marchandises par le tiers en violation desdites restrictions sans pouvoir être indemnisée par le tiers.

26. Parfois, la partie s'étant initialement engagée voudra peut-être avoir la possibilité de prendre d'autres dispositions pour s'acquitter de son engagement d'échanges compensés au cas où le tiers n'effectuerait pas les achats requis. Pour ce faire, on pourra fixer une date limite pour les achats du tiers, précédant la date limite de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés liant la partie ayant pris l'engagement initial. Si cette dernière partie souhaite se prévaloir d'une telle possibilité, il serait bon, lors de la négociation de l'accord d'échanges compensés, de veiller à ce que la période d'exécution soit suffisamment longue pour donner au tiers assez de temps pour effectuer les achats et pour permettre à la partie ayant pris l'engagement initial de prendre d'autres dispositions au cas où le tiers n'effectuerait pas lesdits achats.

27. Il est bon de spécifier dans le contrat de nomination du tiers si c'est à ce dernier de se charger de l'ensemble de la négociation avec le fournisseur concernant la conclusion du contrat futur, ou si la partie ayant pris l'engagement initial d'acheter les marchandises devrait participer d'une manière ou d'une autre à la conclusion ou à l'exécution de ce contrat. Il peut être spécifié, par exemple, que la partie ayant pris l'engagement initial d'acheter doit approuver tel ou tel aspect de l'achat des marchandises (par exemple, leur prix ou leur destination) ou du moins en être informée.

b) *Honoraires du tiers*

28. En retour de l'engagement pris par le tiers d'acheter des marchandises, la partie ayant pris l'engagement initial peut devoir lui verser des honoraires. Ces honoraires sont normalement requis lorsque le prix des marchandises à acheter par le tiers n'est pas compétitif et que la revente de ces marchandises ne lui permettrait pas de dégager un profit. Ils sont appelés dans la pratique "commission", "*disagio*", "péréquation", "subvention", "remise" ou "prime". Leur montant est fonction notamment de la différence escomptée entre le prix d'achat et le prix de revente des marchandises. Il peut également être fonction du coût de toute garantie que le tiers devra contracter pour couvrir sa responsabilité, soit envers la partie ayant pris l'engagement initial, soit envers le fournisseur, soit envers les deux, s'il n'effectue pas les achats requis.

29. Les honoraires peuvent représenter un pourcentage du prix des achats à effectuer par le tiers ou un montant fixe par unité ou quantité de marchandises. Parfois, on utilise une combinaison des deux méthodes. Si les honoraires représentent un pourcentage du prix des marchandises, il est bon que les parties sachent bien sur quelle base ils seront calculés (par exemple, si les frais de transport ou d'assurance sont inclus dans le prix).

30. Au moment où il est fait appel au tiers pour conclure les contrats de fourniture futurs, il peut être difficile, en raison de fluctuations des prix, d'estimer le prix de revente. Les parties peuvent donc prévoir des honoraires variables, qui seront déterminés sur la base de la différence effective entre les prix, augmentée d'un pourcentage ou d'un montant convenus pour couvrir les frais du tiers. Selon la conjoncture commerciale, les parties voudront peut-être envisager la possibilité de voir le prix de revente monter à un niveau tel que la revente des marchandises permette au tiers de dégager un bénéfice. Si cette possibilité est prise en compte, le tiers devra payer à la partie s'étant initialement engagée à acheter les marchandises un montant correspondant à l'écart entre le prix effectif de revente et le prix de revente prévu. Ce montant dû par le tiers est parfois appelé "*disagio* négatif".

31. Il est bon de préciser à quel moment les honoraires sont dus. On peut par exemple disposer qu'ils sont dus lors de la désignation du tiers, lors de la conclusion du contrat de fourniture entre le fournisseur et le tiers, lors de l'ouverture sur ordre du tiers d'une lettre de crédit en faveur du fournisseur ou lorsque le tiers paie le fournisseur. Parfois, il est convenu que des pourcentages donnés des honoraires seront payables à des stades déterminés. Par exemple, un certain pourcentage sera payable lors de la désignation du tiers, un autre lors de la conclusion du contrat entre le tiers et le fournisseur et le reste lors du paiement des marchandises par le tiers. Lorsque les honoraires doivent être payés après la conclusion du contrat entre la partie s'étant initialement engagée et le tiers, ce dernier pourra demander une garantie bancaire couvrant l'obligation de payer ces honoraires.

32. Il est bon que le contrat de nomination du tiers indique si la relation contractuelle entre le tiers et la partie ayant pris l'engagement initial sera modifiée par la résiliation ou la réduction de l'engagement d'échanges compensés pris par la partie s'étant initialement engagée. La résiliation ou la réduction de cet engagement peut résulter par exemple de la résiliation du contrat d'exportation (voir le chapitre XIII, "Problèmes d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", pararagraphes ___). Le tiers peut souhaiter effectuer l'achat et obtenir ses honoraires quelle que soit la suite donnée à l'engagement d'échanges compensés pris par la partie s'étant initialement engagée, notamment lorsqu'il a encouru des dépenses pour trouver un utilisateur des marchandises, lorsque les marchandises ont été promises à un utilisateur, ou lorsqu'elles ont effectivement été achetées et revendues. La partie désignant le tiers peut, quant à elle, souhaiter pouvoir rompre sa relation avec le tiers au cas où il serait mis fin à l'engagement d'échanges compensés.

c) *Clauses d'indemnisation*

33. La partie s'étant initialement engagée à acheter les marchandises peut être responsable envers la partie avec laquelle elle a pris son engagement lorsque le tiers n'effectue pas les achats prévus (voir les paragraphes 15 et 16 ci-dessus). Lorsqu'elle désigne un tiers, elle voudra

donc peut-être inclure dans le contrat avec ce tiers une clause d'idemnisation selon laquelle le tiers devra l'indemniser pour toute responsabilité encourue envers le fournisseur, du fait de la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés pour des motifs imputables au tiers. Les parties pourront également stipuler que la clause d'indemnisation protégera la partie s'étant initialement engagée à acheter les marchandises en cas de violation par le tiers d'une restriction à la revente des marchandises énoncée dans l'accord d'échanges compensés et reprise dans le contrat conclu avec le tiers. Il peut être convenu que la partie ayant pris l'engagement initial doit informer le tiers lorsque est faite une réclamation pouvant engager la responsabilité du tiers en application de la clause d'indemnisation.

d) *Exclusivité du mandat du tiers*

34. Il est bon que la partie ayant pris l'engagement initial et le tiers indiquent dans leur contrat si ce dernier sera la seule personne désignée ou si la partie ayant pris l'engagement initial se réserve le droit de faire appel à un autre tiers aux fins de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Un tiers pourra se voir accorder un mandat exclusif portant sur tous les achats à effectuer en exécution de l'engagement d'échanges compensés, ou l'exclusivité pourra n'être donnée que pour un type particulier de marchandises, un fournisseur particulier, ou un territoire particulier sur lequel les marchandises devront être achetées ou revendues.

35. Lorsque le tiers se voit accorder un mandat exclusif, la partie ayant pris l'engagement initial voudra peut-être se réserver le droit de déclarer le mandat non exclusif si, dans un délai donné avant la fin de la période d'exécution, le tiers n'a pas acheté une quantité convenue de marchandises.

36. Lorque la quantité de marchandises à acheter est particulièrement importante, il pourra être convenu que, durant un délai donné, le tiers ne sera pas autorisé à acheter le même type de marchandises auprès d'autres sources. En effet, on peut souhaiter éviter un engorgement temporaire du marché sur lequel le tiers envisage de revendre les marchandises, ou vouloir contraindre le tiers à concentrer ses efforts sur l'exécution de l'engagement en question.

C. Fourniture des marchandises de compensation

37. Parfois, une partie qui achète des marchandises dans une direction ne fournit pas de marchandises dans l'autre direction, mais un ou plusieurs tiers sont désignés pour fournir ces marchandises. Il y a deux types d'opérations pour lesquelles on peut recourir à une telle approche. Premièrement, les opérations dans lesquelles la partie achetant des marchandises dans une direction s'engage à fournir des marchandises dans l'autre direction, mais, parce qu'elle éprouve des difficultés à fournir les marchandises convenues, charge un tiers de le faire. Deuxièmement, les opérations de compensation industrielle indirecte décrites au paragraphe 13 du chapitre II, "Portée et terminologie du guide juridique". Dans les opérations de compensation industrielle indirecte, il est prévu, au moment de la conclusion du contrat d'exportation et de l'accord d'échanges compensés, que l'importateur (souvent un organisme public) ne contre-exportera pas de marchandises et que la partie s'engageant à contre-importer devra trouver des tiers disposés à fournir les marchandises. Ces tiers ne seront normalement pas liés par tout engagement à conclure des contrats de fourniture avec le contre-importateur.

38. Dans une opération mettant en jeu un fournisseur tiers, les obligations de paiement en vertu des contrats de fourniture dans les deux directions sont souvent fixées indépendamment l'une de l'autre. De tels paiements ne posent pas de problèmes propres aux échanges compensés. Toutefois, il peut se poser de tels problèmes lorsque les parties décident de lier les paiements dans les deux directions, de sorte que le produit du contrat de fourniture dans une direction soit utilisé pour payer le contrat de fourniture dans l'autre direction. On trouvera un examen de ces mécanismes de paiement lié aux paragraphes 61 à 67 du chapitre IX, "Paiement".

39. Lorsqu'il est possible de faire intervenir un tiers dans la fourniture de marchandises, il est bon que l'accord d'échanges compensés traite de la manière dont le fournisseur tiers sera désigné et des conséquences d'un défaut de fourniture des marchandises convenues par ce tiers.

40. Différentes méthodes peuvent être utilisées pour choisir le fournisseur tiers. L'accord d'échanges compensés peut le désigner nommément; ou bien, il peut disposer que le fournisseur tiers sera choisi à une date ultérieure. Le choix du tiers peut aussi être confié à l'une des parties à l'accord d'échanges compensés.

41. Dans les opérations de compensation industrielle, le choix du fournisseur tiers est souvent laissé à la partie ayant pris l'engagement d'acheter. Ce choix peut être limité par des directives énoncées dans l'accord d'échanges compensés, aux termes desquelles les fournisseurs devront provenir de régions géographiques ou secteurs industriels donnés ou être fournisseurs de types donnés de produits ou services. Ces directives sont traitées au paragraphe 7 du chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés".

42. Lorsque la partie qui s'est engagée à acheter doit choisir le fournisseur tiers, il est bon de préciser dans l'accord d'échanges compensés quels seront les effets de la non-conclusion d'un contrat de fourniture par le fournisseur tiers potentiel. Lorsque le choix doit être fait parmi un grand nombre de fournisseurs potentiels, il peut être indiqué que le refus d'un fournisseur tiers potentiel ne libérera pas de l'engagement d'acheter. Lorsque le fournisseur tiers doit être choisi sur une liste de fournisseurs donnés, il peut être convenu qu'un refus par tous les fournisseurs figurant sur la liste de conclure un contrat de fourniture conforme aux dispositions de l'accord d'échanges compensés libérera de son engagement la partie devant acheter (la question de l'extinction de l'engagement d'échanges compensés est traitée aux paragraphes ____ du chapitre XIII, "Problèmes d'achèvement de l'opération d'échanges compensés").

43. Dans certains cas, le choix des fournisseurs tiers est laissé à la partie ayant le droit de fournir des marchandises en application de l'accord d'échanges compensés. Cela peut être le cas lorsque la partie achetant des marchandises dans une direction ne vend pas de marchandises (par exemple, lorsqu'un organisme public achète des marchandises dans le cadre d'une opération de compensation industrielle), ne dispose pas de marchandises intéressant la partie s'étant engagée à acheter, ou ne sait pas si elle disposera de marchandises appropriées au moment où le contrat de fourniture devra être conclu et souhaite donc avoir la possibilité de désigner un fournisseur tiers.

44. Lorsque le choix du fournisseur tiers est laissé à la partie qui doit fournir des marchandises en vertu de l'accord d'échanges compensés, il est bon de disposer que ce tiers doit être à même de mettre à disposition des marchandises conformes aux conditions énoncées dans l'accord d'échanges compensés. Il est également bon que cet accord indique clairement les conséquences de la non-mise à disposition des marchandises convenues de la part de ce tiers. L'accord peut disposer qu'un tel défaut libérera de son engagement d'échanges compensés la partie qui s'est engagée à acheter, dans la mesure où le tiers n'a pas mis à disposition les marchandises, ou alors qu'un nouveau fournisseur devra être choisi. Lorsque l'obligation de la partie ayant pris l'engagement initial de fournir fait l'objet d'une clause de dommages-intérêts spécifiés, d'une clause pénale, ou d'une garantie, il peut être convenu que la non-mise à disposition des marchandises par le tiers habilitera la partie s'étant engagée à acheter à recevoir paiement en vertu de la clause de dommages-intérêts, de la clause pénale ou de la garantie. Ou encore, le fournisseur tiers pourra être tenu de payer des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité en cas de non-mise à disposition de marchandises, ou de contracter une garantie pour couvrir cette éventualité.

D. Echanges compensés multiparties

45. Il y a trois types d'opérations d'échanges compensés qui mettent en jeu plus de deux parties, mais qui sont distinctes des opérations traitées aux sections B et C du présent chapitre.

46. Il y a en premier lieu l'opération tripartite dans laquelle une partie qui fournit des marchandises dans une direction ne s'engage à aucun moment d'acheter des marchandises dans l'autre direction; cet engagement d'achat est d'emblée pris par un tiers. Par contraste, la section B traite des cas dans lesquels une partie, après s'être engagée à acheter des marchandises, désigne un tiers pour ce faire. On peut recourir à une telle opération tripartite dans le cas par exemple d'une opération d'achat en retour, lorsque l'exportateur de l'installation de production ne souhaite pas acheter lui-même les produits fabriqués, mais qu'il faut, pour des raisons de financement, trouver dès le départ un tiers qui s'engage à acheter ces produits. Pour mettre sur pied une opération tripartite de cet ordre, les trois parties peuvent conclure un accord énonçant leur engagement à conclure ultérieurement des contrats de fourniture, puis conclure lesdits contrats de fourniture dans les deux directions. L'exportateur et l'importateur peuvent aussi conclure un contrat de fourniture de marchandises dans une direction et, dans le même temps, l'acheteur tiers (contre-importateur) et le contre-exportateur peuvent s'engager à conclure ultérieurement un contrat de fourniture de marchandises dans l'autre direction.

47. Il existe un second type d'opération multipartie. Il s'agit de l'opération tripartite dans laquelle une partie achetant des marchandises dans une direction ne prend à aucun moment l'engagement de fournir des marchandises dans l'autre direction, mais un fournisseur tiers s'engage d'emblée à fournir les marchandises. Ce type d'opération est distinct des deux types d'opérations traitées à la section C, celles dans lesquelles une partie, après s'être engagée à fournir des marchandises, désigne un tiers pour ce faire, et les opérations de compensation industrielle indirecte, dans lesquelles le contre-importateur s'engage auprès de l'importateur à négocier des contrats de fourniture avec des fournisseurs potentiels qui ne se sont pas engagés à conclure des contrats de fourniture avec le contre-importateur. Dans ce second type d'opération tripartite, les trois parties peuvent conclure un accord énonçant leur engagement à conclure ultérieurement des contrats de fourniture, puis conclure lesdits contrats dans les deux directions. Il est également possible à l'exportateur et à l'importateur de conclure un contrat dans une direction, en même temps que l'acheteur tiers (contre-importateur) et le contre-exportateur s'engagent à conclure ultérieurement un contrat de fourniture de marchandises dans l'autre direction.

48. Souvent, ces opérations tripartites décrites aux paragraphes 46 et 47 se caractérisent par l'établissement d'un lien entre les paiements des contrats de fourniture dans les deux directions. Le recours à de tels mécanismes de paiement lié est traité aux paragraphes 61 à 67 du chapitre IX, "Paiement".

49. Il existe un troisième type d'opération multipartie, dans lequel le contrat de fourniture dans une direction est conclu par deux parties et le contrat de fourniture dans l'autre direction est conclu par deux autres parties. Une telle opération d'échanges compensés quadripartite peut être effectuée lorsque les parties à un contrat de fourniture de marchandises dans une direction ne sont pas à même de conclure un contrat de fourniture dans l'autre direction, mais souhaitent qu'un tel contrat soit conclu. Un tel arrangement peut être souhaitable lorsque la conclusion du second contrat de fourniture permettrait aux parties de lier les paiements des contrats dans les deux directions, de manière à éviter ou réduire les transferts de devises d'un pays à un autre (la question des paiements liés dans les opérations quadripartites est traitée aux paragraphes 61 à 67 du chapitre IX, "Paiement"). Un tel arrangement peut être également souhaitable lorsque la fourniture de marchandises dans une direction est impérativement assujettie à l'achat de marchandises dans l'autre direction.

[A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2]

X. RESTRICTIONS A LA REVENTE DES MARCHANDISES

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
A.	Remarques générales	1-7
B.	Devoir d'informer ou de consulter	8-9
C.	Restrictions territoriales et restrictions connexes	10-15
D.	Prix de revente	16-19
E.	Emballage et marquage	20-21
F.	Application à des acheteurs tiers	22-23
G.	Révision des restrictions	24-25

A. Remarques générales

1. Parfois, les parties conviennent, dans l'accord d'échanges compensés ou dans un contrat de fourniture, de restrictions concernant la revente de la totalité ou d'une partie des marchandises achetées conformément à l'engagement d'échanges compensés. Les restrictions convenues peuvent notamment être les suivantes : limitation du territoire sur lequel l'acheteur peut revendre les marchandises; fixation d'un prix de revente minimum; prescriptions en matière d'emballage et de marquage des marchandises à revendre. Ces restrictions peuvent s'appliquer à la revente des marchandises dans le pays de l'acheteur ou à la réexportation des marchandises. L'accord d'échanges compensés ou un contrat de fourniture peuvent prévoir une combinaison des différents types de restrictions.

2. Les restrictions à la revente ne sont pas particulières aux opérations d'échanges compensés. Si elles sont traitées dans le guide juridique, c'est parce qu'elles peuvent revêtir une importance particulière dans ce domaine. Elles peuvent s'inscrire dans la stratégie d'un fournisseur ou du gouvernement qui a organisé l'opération d'échanges compensés, lorsque l'objectif de l'engagement d'échanges compensés est d'augmenter le volume des exportations vers un marché particulier ou d'ouvrir de nouveaux marchés aux marchandises, sans nuire aux marchés existants.

3. Les parties devraient être conscientes du fait que de nombreux systèmes juridiques énoncent des règles impératives concernant les pratiques commerciales restrictives et elles devraient veiller à ce que les restrictions qu'elles envisagent ne soient pas contraires à ces règles. Ces règles impératives peuvent être énoncées dans une loi ou dans divers types de règlements administratifs. Les règles de plus d'un pays peuvent s'appliquer. Elles peuvent énoncer des interdictions de caractère général touchant les pratiques qui limitent indûment la concurrence et désavantagent donc les consommateurs ou les concurrents, ou qui nuisent à l'économie nationale. En outre, elles interdisent souvent expressément des types donnés de pratiques commerciales restrictives. Par exemple, de nombreux systèmes juridiques disposent que les accords limitant le droit de revente sont interdits ou peuvent être annulés si le fournisseur imposant la restriction a une position commerciale dominante, si la restriction a pour effet de limiter l'accès aux marchés ou de restreindre indûment la concurrence de toute autre manière, ou si cette restriction a ou peut avoir des effets néfastes sur le commerce ou sur le développement économique. Les accords fixant un prix minimum sont totalement interdits dans certains systèmes juridiques. Dans d'autres, de tels accords ne peuvent être autorisés que pour certains types de marchandises (par exemple, des produits de marque ou de luxe), ou que si certaines conditions sont réunies (par exemple, l'accord de fixation du prix est approuvé par les autorités compétentes, ou il apparaît que les acheteurs ont suffisamment de possibilités d'obtenir des marchandises identiques ou similaires à des prix non soumis à l'accord de fixation d'un prix).

4. Lors de la négociation d'une restriction à la revente des marchandises, les parties devraient avoir conscience du fait que ces restrictions risquent de réduire le prix que la partie achetant et revendant les marchandises sera disposée à offrir à la partie les fournissant. Ce sera sans doute l'effet d'une clause interdisant la revente des marchandises sur les marchés les plus attrayants, ou d'une clause imposant des conditions de revente qui entraîneraient une augmentation des coûts pour la partie revendant les marchandises.

5. Lorsque les parties envisagent une restriction à la revente, il leur est conseillé d'être aussi précises que possible dans l'accord d'échanges compensés quant à la teneur de la restriction. Faute d'une disposition à cet effet dans l'accord d'échanges compensés, on risque, en demandant que l'achat des marchandises soit assorti de restrictions à la revente, de compliquer la négociation du contrat de fourniture et il peut alors être difficile d'attribuer à l'une ou l'autre des parties la responsabilité en cas de non-conclusion dudit contrat. Lorsqu'il est possible de faire appel à un tiers pour effectuer les achats voulus dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés, le fournisseur voudra peut-être s'assurer que ce tiers sait que les achats qu'il effectuera seront soumis à des restrictions (voir ci-après les paragraphes 22 et 23).

6. La mesure dans laquelle l'accord d'échanges compensés peut être précis dépend de différents facteurs : le type

de marchandises a-t-il été identifié, quelle est la nature de la restriction, dans quel délai les contrats de fourniture seront-ils conclus et des tiers pourront-ils être chargés de revendre les marchandises ? Dans certains cas, il peut être possible de formuler dans l'accord d'échanges compensés une clause de restriction à la revente qui s'appliquera à tous les achats effectués dans le cadre de l'accord. Dans d'autres cas, le fournisseur ne disposera peut-être pas des données voulues au moment de la conclusion de l'accord pour pouvoir déterminer s'il serait souhaitable d'imposer une restriction à la revente, mais il ne souhaitera pas être empêché de soulever ultérieurement la question des restrictions. L'accord d'échanges compensés peut alors n'indiquer que le type, ou l'objet commercial de la restriction envisagée. Par exemple, il peut être convenu que les parties négocieront une limitation des territoires sur lesquels l'acheteur sera autorisé à revendre les marchandises, afin que celles-ci ne soient pas revendues sur les marchés du fournisseur.

7. Dans des circonstances exceptionnelles, l'accord d'échanges compensés peut disposer que l'acheteur ne peut qu'utiliser les marchandises et non les revendre. Une telle restriction peut par exemple être imposée lorsque les marchandises sont fournies à des conditions préférentielles (par exemple, afin d'aider un acheteur dans une situation difficile) ou lorsque le fournisseur est tenu de limiter la distribution des marchandises du fait de leur caractère particulier ou lorsque la revente des marchandises entraînerait la divulgation d'informations que le fournisseur souhaite garder secrètes.

B. Devoir d'informer ou de consulter

8. L'accord d'échanges compensés peut disposer que la partie achetant les marchandises doit informer le fournisseur de certains aspects de la revente des marchandises, tels que le territoire où s'effectuera la revente, le prix de revente, ou l'emballage ou le marquage des marchandises. Ces informations peuvent être utiles au fournisseur, afin de vérifier si les restrictions imposées à l'acheteur sont respectées, de déterminer si la revente des marchandises par l'acheteur permet de leur ouvrir de nouveaux marchés, de décider s'il continuera d'offrir ces marchandises dans le cadre d'opérations d'échanges compensés, de déterminer s'il serait possible d'ouvrir de nouveaux marchés ou d'augmenter les ventes sur les marchés traditionnels en poursuivant les opérations d'échanges compensés avec l'acheteur, ou de planifier ses propres activités de commercialisation ou de production de marchandises identiques ou similaires. Les parties peuvent convenir d'une telle obligation d'informer même lorsqu'elles ne conviennent pas d'une restriction particulière à la revente parce que le type de marchandises à acheter n'a pas encore été spécifié au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés.

9. L'accord d'échanges compensés devrait bien préciser si cette obligation d'informer ou de consulter est limitée à la fourniture de renseignements ou a pour objet de permettre des consultations entre l'acheteur et le fournisseur avant la revente. Il est bon de préciser le moment où le fournisseur doit être informé. Si les parties comptent prévoir des consultations avant la revente, l'accord devrait préciser que l'acheteur doit informer le fournisseur suffisamment à temps pour qu'il soit possible d'organiser ces consultations.

C. Restrictions territoriales et restrictions connexes

10. Les parties à une opération d'échanges compensés conviennent parfois de restrictions quant au territoire sur lequel la partie achetant les marchandises dans le cadre de l'accord pourra les revendre. Une telle restriction peut par exemple être imposée lorsque le fournisseur souhaite accéder à de nouveaux marchés, protéger ses marchés, s'assurer que les marchandises sont conformes aux conditions imposées sur les marchés sur lesquels elles doivent être revendues, ou éviter de violer des restrictions fondées sur des brevets détenus par des tiers ou sur des arrangements de licence entre des tiers et le fournisseur concernant la technologie utilisée pour produire les marchandises en question. Parfois, on souhaite éviter d'empiéter sur un droit de distribution exclusive octroyé par la partie fournissant les marchandises. Si le fournisseur a octroyé un tel droit pour un territoire donné, il est entendu qu'il sera tenu de ne pas conclure d'arrangements contractuels portant atteinte à ce droit de distribution exclusive. Parfois, les contrats de distribution exclusive disposent que le distributeur exclusif peut toucher une commission si les marchandises en question sont vendues sur le territoire désigné. Dans ce cas, l'acheteur pourra être tenu, en vertu de l'accord d'échanges compensés, de payer une telle commission au distributeur exclusif.

11. Pour identifier les territoires sur lesquels les marchandises peuvent être revendues, on peut spécifier soit les territoires sur lesquels les marchandises ne peuvent pas être revendues, soit ceux sur lesquels elles peuvent l'être. Une disposition indiquant les territoires sur lesquels les marchandises peuvent être revendues devrait préciser que la revente est interdite sur les territoires qui ne sont pas énumérés. Les parties devraient veiller à utiliser les termes précis. Des expressions générales telles que "Etats des Caraïbes", "Amérique latine", "région du Pacifique", ou "Europe occidentale", peuvent être interprétées de manière divergente et seraient donc inappropriées. Les territoires sur lesquels les marchandises pourront être revendues peuvent également être limités à ceux sur lesquels l'acheteur ou une autre source sont à même de fournir des services après vente. Lors de la rédaction des dispositions concernant les territoires de revente, les parties devraient garder présent à l'esprit que le droit de revendre sur des territoires particuliers est distinct de la question de savoir si ce droit est exclusif ou non.

12. Dans certains cas, l'accord d'échanges compensés peut disposer que seule une quantité donnée de marchandises peut être revendue sur un territoire particulier, ou que seule une quantité donnée peut être revendue sans restrictions territoriales. Cela peut être le cas, par exemple, lorsqu'il existe des contingents officiels d'importation ou lorsque l'on souhaite éviter que l'offre ne soit excessive sur les marchés, ou introduire les marchandises sur de nouveaux marchés.

13. Lorsque l'opération d'échanges compensés risque d'aboutir à la revente de marchandises sur des marchés qui

ne sont pas des marchés traditionnels du fournisseur, ce dernier peut souhaiter n'autoriser la revente que sur les territoires sur lesquels les marchandises sont couvertes par une assurance-responsabilité du fait des produits, en cas de réclamation pour préjudice corporel ou matériel imputable aux marchandises. Il peut être convenu que la partie achetant les marchandises dans le cadre de l'accord d'échanges compensés et les revendant devra contracter une telle assurance. La souscription de cette assurance peut être dans l'intérêt du fournisseur, car des actions liées à un préjudice résultant de l'utilisation des marchandises peuvent être intentées contre lui. Une clause n'autorisant la revente des marchandises que sur les territoires sur lesquels les marchandises sont couvertes par une assurance-responsabilité du fait des produits pourra notamment être envisagée lorsque les produits achetés doivent être revendus sur un marché où la norme de responsabilité est plus stricte — ou les dédommagements accordés en vertu des lois relatives à la responsabilité du fait des produits considérablement plus élevés — que sur les marchés sur lesquels ces produits sont traditionnellement vendus.

14. Les fournisseurs interdisent parfois aux acheteurs de vendre à des clients ou catégories de clients donnés. Ces restrictions peuvent par exemple être imposées lorsque le fournisseur souhaite se réserver certains clients (par exemple des acheteurs en gros). Ce type de restriction peut aussi avoir pour objet d'empêcher une concurrence qui risquerait d'entraîner une baisse du prix des marchandises. On notera que de telles restrictions à la revente peuvent être contraires aux règles impératives mentionnées au paragraphe 3 ci-dessus interdisant certains types de pratiques commerciales restrictives. Ces restrictions peuvent enfin avoir pour objet d'empêcher la revente à certains acheteurs de marchandises de caractère confidentiel ou dangereux.

15. Les parties conviennent parfois que la revente des marchandises devra être soumise à l'approbation du fournisseur. Cette solution peut, par exemple, être retenue lorsque, de par la nature des marchandises, leur transfert doit être limité (par exemple substances dangereuses ou équipements supposant une formation particulière), ou lorsque le fournisseur, envisageant d'accorder des droits de distribution exclusive, souhaite préserver son droit de limiter la revente des marchandises par l'acheteur une fois que de tels droits auront été octroyés. Cette condition du consentement du fournisseur peut être limitée à des territoires donnés, ou à des catégories données de clients. L'exercice par le fournisseur de son droit à ne pas consentir peut devoir être fondé sur des critères objectifs. Il peut, par exemple, être convenu que l'autorisation ne pourra être refusée que lorsque les marchandises doivent être revendues sur un marché pour lequel un droit de distribution exclusive a été donné, ou lorsque les ventes des marchandises en question par le fournisseur ou ses distributeurs ont déjà atteint un niveau donné.

D. Prix de revente

16. Parfois, les accords d'échanges compensés comportent des dispositions relatives au prix minimum de revente des marchandises. Comme il est indiqué au paragraphe 3 ci-dessus, les parties devraient garder présent à l'esprit que, dans de nombreux Etats, les règles impératives relatives aux pratiques commerciales restrictives n'autorisent la fixation d'un prix de revente minimum que dans des circonstances limitées.

17. Le fournisseur peut souhaiter fixer un prix de revente minimum lorsque les marchandises devant être fournies dans le cadre de l'accord représentent une quantité telle que leur revente risquerait de déstabiliser ou de réduire leur prix. Si, dans la plupart des opérations d'échanges compensés, la quantité des marchandises en jeu n'est pas suffisamment importante pour avoir des effets néfastes sur le prix du marché, dans certains cas, les opérations d'échanges compensés entraînent une augmentation importante et brutale de l'offre de marchandises d'un type donné, ce qui peut avoir pour conséquence de déstabiliser les prix. La fixation d'un prix de revente minimum peut également avoir pour objet de prévenir les ventes à prix réduit pouvant nuire à l'image d'un produit.

18. Un prix de revente minimum peut être fixé dans l'accord d'échanges compensés, ou il peut être convenu que le prix minimum de revente sera fixé après la conclusion de l'accord (par exemple, lors de la conclusion du contrat de fourniture, ou après qu'un volume donné de marchandises aura été revendu). Dans le cadre d'une opération d'échanges compensés à long terme, les parties peuvent convenir que le prix minimum de revente sera fixé périodiquement. L'accord d'échanges compensés devrait bien préciser quels sont les frais et dépenses qui doivent être inclus dans le prix minimum fixé (par exemple, frais de transport, prime d'assurance ou taxes). Si le prix minimum doit être fixé après la conclusion de l'accord, les parties voudront peut-être se fonder, pour le déterminer, sur une norme objective, telle que celles qui sont utilisées pour fixer le prix des marchandises entre les parties à l'accord. Parmi ces normes, on peut citer le prix sur le marché des marchandises du type en question, le prix des concurrents ou le prix payé par le client le plus favorisé du fournisseur (voir le chapitre VI, "Etablissement du prix des marchandises", par. 11 à 20).

19. Les parties ne souhaiteront peut-être pas fixer un prix de revente minimum dans l'accord d'échanges compensés, lorsque les marchandises sont de qualité standard, par exemple des produits de base, et sont vendues sur des marchés ouverts, car le prix du marché risquerait d'être inférieur au prix de revente minimum fixé dans l'accord. Un acheteur lié par un prix minimum supérieur au prix du marché éprouverait des difficultés à revendre les marchandises, ou serait même dans l'impossibilité de le faire. Pour éviter de telles difficultés, les parties voudront peut-être disposer que le prix de revente minimum doit suivre les mouvements du prix des marchandises en question sur le marché. Ainsi, le prix minimum pourrait être fixé compte tenu de normes objectives du type mentionné au paragraphe précédent.

E. Emballage et marquage

20. L'accord d'échanges compensés peut énoncer des conditions quant au type d'emballage ou de marquage à utiliser pour la revente des marchandises. Ainsi, l'acheteur

peut être tenu de réemballer ou de remarquer les marchandises, ou de revendre les marchandises dans leur emballage et avec leur marquage originaux. La question de l'emballage ou du marquage peut être importante, car l'un des objectifs des opérations d'échanges compensés est d'introduire des marchandises sur des marchés non traditionnels. L'emballage et le marquage peuvent avoir des incidences sur la commercialisation des marchandises sur ces marchés et ils doivent être conformes aux règles en la matière. Par exemple, l'accord d'échanges compensés peut disposer que les marchandises seront vendues sous le nom commercial du fournisseur, ou dans un emballage particulier, que l'emballage devra indiquer les ingrédients et la composition des marchandises, ou leur origine, ou qu'il devra comporter un mode d'emploi, sous une forme particulière.

21. Les parties devraient veiller à ce que les conditions énoncées dans l'accord à propos de l'emballage et du marquage ne soient pas contraires aux règles juridiques applicables lorsque les marchandises doivent être revendues. Même lorsque l'accord ne prescrit rien quant à l'emballage ou au marquage, l'acheteur devra peut-être réemballer ou remarquer les marchandises lorsque l'emballage et le marquage initiaux ne sont pas conformes aux règles applicables dans le pays où les marchandises doivent être revendues.

F. Application à des acheteurs tiers

22. Lorsqu'il est possible à la partie qui s'est engagée à acheter les marchandises de faire appel à un tiers pour effectuer les achats, le fournisseur voudra peut-être veiller à ce que la restriction à la revente énoncée dans l'accord d'échanges compensés soit respectée par le tiers. A cette fin, il peut souhaiter inclure dans l'accord d'échanges compensés une disposition aux termes de laquelle la partie s'engageant initialement à acheter les marchandises sera tenue d'incorporer la restriction à la revente dans le contrat par lequel elle fera appel au tiers. En outre, il est souhaitable que le fournisseur inclue cette restriction dans le contrat de fourniture conclu avec le tiers, ou dans l'accord aux termes duquel le tiers s'engage auprès du fournisseur à conclure ultérieurement un contrat de fourniture (voir le chapitre VIII, "Participation de tiers", par. 15 et 16). Ainsi, le tiers sera directement responsable envers le fournisseur en cas de non-respect de la restriction à la revente.

23. Comme il est noté au chapitre VIII, "Participation de tiers", paragraphe 25, la partie s'engageant initialement à acheter les marchandises peut être responsable, en vertu de l'accord d'échanges compensés, en cas de revente des marchandises par le tiers en violation d'une restriction énoncée dans l'accord. Aussi cette partie aura-t-elle intérêt à reprendre dans son contrat avec le tiers toute restriction à la revente énoncée dans l'accord d'échanges compensés. En outre, elle pourra peut-être inclure dans son contrat avec le tiers une clause d'indemnisation par laquelle le tiers s'engagera à l'indemniser au cas où elle serait responsable envers le fournisseur du fait d'une violation par le tiers d'une restriction à la revente (on trouvera un examen des clauses d'indemnisation au chapitre VIII, par. 33).

G. Révision des restrictions

24. Les opérations d'échanges compensés à grande échelle prévoient souvent l'achat et la revente de marchandises sur une longue période, durant laquelle les circonstances commerciales et les intérêts des parties peuvent évoluer sensiblement. C'est pourquoi il peut être bon de prévoir dans l'accord d'échanges compensés une révision des restrictions convenues. On peut convenir soit d'une révision périodique, soit d'une révision sur la demande d'une partie. Lorsque la révision a lieu sur la demande d'une partie, l'accord d'échanges compensés peut indiquer quels types de changements de circonstances habiliteront une partie à demander une révision.

25. C'est au vu de la nature de la restriction que l'on peut déterminer si une telle procédure de révision est souhaitable. Par exemple, il peut être plus important de pouvoir modifier une restriction quant au territoire ou quant au prix de revente d'un type donné de marchandise qu'une restriction moins sévère, par exemple l'obligation faite à l'acheteur de consulter le fournisseur avant de revendre les marchandises.

[A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3]

XI. CLAUSES DE DOMMAGES-INTÉRÊTS SPÉCIFIÉS ET CLAUSES PÉNALES

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
A.	Remarques générales	1-10
B.	Relation entre le recouvrement de la somme convenue et le recouvrement de dommages-intérêts	11
C.	Effets du paiement	12-14
D.	Montant de la somme convenue	15-19
E.	Recouvrement de la somme convenue	20-23
F.	La résiliation de l'accord d'échanges compensés et les clauses prévoyant le paiement d'une somme convenue	24-25

A. Remarques générales

1. Les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales prévoient qu'en cas d'inexécution par une partie d'une obligation spécifiée, la partie lésée a droit au versement par la partie en faute d'une somme convenue au moment où les parties ont établi leur relation contractuelle. Le versement de la somme convenue peut avoir pour objet, soit de stimuler l'exécution de l'obligation, soit de dédommager du préjudice causé par le défaut d'exécution, soit les deux[1].

2. Le présent chapitre traite des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales incluses dans les accords d'échanges compensés et couvrant les défauts d'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Il peut s'agir soit de la non-exécution, soit de l'exécution tardive d'un tel engagement. Le chapitre ne traite pas directement de l'usage de telles clauses pour stimuler l'exécution des contrats de fourniture s'inscrivant dans le cadre d'une opération d'échanges compensés. Ces clauses sont fréquemment utilisées dans les contrats de vente et dans d'autres types de contrats de fourniture et leur présence dans les contrats de fourniture faisant partie d'une opération d'échanges compensés ne pose pas de problèmes particuliers aux échanges compensés. Néanmoins, l'analyse, dans le présent chapitre, des caractéristiques générales des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales vaut également pour les contrats de fourniture.

3. Puisque, dans les accords d'échanges compensés, les clauses de dommages-intérêts spécifiés ou les clauses pénales disposent que la somme convenue est payable en cas de défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés, l'obligation de payer la somme convenue est déterminée en fonction des dispositions de l'accord d'échanges compensés indiquant quelles mesures doivent être prises pour exécuter ledit engagement. Par exemple, si l'accord dispose que l'engagement est réputé exécuté à la conclusion d'un contrat de fourniture, le défaut de conclusion d'un tel contrat engagera la responsabilité de la partie fautive en application de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale figurant dans l'accord. Si l'engagement est réputé exécuté lors du paiement du contrat de fourniture, le défaut de paiement de ce contrat déclenchera l'application de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale figurant dans l'accord. (Pour ce qui est des clauses de l'accord d'échanges compensés indiquant quelles mesures doivent être prises pour exécuter l'engagement d'échanges compensés, voir le chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", par. 10 et 11.)

4. L'engagement pris par l'acheteur d'acheter des marchandises peut être couvert par une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale dans l'accord d'échanges compensés, de même que l'engagement pris par le fournisseur de mettre les marchandises à disposition. Dans de nombreuses opérations d'échanges compensés, ce n'est que l'engagement pris par la partie exportatrice de contre-importer qui fait l'objet d'une telle clause. En effet, cette partie peut souhaiter avant tout exporter ses propres marchandises et ne pas être ainsi disposée à acheter des marchandises en retour. Toutefois, lorsque la partie s'étant engagée à acheter est particulièrement désireuse d'obtenir les marchandises, il peut être convenu que la partie s'étant engagée à fournir paiera une somme convenue au cas où elle ne conclurait pas un contrat de fourniture. Lorsque les deux parties souhaitent vivement qu'un contrat de fourniture soit conclu, il peut être convenu que l'engagement des deux parties fera l'objet d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale.

5. Convenir d'une somme à verser en cas de défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés présente certains avantages. Premièrement, la somme constitue une indemnité convenue en cas de défaillance, ce qui permet aux parties d'éviter les problèmes et dépenses auxquels il peut falloir faire face pour prouver l'ampleur du préjudice. Ces dépenses peuvent être considérables, surtout si la partie lésée doit établir qu'elle a subi un préjudice devant une instance judiciaire ou arbitrale. En outre, le montant des dommages-intérêts susceptible d'être accordé à la suite d'une procédure judiciaire ou arbitrale peut être incertain (voir chap. XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", par. 12 et 13). La somme convenue est, quant à elle, certaine, et cette certitude peut être utile aux deux parties lorsqu'il s'agit d'évaluer les risques que leur fait courir l'accord d'échanges compensés. En outre, cette somme convenue peut constituer la limite de responsabilité pour non-exécution de l'engagement d'échanges compensés. La partie dont l'engagement est couvert par la clause peut ainsi savoir à l'avance le montant maximum de la responsabilité qu'elle encourra en cas de défaut d'exécution (voir toutefois le paragraphe 11 ci-après, relatif à la possibilité d'intenter une action pour percevoir des dommages-intérêts en sus de la somme convenue).

6. De nombreux systèmes juridiques comportent des règles régissant les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales, règles qui limitent souvent ce que les parties peuvent obtenir grâce à de telles clauses. Dans certains systèmes juridiques, les clauses fixant une somme convenue pour encourager l'exécution de l'engagement sont nulles et la partie en défaut n'est tenue qu'à verser des dommages-intérêts en application du droit commun. Ces systèmes juridiques ne reconnaissent que les clauses par lesquelles les parties, au moment du contrat, fixent une somme payable en réparation du préjudice imputable à un défaut d'exécution. Dans d'autres systèmes juridiques,

[1] On trouvera des études sur la nature et le fonctionnement des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales dans les contrats internationaux dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, volume X : 1979*, deuxième partie, I, C et *ibid., volume XII : 1981*, deuxième partie, I, B, 1. Les "Règles uniformes relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution" (ci-après dénommées "Règles uniformes"), qui ont été adoptées par la Commission, figurent dans le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa seizième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-huitième session, supplément n° 17* (A/38/17), annexe I (elles sont également reproduites dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, volume XIV : 1983*, première partie, I, A). Par sa résolution 38/135, du 19 décembre 1983, l'Assemblée générale a recommandé aux Etats de mettre en application, le cas échéant, les Règles uniformes, sous la forme d'une loi type ou d'une convention. Les Règles uniformes peuvent être utilisées pour contribuer à résoudre certains problèmes liés aux clauses de dommages-intérêts spécifiés et aux clauses pénales.

toutefois, les clauses prévoyant le versement d'une somme convenue, soit à titre de réparation, soit pour encourager l'exécution, soit pour ces deux fins à la fois, sont en principe valables. Les tribunaux ont pouvoir, dans des cas spécifiés, de réduire le montant convenu, notamment s'il est manifestement excessif eu égard aux circonstances, ou s'il y a eu exécution partielle. Ils ont en outre pouvoir d'accorder des dommages-intérêts supplémentaires, lorsque le préjudice effectif dépasse la somme convenue. Dans ces systèmes juridiques, les parties peuvent ne pas être autorisées à s'affranchir de ces pouvoirs conférés au tribunal.

7. Une partie qui s'est engagée peut ne pas s'acquitter de son engagement en raison d'un empêchement permanent ou temporaire dont elle n'est pas responsable (ces empêchements sont traités au chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", par. 14 à 37). Dans de nombreux systèmes juridiques, la règle est que la somme convenue n'est pas due si le défaut d'exécution de l'obligation en question est imputable à un empêchement permanent, dont la partie qui s'est engagée n'est pas responsable. C'est cette approche qui a été retenue à l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). On se reportera également à l'article 5 des Règles uniformes relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution (voir note 1). Si un empêchement ne fait obstacle que temporairement à l'exécution d'une obligation, selon une règle énoncée dans nombre de systèmes juridiques, le délai d'exécution de l'obligation est prolongé. En cas d'empêchement temporaire, le paiement au titre de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale ne sera dû que pour l'engagement d'échanges compensés non exécuté, après expiration du délai d'exécution prolongé. L'accord d'échanges compensés peut préserver l'applicabilité de ces règles et énoncer des dispositions définissant les empêchements exonératoires et prévoyant une règle permettant de déterminer quand un empêchement est considéré comme permanent (voir le chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", par. 18 à 35).

8. Il faut distinguer les clauses de dommages-intérêts spécifiés ou les clauses pénales de deux autres types de clauses, les clauses limitant le montant des dommages-intérêts recouvrables et les clauses instituant des obligations alternatives. La clause limitant le montant des dommages-intérêts recouvrables fixe un montant maximum payable si la responsabilité est établie. Le demandeur doit prouver le montant de son préjudice et, s'il est inférieur au maximum, seul le montant prouvé est recouvrable. Dans le cas des clauses de dommages-intérêts spécifiés ou des clauses pénales, la somme convenue est recouvrable sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve du préjudice. La clause prévoyant une obligation alternative donne à la partie s'étant engagée le choix entre deux options : soit s'acquitter de l'obligation spécifiée, soit payer une somme convenue. En choisissant l'une ou l'autre de ces options, la partie se libère de son obligation. Dans les clauses de dommages-intérêts spécifiés ou les clauses pénales figurant dans les accords d'échanges compensés, la partie s'étant engagée n'a en général pas le choix entre payer la somme convenue et s'acquitter de son engagement d'échanges compensés. S'il subsiste des doutes quant à la question de savoir si cette partie aurait un tel choix, il est bon de régler cette question dans la clause.

9. Les clauses examinées dans le présent chapitre doivent également être distinguées des dispositions des accords d'échanges compensés instituant l'obligation de liquider par des paiements en espèces tout déséquilibre des échanges dans le cas de contrats de troc, ou prévoyant que les créances réciproques doivent être compensées. Les paiements effectués pour remédier à un déséquilibre des échanges ont pour fonction de payer des marchandises qui ont été livrées dans une direction et qui n'ont pas été compensées par des livraisons dans l'autre direction. En outre, le montant de ces paiements n'est pas stipulé à l'avance comme dans le cas des dommages-intérêts spécifiés ou des pénalités. (Les clauses relatives au règlement des déséquilibres dans les contrats de troc sont examinées au chapitre III, "Approche contractuelle", par. 6, et les clauses relatives aux arrangements de compensation le sont au chapitre IX, "Paiement", par. 50 à 52.)

10. Comme il est indiqué au chapitre VIII, "Participation de tiers", la partie s'étant engagée à acheter ou à fournir des marchandises peut avoir le droit de recourir à un tiers pour s'acquitter de cet engagement. Dans certains de ces cas, il est convenu que la partie s'étant initialement engagée doit rester responsable de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Le contrat par lequel le tiers est recruté peut alors disposer que ce dernier doit verser des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité à la partie ayant pris l'engagement initial, au cas où il ne s'acquitterait pas de son engagement d'acheter ou de fournir des marchandises. Le paiement de la somme convenue aurait alors pour objet d'indemniser la partie ayant pris l'engagement initial lorsqu'elle serait tenue responsable de la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés pour des raisons imputables aux tiers. Cette indemnisation par le tiers de la partie ayant pris l'engagement initial peut également prendre la forme d'une clause "d'indemnisation" du type examiné au paragraphe 33 du chapitre VIII. Tout engagement de conclure des contrats de fourniture qui est pris par le tiers directement envers la partie avec laquelle ces contrats de fourniture doivent être conclus peut également faire l'objet d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale. (La question du recrutement de tiers est traitée au chapitre VIII, "Participation de tiers", par. 5, 15 et 16 (acheteurs tiers) et au paragraphe 44 (fournisseurs tiers).)

B. Relation entre le recouvrement de la somme convenue et le recouvrement de dommages-intérêts

11. Les systèmes juridiques traitent souvent de la relation entre le recouvrement de la somme convenue et le recouvrement de dommages-intérêts. Puisque l'un des objectifs de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale est d'éviter aux parties d'avoir à déterminer l'ampleur du préjudice à réparer (voir le paragraphe 5 ci-dessus), dans certains systèmes juridiques, la partie à laquelle la somme convenue est due n'est pas autorisée, dans les cas où le préjudice réparable en application des règles relatives aux dommages-intérês dépasserait la

somme convenue, à renoncer à la somme convenue et à demander des dommages-intérêts. La partie devant la somme convenue n'est pas non plus autorisée, dans les cas où le préjudice réparable serait inférieur à la somme convenue, à faire valoir qu'elle ne devrait être tenue de verser que des dommages-intérêts. Dans d'autres systèmes juridiques, toutefois, la partie à laquelle la somme convenue est due est autorisée à prouver que le préjudice subi dépasse la somme convenue. Dans ces systèmes, la partie lésée peut, outre la somme convenue, recouvrer des dommages-intérêts couvrant la portion du préjudice non compensée par la somme convenue, soit sans conditions, soit sous réserve que certaines conditions soient remplies (par exemple, il faut que le défaut d'exécution soit dû à la négligence, ou qu'il y ait eu intention de causer un préjudice, ou qu'il ait été expressément convenu que des dommages-intérêts pourront être recouvrés pour le préjudice dépassant la somme convenue). Vu ces divergences entre les systèmes juridiques et les différentes manières dont une clause de dommages-intérêts spécifiés peut être interprétée, il est souhaitable que les parties, dans la mesure autorisée par la loi applicable, règlent dans la clause la question de savoir si la partie lésée sera habilitée à recouvrer des dommages-intérêts en sus de la somme convenue (Règles uniformes, art. 7 — voir la note 1). (La question de la compensation monétaire en cas de défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés est traitée au chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", par. 12 et 13.)

C. Effets du paiement

12. Les parties doivent régler une importante question : le paiement de la somme convenue a-t-il pour effet de libérer la partie s'étant engagée de son engagement d'échanges compensés ? Souvent, les parties considèrent que le paiement de la somme convenue met fin à l'engagement d'échanges compensés. Cependant, comme les parties disposent parfois que la somme convenue est payable en cas de retard dans l'exécution de l'engagement et que la partie s'étant engagée n'est alors pas libérée par le paiement de la somme convenue, il est souhaitable que la clause de dommages-intérêts spécifiés ou la clause pénale comporte une disposition précise concernant les effets du paiement de la somme convenue. Faute d'une telle disposition, les effets du paiement seront déterminés par la loi applicable. Dans certains systèmes juridiques, en l'absence d'une disposition expresse des parties relative aux effets du paiement, ces effets peuvent être déterminés compte tenu des faits permettant d'éclairer l'intention des parties (par exemple, le montant de la somme convenue) (Règles uniformes, art. 6 — voir la note 1).

13. Les parties peuvent souhaiter prévoir le paiement d'une somme convenue en cas de retard lorsqu'il est particulièrement important que l'engagement d'échanges compensés soit exécuté avant une date spécifiée ou que les différentes portions de l'engagement soient exécutées selon un calendrier convenu. Le fournisseur peut souhaiter une telle clause, par exemple, lorsque l'exécution à temps de l'engagement d'échanges compensés dans une direction est essentielle pour lui permettre de faire face à ses obligations de paiement liées au contrat de fourniture dans l'autre direction. Quant à l'acheteur, il peut souhaiter une telle clause lorsqu'il s'est engagé à revendre les marchandises à une date donnée. (Pour ce qui est du montant de la somme convenue payable en cas de retard, voir les paragraphes 18 et 19 ci-après.)

14. La question des effets du paiement d'une somme convenue se pose également lorsque le paiement est dû pour défaut d'exécution d'une portion de l'engagement d'échanges compensés pendant une sous-période du délai d'exécution. Dans ces cas, il est bon de préciser si un paiement est dû en vertu de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale pour toute portion non exécutée de l'engagement d'échanges compensés qui n'est pas reportée ou qui n'est toujours pas exécutée à l'expiration du délai général d'exécution, ou si un paiement est dû pour toute portion non exécutée de l'engagement qui est reporté d'une sous-période à la suivante.

D. Montant de la somme convenue

15. Le montant des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité peut être un montant absolu ou un pourcentage de la valeur de l'engagement non exécuté. Un calcul sur la base d'un pourcentage de l'engagement non exécuté présente l'avantage de réduire automatiquement le montant au fur et à mesure que l'engagement est exécuté. S'il y a une garantie de paiement de la somme convenue (voir le paragraphe 23 ci-après), il est souhaitable d'indiquer dans la garantie que toute réduction du montant de la somme convenue doit entraîner une réduction correspondante du montant de la garantie (voir chap. XII, "Garantie de bonne exécution", par. 23 et 24).

16. La détermination du montant approprié de la somme convenue présente certaines difficultés. Dans une opération d'échanges compensés à long terme, il peut être difficile d'estimer, lors de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, le préjudice qui pourra être subi lorsque surviendra un défaut d'exécution et, par conséquent, il peut être difficile de quantifier la somme convenue de manière qu'elle ait effectivement valeur de dédommagement, ou qu'elle soit suffisante pour stimuler l'exécution. Pour le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale, la somme convenue ne devrait pas être fixée à un niveau tellement bas qu'il subisse un important préjudice dont il ne serait pas dédommagé en cas de défaut d'exécution de l'engagement par l'autre partie. En outre, si la somme est inférieure au montant que la partie ayant pris l'engagement économiserait en ne s'acquittant pas de son engagement, cette partie ne serait pas incitée à s'acquitter de façon appropriée et en temps voulu de ses obligations, bien au contraire.

17. Lors de la détermination du montant de la somme applicable, les parties devraient garder présent à l'esprit que ce montant sera sans doute considéré par un tribunal comme un facteur important pour déterminer si l'obligation de payer la somme convenue a pour objet de dédommager d'un préjudice ou de stimuler l'exécution (voir le paragraphe 6 ci-dessus).

18. Si la loi applicable le permet, le bénéficiaire de la clause peut juger utile que l'accord d'échanges compensés

fixe la somme convenue à un niveau qui lui assure un dédommagement raisonnable, tout en incitant raisonnablement l'autre partie à s'acquitter de son engagement. Pour déterminer quel montant serait raisonnable, les parties peuvent se fonder sur des facteurs tels que le prix que le fournisseur obtiendrait en vendant ailleurs ses produits, le prix que l'acheteur aurait à payer pour acheter ailleurs les produits, le préjudice qui pourrait résulter de la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés, l'ampleur du risque de non-exécution de l'engagement et le fait que le montant doive être suffisamment important pour stimuler l'exécution. Les montants excessifs sont à éviter, car ils risquent de faire renoncer des partenaires commerciaux éventuels à conclure un accord d'échanges compensés. Ils risquent également de rendre plus difficile la recherche de tiers disposés à participer à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sous réserve d'une clause "d'indemnisation" (voir le paragraphe 10 ci-dessus, ainsi que le chapitre VIII, "Participation de tiers", par. 33). En outre, un montant excessif peut fort bien n'avoir aucun effet dissuasif s'il apparaît que, selon toute probabilité, il sera annulé ou réduit à la suite d'une action en justice (voir le paragraphe 6 ci-dessus). De plus, si une partie s'étant engagée à acheter des marchandises doit accepter une somme convenue particulièrement importante, elle peut en compensation demander une réduction du prix des marchandises qu'elle doit acheter, ou demander un prix plus élevé pour ses propres marchandises. Lorsque la loi applicable dispose que la somme convenue ne peut servir que de réparation, les parties devraient s'efforcer d'évaluer aussi exactement que possible le préjudice potentiel. Aussi convient-il de conserver tous les documents sur lesquels on s'est fondé pour les estimations et les calculs de manière à pouvoir prouver que la somme en question n'a pas été fixée arbitrairement. En outre, les parties voudront peut-être inclure dans l'accord d'échanges compensés une déclaration précisant que le montant fixé dans la clause représente une estimation de bonne foi du préjudice qui serait subi en cas de non-exécution de l'engagement d'échanges compensés.

19. Lorsque la clause de dommages-intérêts spécifiés ou la clause pénale s'applique également en cas de retard, la somme convenue est souvent fixée de manière graduelle, un montant spécifié étant dû pour un retard spécifié. Dans ces cas, il est souhaitable de plafonner la somme cumulée de ces montants. Les parties voudront peut-être traiter du cas où l'engagement ne serait toujours pas exécuté après que le plafond a été atteint. Elles peuvent par exemple disposer que le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale n'est habilité à recouvrer ni de nouveaux montants en vertu de cette clause, ni des dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi du fait du défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés après la date à laquelle le plafond a été atteint. Selon une autre approche, après que le plafond est atteint, le bénéficiaire de la clause peut toujours être habilité à exiger l'exécution de l'engagement. Dans ce cas, les parties peuvent convenir que, si la partie ayant pris l'engagement ne s'en acquitte pas dans un délai convenu après que le plafond a été atteint, le bénéficiaire de la clause sera habilité à réclamer une somme convenue supplémentaire pour non-exécution de l'engagement. Quelle que soit l'approche retenue, il est bon de disposer que le bénéficiaire de la clause est habilité à résilier l'engagement une fois que le plafond des versements pour retard est atteint.

E. Recouvrement de la somme convenue

20. Les parties voudront peut-être disposer que la partie lésée perd le droit de réclamer la somme convenue si elle ne la réclame pas dans un délai donné suivant l'expiration du délai d'exécution (par exemple 30 jours). Cette disposition a pour objet de résoudre les problèmes liés à la responsabilité en cas de non-exécution de l'engagement d'échanges compensés dans un délai raisonnable suivant l'expiration du délai d'exécution. Le délai de réclamation devrait être suffisamment long pour permettre aux parties de déterminer s'il y a eu ou non défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Ce point est particulièrement important lorsque l'exécution de l'engagement suppose que des mesures soient prises peu de temps avant la fin du délai d'exécution, ou lorsque des contrats de fourniture doivent être conclus avec des personnes autres que la partie envers laquelle l'engagement a été pris.

21. Lorsque le délai d'exécution est divisé en sous-périodes, il est bon que l'accord d'échanges compensés indique si le paiement de la somme convenue est dû à la fin de chaque sous-période durant laquelle il y a eu défaut d'exécution, ou seulement à la fin du délai général d'exécution. Si le paiement est dû à la fin de chaque sous-période, il serait possible de prévoir après l'expiration de chaque sous-période un délai durant lequel le paiement de la somme convenue peut être réclamé (voir le paragraphe précédent).

22. Les actions en justice inventées pour recouvrer la somme convenue sont souvent longues et coûteuses. Il est possible de réduire le risque de se voir contraint d'intenter de telles actions en autorisant, dans l'accord d'échanges compensés, le bénéficiaire à déduire la somme convenue des fonds de l'autre partie qui lui ont été remis ou des sommes dues par le bénéficiaire à cette autre partie. Par exemple, lorsqu'il est convenu que le produit du contrat d'exportation doit être conservé pour payer le contrat de contre-exportation, il peut être convenu que le contre-exportateur retiendra un montant équivalant à la somme convenue si le contre-importateur n'honore pas son engagement de conclure un contrat d'achat des marchandises contre-exportées (voir le chapitre IX, "Paiement", par. 9 et 57). Lorsque le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale ne retient pas ainsi le produit d'une expédition, il peut aussi être assuré d'obtenir paiement de la somme convenue en étant autorisé à la déduire de fonds ou de créances non liés à l'opération d'échanges compensés en question. On notera toutefois que, dans certains systèmes juridiques, il existe des règles impératives régissant les dispositions autorisant de telles déductions. En outre, une déduction peut être ultérieurement annulée si la somme convenue ainsi déduite est par la suite jugée excessive par un tribunal et réduite.

23. Le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale peut souhaiter inclure dans l'accord d'échanges compensés une disposition selon laquelle l'autre partie doit faire en sorte qu'une institution financière donne une garantie en ce qui concerne la somme

convenue. Le bénéficiaire peut alors demander la somme convenue à cette institution en application des dispositions de la garantie (les dispositions possibles d'une garantie de paiement de la somme convenue sont traitées au chapitre XII, "Garantie de bonne exécution").

F. La résiliation de l'accord d'échanges compensés et les clauses prévoyant le paiement d'une somme convenue

24. Les parties voudront peut-être disposer que, lorsqu'une somme convenue est payable pour retard sous forme de versements plafonnés (voir le paragraphe 19 ci-dessus), l'engagement d'échanges compensés ne pourra être résilié, tant que le plafond n'aura pas été atteint, au motif du défaut d'exécution couvert par la somme convenue.

25. Les parties voudront peut-être aussi disposer que la résiliation, après que le plafond a été atteint, ne doit pas avoir d'effets sur l'obligation de verser des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité dus avant la résiliation. Cela permettrait d'éviter les ambiguïtés imputables au fait que, dans certains systèmes juridiques, la résiliation du contrat a des effets sur les obligations dues avant ladite résiliation. Si toutefois l'engagement d'échanges compensés est résilié avant que le plafond ne soit atteint (par exemple lorsque le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale résilie l'engagement pour un défaut d'exécution autre que celui couvert par la somme convenue), les parties voudront peut-être disposer que la résilisation n'exerce pas d'effets sur le droit de recouvrer une somme convenue due à la date de la résiliation, mais qu'aucun montant ne sera dû à titre de paiement d'une somme convenue après la résiliation.

[A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.4]

XIII. DÉFAUT D'ACHÈVEMENT DE L'OPÉRATION D'ÉCHANGES COMPENSÉS*

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Remarques générales	1-4
B. Cas où une partie peut être libérée partiellement ou totalement de l'engagement d'échanges compensés	5-9
C. Compensation pécuniaire	10-13
D. Empêchements exonératoires	14-37
1. Conséquences juridiques des empêchements exonératoires	18-19
2. Définition des empêchements exonératoires	20-35
a) Définition générale	21-23
b) Définition générale accompagnée d'une liste d'empêchements exonératoires	24-27
i) Définition générale avec liste indicative	25
ii) Définition générale avec liste exhaustive	26
iii) Définition générale avec liste traditionnelle d'empêchements exonératoires entrant ou non dans le champ de la définition	27
c) Liste exhaustive d'empêchements exonératoires sans définition générale	28
d) Empêchements exonératoires susceptibles d'être envisagés	29-33
e) Exclusion de certains faits	34-35
3. Notification des empêchements	36-37
E. Effet du défaut de conclusion ou d'exécution d'un contrat de fourniture sur l'opération d'échanges compensés	38-60
1. Défaut de conclusion d'un contrat de fourniture	42-47
2. Résiliation du contrat de fourniture	48-54
3. Défaut de paiement	55-59
4. Défaut de livraison des marchandises	60

*On a utilisé dans le présent additif concernant le projet de chapitre XIII un titre différent de celui qu'on avait employé dans le projet de structure du guide juridique (A/CN.9/WG.IV/WP.51, par. 9) et dans certains autres projets de chapitres.

A. Remarques générales

1. Le présent chapitre traite de la question des recours en cas de défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (sect. B et C). Il traite aussi des circonstances dans lesquelles une partie serait libérée de sa responsabilité pour défaut d'exécution de l'engagement (sect. D). Il examine en outre les effets d'un défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés et les conséquences d'un défaut d'exécution d'un contrat de fourniture dans une

direction sur l'obligation incombant aux parties de conclure ou d'exécuter des contrats de fourniture dans l'autre direction (sect. E). Par contre, il ne traite pas des recours en cas de défaut d'exécution d'un contrat de fourniture conclu en application de l'accord d'échanges compensés parce qu'ils sont régis par le droit général des contrats et ne posent donc pas de problèmes propres aux échanges compensés.

2. Le fait qu'une partie n'exécute pas ses obligations liées à l'opération d'échanges compensés pourrait avoir sur l'autre partie de graves répercussions, dont les suivantes : un fournisseur éventuel ne reçoit pas les fonds en monnaies convertibles qui devaient servir à acheter d'autres marchandises ou ne peut pas introduire sur de nouveaux marchés, comme il l'avait prévu, les marchandises faisant l'objet d'échanges compensés, ou encore un acheteur éventuel ne reçoit pas les marchandises qui devaient être revendues pour payer les marchandises expédiées dans l'autre direction.

3. Il est souhaitable d'énoncer dans l'accord d'échanges compensés les recours disponibles pour défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Les systèmes juridiques nationaux ne comportent généralement pas de règles visant expressément les échanges compensés, et les règles générales applicables aux obligations contractuelles peuvent ne pas prévoir de solution satisfaisante aux problèmes qui peuvent se poser dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Parmi les moyens de recours que les parties pourront souhaiter énoncer dans l'accord d'échanges compensés figurent la possibilité d'être libéré de l'engagement d'échanges compensés et le versement de dommages-intérêts spécifiés ou de pénalités (voir plus loin, par. 5 à 13). Il est aussi souhaitable de définir dans l'accord d'échanges compensés les circonstances dans lesquelles une partie serait libérée de sa responsabilité pour défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir plus loin par. 14 à 37).

4. Les recours en cas de défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés que les parties auront décidé d'énoncer dans un accord d'échanges compensés peuvent ne pas être adaptés à toutes les circonstances. Par conséquent, même si une partie a le droit d'insister sur l'emploi des moyens de recours prévus dans l'accord d'échanges compensés, les parties peuvent juger souhaitable de négocier en fonction des recours disponibles, avant de mettre en œuvre les procédures disponibles pour les exercer (voir l'examen de la question des négociations au chapitre XV, "Règlement des litiges", par. ____ à ____).

B. Cas où une partie peut être libérée partiellement ou totalement de l'engagement d'échanges compensés

5. Une partie peut être libérée des obligations que lui imposait l'engagement d'échanges compensés dans diverses circonstances : lorsque des dommages-intérêts ou des pénalités spécifiés dans l'accord d'échanges compensés ont été payés pour non-exécution de l'engagement (voir plus loin par. 10 et chap. XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", par. ____); lorsqu'une action ou une omission de l'autre partie a causé le défaut d'exécution de l'engagement (voir plus loin, par. 6); lorsque surviennent des faits que la loi applicable ou l'accord d'échanges compensés définit comme des empêchements exonératoires (voir plus loin, par. 14 à 37); lorsque le contrat de fourniture dans l'autre direction est résilié (voir plus loin, par. 48). Une partie peut être libérée totalement ou partiellement des obligations non acquittées au titre de son engagement d'échanges compensés. Si les motifs de libération ne concernent qu'une partie des obligations, les autres obligations restent exécutoires.

6. Les parties pourront souhaiter convenir que, si la partie qui s'est engagée à fournir manque à son obligation de fournir tout ou partie des marchandises conformément aux termes de l'accord d'échanges compensés, celle qui s'est engagée à acheter est libérée de l'engagement d'échanges compensés totalement ou dans la proportion correspondant au manquement. De même, les parties souhaiteront peut-être convenir que, si la partie qui s'est engagée à acheter manque à son obligation d'acheter tout ou partie des marchandises mises à sa disposition conformément aux termes de l'accord d'échanges compensés, celle qui s'est engagée à fournir est libérée, totalement ou dans la proportion correspondant au manquement. Dans ce cas, les parties peuvent décider d'établir une règle de notification. Une telle règle pourrait disposer qu'une notification doit être remise par la partie lésée à la partie fautive, précisant le manquement et informant ladite partie que la partie lésée sera libérée de ses obligations découlant de l'engagement d'échanges compensés dans la mesure où il n'aura pas été remédié au manquement dans un délai précisé dans la notification ou dans l'accord d'échanges compensés. Le délai devrait être suffisamment long pour qu'il soit possible de remédier au manquement. Les parties pourront souhaiter convenir que le délai commence à courir à partir de la date de remise de la notification. Elles pourront souhaiter étudier s'il serait souhaitable de stipuler que la libération ne prendra effet qu'après qu'une deuxième notification écrite aura été remise par la partie demandant d'être libérée de ses obligations.

7. Il arrive que l'accord d'échanges compensés divise le délai d'exécution de l'engagement en sous-périodes pendant lesquelles des proportions spécifiées de l'engagement total doivent être exécutées (pour cette question, voir le chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", par. 27 à 29). Il est alors souvent prévu qu'une partie qui n'exécute pas l'engagement correspondant à une sous-période donnée peut reporter partiellement la composante non exécutée sur la sous-période suivante et que la partie fautive doit verser des dommages-intérêts ou des pénalités pour la partie de l'engagement non exécutée qui n'est pas reportée sur la sous-période suivante. En pareil cas, il peut être prévu que la partie fautive se verra accorder un délai supplémentaire, après l'expiration de la sous-période, pour remédier au manquement (voir le paragraphe précédent).

8. Il convient de noter que, dans certains systèmes juridiques, il existe des règles spéciales concernant la résiliation du contrat pour manquement à des obligations. Ces règles peuvent disposer, par exemple, qu'un délai supplémentaire doit être accordé pour remédier au manquement, qu'une notification de l'intention de résilier

le contrat doit être donnée ou qu'un consentement judiciaire doit être donné. Si la libération d'un engagement d'échanges compensés est interprétée comme étant régie par ces règles, de telles conditions pourront être applicables.

9. L'accord d'échanges compensés peut disposer que, dans le cas où une libération résulte de circonstances qui ne sont imputables à aucune des parties (par exemple un empêchement exonératoire), chaque partie doit supporter ses propres dépenses et ses propres pertes.

C. Compensation pécuniaire

10. L'accord d'échanges compensés peut disposer qu'un manquement d'une partie à l'engagement d'échanges compensés donne à la partie lésée le droit de recevoir de la partie fautive une somme convenue au titre des dommages-intérêts spécifiés ou à titre de pénalité (on traite des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des pénalités au chapitre XI). Il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés précise si une partie qui verse une somme paye au titre des dommages-intérêts spécifiés ou à titre de pénalité est libérée des obligations découlant de l'engagement d'échanges compensés (les effets du paiement de dommages-intérêts spécifiés ou d'une pénalité sont traités au chapitre XI, par. ____ à ____).

11. Les paiements de dommages-intérêts spécifiés et de pénalité devraient être distingués de l'obligation, que l'on trouve généralement dans les systèmes juridiques, de payer des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par suite du manquement à une obligation contractuelle. Les dommages-intérêts spécifiés ou la pénalité portent sur un montant convenu au moment où l'obligation contractuelle est établie et sont payables par une partie qui ne s'est pas acquittée de l'obligation sans que la partie lésée ait à prouver qu'elle a subi un préjudice (chap. XI, par. ____). Par contre, les dommages-intérêts sont évalués après le défaut d'éxécution d'une obligation contractuelle pour dédommager la partie lésée des préjudices dont il est prouvé qu'elle a souffert.

12. On pourrait envisager que la partie qui a subi un préjudice par suite du défaut d'exécution d'un engagement d'échanges compensés puisse, en vertu des règles juridiques généralement applicables aux manquements à une obligation contractuelle, réclamer des dommages-intérêts à la partie fautive. Quand on aborde le problème de la responsabilité pour défaut d'exécution d'un engagement d'échanges compensés on est amené à poser la question de la responsabilité précontractuelle. Les systèmes juridiques donnent rarement des réponses claires à cette question, qu'ils traitent de manières diverses, et la législation relative à la responsabilité précontractuelle est peu développée dans certains pays. Une autre source d'incertitude est la base sur laquelle le montant des dommages-intérêts serait calculé. Si les termes importants du futur contrat de fourniture (en particulier, le type, la qualité et le prix des marchandises) ne sont pas suffisamment définis dans l'accord d'échanges compensés, on ne disposera pas d'une base suffisante pour calculer les dommages-intérêts résultant de la non-conclusion dudit contrat.

13. Il est donc souhaitable que les parties ne s'en remettent pas à la loi applicable pour régler la question des dommages-intérêts pour non-exécution de l'engagement d'échanges compensés. Il leur est plutôt recommandé d'inclure dans l'accord d'échanges compensés une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale (voir le chapitre XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales").

D. Empêchements exonératoires

14. Durant la période d'exécution de l'engagement d'échanges compensés, il peut se produire des faits empêchant une partie de conclure, comme elle s'y était engagée, un contrat de fourniture. Ces empêchements peuvent être d'ordre juridique, par exemple une modification de la réglementation dans le pays de l'acheteur ou du fournisseur qui interdirait l'importation ou l'exportation de certains types de marchandises. Les empêchements peuvent aussi être d'ordre matériel, par exemple des catastrophes naturelles empêchant de produire ou de transporter des marchandises faisant l'objet d'échanges compensés, ou d'en prendre livraison. Ces faits peuvent empêcher l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, soit définitivement, soit temporairement. La partie qui ne s'acquitte pas de ses obligations découlant de l'engagement d'échanges compensés en raison d'un tel empêchement peut, sous réserve de la loi applicable et des dispositions de l'accord d'échanges compensés, obtenir un délai supplémentaire pour s'acquitter de ses obligations, en être totalement libérée et être exemptée du versement de dommages-intérêts. Dans le Guide juridique, les empêchements qui donnent lieu à une telle exemption sont appelés "empêchements exonératoires".

15. Nombre de systèmes juridiques comportent des règles concernant les empêchements exonératoires. Cependant, ces règles peuvent avoir des résultats incompatibles avec les conditions et les exigences des opérations internationales d'échanges compensés ou ne pas répartir, comme le souhaiteraient les parties, les risques liés à l'apparition d'empêchements exonératoires. Aussi les parties pourront-elles souhaiter inclure dans leur accord d'échanges compensés une clause d'exonération définissant les empêchements exonératoires et spécifiant les conséquences juridiques de ces empêchements. Il est conseillé aux parties de choisir une terminologie qui, compte tenu de la loi applicable, soit conforme à leurs intentions (voir chap. IV, "Remarques générales sur la rédaction", par. 6).

16. En ce qui concerne la clause de l'accord d'échanges compensés relative aux empêchements exonératoires, chaque partie a intérêt à négocier de manière à y inclure les types d'empêchements exonératoires qui peuvent affecter sa capacité de prendre les mesures requises pour exécuter l'engagement d'échanges compensés. Par exemple, la partie qui s'est engagée à acheter souhaitera inclure des empêchements tels que les restrictions à l'importation et les obstacles matériels à la prise en livraison ou à l'utilisation des marchandises. La partie qui s'est engagée à fournir les marchandises souhaitera quant à elle inclure des empêchements tels que les restrictions quant aux marchandises dont

l'exportation est permise dans le cadre d'opérations d'échanges compensés et d'autres restrictions à l'exportation, ainsi que certains empêchements affectant sa capacité de produire les marchandises. Il convient de noter qu'en vertu du principe généralement admis de la liberté contractuelle, les parties ont toute latitude pour se mettre d'accord sur celle des parties qui assumera le risque qu'intervienne tel ou tel type d'événement empêchant l'exécution. Elles seront par conséquent libres d'exclure de la liste d'empêchements exonératoires des événements qui seraient qualifiés d'empêchements exonératoires par la loi applicable ou, inversement, d'y inclure d'autres événements qui ne seraient pas qualifiés ainsi par la loi applicable.

17. La question des exonérations est traitée différemment selon les systèmes juridiques, la doctrine et la terminologie utilisées n'étant pas toujours identiques. Pour ce qui est des contrats de vente, ces divergences ont été supprimées par l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)[1]. La conception adoptée dans cette Convention vise à tenir compte des circonstances et exigences particulières du commerce international. Les parties jugeront peut-être que cette conception peut les aider à élaborer une clause d'exonération dans l'accord d'échanges compensés. L'étude des conséquences juridiques des empêchements exonératoires et de la définition de ces empêchements (voir plus loin, sect. 1 et 2 respectivement) se fonde sur la conception retenue dans la Convention.

1. Conséquences juridiques des empêchements exonératoires

18. Les parties souhaiteront peut-être stipuler que, lorsque l'exécution de l'engagement d'échanges compensés est empêchée par un empêchement exonératoire d'une durée qui ne dépasse pas un certain délai (six mois par exemple), le délai d'exécution sera prolongé d'une durée correspondante à celle de l'empêchement. L'objet d'une telle disposition serait de faire en sorte que les empêchements exonératoires d'une durée limitée ne libèrent pas les parties de l'engagement d'échanges compensés. Les parties souhaiteront peut-être stipuler dans l'accord d'échanges compensés que, si la durée d'un empêchement exonératoire invoqué par une partie dépasse un certain délai, l'autre partie pourra demander à être libérée de l'engagement d'échanges compensés ou il pourra être convenu que l'une ou l'autre des parties pourra demander d'être libérée. Les parties souhaiteront peut-être énoncer dans une telle disposition l'obligation d'engager des négociations visant à modifier l'accord d'échanges compensés de manière à ce que l'engagement soit maintenu.

19. Ainsi qu'on l'a indiqué au chapitre XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales (par. ____)", afin d'éliminer toute incertitude, les parties pourront souhaiter stipuler expressément qu'une partie qui n'exécute pas l'engagement d'échanges compensés du fait d'un empêchement exonératoire est exemptée du versement de dommages-intérêts spécifiés ou de pénalités ou de tous dommages-intérêts qui seraient dus en vertu de la loi applicable.

2. Définition des empêchements exonératoires

20. Les parties pourront souhaiter inclure dans l'accord d'échanges compensés une définition des empêchements exonératoires. Elles pourront pour ce faire adopter l'une des méthodes suivantes : *a)* ne rédiger qu'une définition générale des empêchements exonératoires; *b)* combiner une définition générale et une liste d'empêchements exonératoires; *c)* n'établir qu'une liste exhaustive des empêchements exonératoires.

a) *Définition générale*

21. Une définition générale des empêchements exonératoires permettrait aux parties de faire en sorte que tous les faits répondant aux conditions énoncées dans la définition soient considérés comme des empêchements exonératoires. L'objet d'une définition générale est aussi d'exclure des faits qui ne répondent pas à ces conditions. Avec une telle définition, les parties n'auraient pas besoin d'établir une liste des empêchements exonératoires au risque d'omettre des faits qu'elles auraient considérés comme des empêchements exonératoires. Par contre, il peut être difficile dans certains cas de déterminer si un fait donné entre ou non dans le cadre de la définition générale.

22. Les parties pourront souhaiter inclure dans la définition une disposition selon laquelle, pour qu'il y ait empêchement exonératoire, l'exécution de l'engagement d'échanges compensés doit être empêchée par un obstacle matériel ou juridique (voir plus haut, par. 14) et non, par exemple, être rendue seulement plus difficile ou plus onéreuse. Il convient cependant de noter que les circonstances peuvent changer au point que l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, tout en restant matériellement possible, deviendrait exagérément coûteuse, dépassant le montant qu'une partie pouvait raisonnablement s'attendre à payer. Un changement aussi extrême des circonstances peut être considéré en vertu de la loi applicable comme un empêchement exonératoire. En outre, les parties pourront stipuler que l'empêchement doit être indépendant de la volonté de la partie qui n'exécute pas l'engagement d'échanges compensés et que l'on ne devait pas pouvoir raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences.

23. Dans les clauses contractuelles sur les empêchements exonératoires, on se contente parfois d'énumérer un certain nombre d'empêchements exonératoires et d'indiquer que d'autres événements similaires seront aussi considérés comme des empêchements exonératoires. Dans de telles clauses, la liste aide à déterminer si un événement non énuméré devrait être ou non considéré comme un empêchement exonératoire. Cependant, la présence dans

[1] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (document A/CONF.97/18, annexe 1); *Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XI : 1980, troisième partie, B.

ces clauses d'une définition générale est susceptible de réduire les incertitudes quant au caractère exonératoire ou non exonératoire d'un événement non inclus dans la liste.

b) *Définition générale accompagnée d'une liste d'empêchements exonératoires*

24. La définition générale des empêchements exonératoires peut être suivie d'une liste indicative ou exhaustive des faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires. Cette méthode combine la souplesse qu'assure une définition générale et la certitude qu'offre une liste d'empêchements exonératoires.

i) *Définition générale avec liste indicative*

25. Les exemples d'empêchements exonératoires qui figureront dans la liste indicative devraient être choisis de manière à préciser le champ de la définition générale. Ainsi, on sera mieux à même de déterminer la portée envisagée de ladite définition et on pourra faire en sorte que les faits figurant dans la liste soient considérés comme des empêchements exonératoires s'ils satisfont aux critères énoncés dans la définition générale.

ii) *Définition générale avec liste exhaustive*

26. La définition générale des empêchements exonératoires peut être suivie d'une liste exhaustive de faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires s'ils satisfont aux critères énoncés dans la définition. Il n'est peut être pas souhaitable d'établir une telle liste, à moins que les parties ne soient certaines qu'elles peuvent prévoir et énumérer tous les faits qu'elles souhaiteraient voir considérer comme des empêchements exonératoires.

iii) *Définition générale avec liste traditionnelle d'empêchements exonératoires entrant ou non dans le champ de la définition*

27. La définition générale peut être suivie d'une liste de faits qui doivent être considérés comme des empêchements exonératoires, qu'ils entrent ou non dans le champ de la définition. Cette méthode peut être utile lorsque les parties retiennent une définition restreinte des empêchements exonératoires, mais souhaitent que certains faits, qui n'entrent pas dans le champ de la définition, soient considérés comme de tels empêchements. Puisque ces faits constitueraient des empêchements exonératoires indépendamment de la définition générale, les remarques figurant au paragraphe 28 ci-dessous, à propos des garanties dont on peut s'entourer lorsqu'on établit une liste d'empêchements exonératoires sans définition générale, valent également pour ce cas-ci.

c) *Liste exhaustive d'empêchements exonératoires sans définition générale*

28. Il est possible que la clause d'exonération ne comporte qu'une liste de faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires, sans définition générale. Cette méthode présente l'inconvénient de ne pas énoncer dans une définition les critères généraux auxquels doivent satisfaire les faits énumérés pour pouvoir être considérés comme des empêchements exonératoires. De tels critères généraux n'étant pas prévus, il est conseillé aux parties de décrire aussi précisément que possible les empêchements exonératoires énumérés. L'avantage d'une telle précision est de supprimer les incertitudes quant à la répartition des risques entre les parties.

d) *Empêchements exonératoires susceptibles d'être envisagés*

29. Si elles intègrent dans la clause d'exonération une liste de faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires, avec ou sans définition générale, les parties pourront déterminer s'il est souhaitable d'y inclure des faits tels qu'incendie, explosion ou embargo commercial. Les parties pourront en outre souhaiter limiter la mesure dans laquelle les événements énumérés ci-après peuvent être considérés comme des empêchements exonératoires.

30. *Catastrophes naturelles.* Les catastrophes naturelles comme les tempêtes, les cyclones, les inondations ou les tempêtes de sable peuvent être considérées comme normales à certains moments de l'année au lieu considéré. En pareil cas, le contrat correspondant à l'accord d'échanges compensés pourrait interdire à une partie de s'en prévaloir en tant qu'empêchements exonératoires si elles étaient prévisibles et si des mesures efficaces auraient pu être prises pour y faire face (voir plus haut, par. 23).

31. *Guerre (déclarée ou non), autres activités militaires ou troubles à caractère civil.* Il peut être difficile de déterminer quand une guerre, d'autres activités militaires ou des troubles à caractère civil peuvent être considérés comme des obstacles à l'exécution d'une obligation. Il peut par exemple arriver qu'une partie poursuive ses activités commerciales malgré les hostilités qui ont lieu dans son pays et donc que ces hostilités ne l'empêchent pas en fait d'exécuter l'engagement d'échanges compensés. Si l'accord d'échanges compensés ne contient pas une définition générale des empêchements exonératoires, il peut être bon de préciser clairement à quel stade une guerre, d'autres activités militaires ou des troubles à caractère civil sont considéré. comme des obstacles à l'exécution d'un engagement d'échanges compensés.

32. *Grèves, boycotts, grèves perlées et occupation d'usines ou de locaux par les ouvriers.* Les parties pourront se demander dans quelle mesure ces faits peuvent être considérés comme des empêchements exonératoires. Ils peuvent certes véritablement empêcher une partie d'exécuter son engagement, mais les parties pourront juger qu'il ne serait pas souhaitable qu'une partie soit exonérée des conséquences d'un défaut d'exécution lorsque ce défaut résulte de la conduite de ses propres employés. En outre, il peut être difficile de déterminer si, oui ou non, une grève des employés et d'autres conflits du travail peuvent être évités par une partie et quelles mesures on peut raisonnablement attendre de cette partie afin d'éviter la grève ou le conflit

ou d'y mettre fin (par exemple, en satisfaisant aux exigences des grévistes). A ce propos, les parties pourront stipuler que seules les grèves non liées aux relations entre la partie et ses employés (par exemple, des grèves de solidarité) seront considérées comme des empêchements exonératoires.

33. *Pénurie des matières premières nécessaires pour la production.* Les parties pourront se demander si une telle pénurie doit être considérée ou non comme un empêchement exonératoire. Elles pourront par exemple stipuler qu'une partie est tenue d'acquérir des matériaux à temps et donc ne pas l'autoriser à se prévaloir de cette pénurie comme d'un empêchement exonératoire. Il peut arriver que cette partie ne dispose pas à temps des matériaux nécessaires du fait d'un retard de livraison de son fournisseur. En pareil cas, cependant, il serait souhaitable que ladite partie s'assure que le contrat conclu avec son fournisseur lui permet de demander à celui-ci de verser des dommages-intérêts.

e) *Exclusion de certains faits*

34. Quelle que soit la méthode suivie pour définir les empêchements exonératoires, les parties pourront souhaiter préciser encore le champ de la clause d'exonération en excluant expressément certains faits. Elles pourront par exemple envisager d'exclure des empêchements exonératoires les faits se produisant après la rupture de l'engagement d'échanges compensés par une partie, faits qui, si l'engagement n'avait pas été rompu, n'auraient pas empêché cette partie de s'acquitter de ses obligations découlant de l'engagement.

35. Les parties pourront se demander si certains actes d'un Etat ou d'une administration doivent être considérés comme des empêchements exonératoires. Une partie peut devoir obtenir une licence ou toute autre autorisation administrative pour pouvoir conclure un contrat de fourniture. L'accord d'échanges compensés peut disposer que, si la licence ou l'autorisation sont refusées par l'administration, ou si elles sont accordées puis retirées, la partie qui devait obtenir la licence ou l'autorisation ne pourra invoquer le refus ou le retrait comme un empêchement exonératoire. Les parties pourront considérer qu'il est juste que les conséquences de l'absence d'une telle licence ou autorisation soient à la charge de la partie qui devait l'obtenir puisque, lorsqu'elle a contracté des obligations en concluant l'accord d'échanges compensés, elle savait qu'il lui faudrait obtenir cette licence ou cette autorisation et que celle-ci pourrait lui être refusée. En outre, il peut être difficile à l'autre partie de déterminer si les mesures prises pour obtenir la licence ou l'autorisation étaient raisonnables (voir plus haut, par. 23).

3. *Notification des empêchements*

36. Il est bon que l'accord d'échanges compensés oblige une partie invoquant un empêchement exonératoire à en aviser par écrit l'autre partie sans retard excessif après qu'elle en a eu connaissance ou peut raisonnablement être supposée en avoir pris connaissance. Grâce à la notification, l'autre partie serait davantage à même de prendre des mesures pour atténuer tout préjudice éventuel. Les parties pourraient stipuler que la notification doit décrire en détail l'empêchement en démontrant que la partie est empêchée ou risque d'être empêchée d'exécuter l'engagement d'échanges compensés et, si possible, la durée prévue de l'empêchement. La partie invoquant un empêchement exonératoire peut devoir continuer d'informer l'autre partie de toutes les circonstances qui peuvent être pertinentes pour évaluer de manière continue l'empêchement et ses conséquences et aviser l'autre partie de la fin de l'empêchement. On peut stipuler qu'une partie n'avisant pas l'autre partie de l'empêchement exonératoire en temps voulu perd son droit de s'en prévaloir. Une autre solution consisterait à stipuler qu'une partie qui n'adresse pas à temps à l'autre la notification requise demeure en droit d'invoquer la clause, mais est tenue d'indemniser l'autre partie en raison du préjudice résultant de ce défaut de notification. L'accord d'échanges compensés pourrait aussi disposer que l'empêchement doit être vérifié, par exemple, par un organisme public, un notaire, un consulat ou une chambre de commerce dans le pays où il se produit.

37. En outre, les parties pourront stipuler qu'en cas de notification d'un empêchement exonératoire, elles doivent se réunir et examiner les mesures à prendre pour prévenir ou limiter les effets de l'empêchement et prévenir ou atténuer tout préjudice qui pourrait en résulter. Il peut s'agir, par exemple, de la renégociation de l'accord d'échanges compensés (voir plus haut, par. 18).

E. Effet du défaut de conclusion ou d'exécution d'un contrat de fourniture sur l'opération d'échanges compensés

38. Une caractéristique des opérations d'échanges compensés est l'existence d'un lien entre la fourniture de marchandises dans les deux directions, en ce sens que la conclusion du contrat de fourniture de marchandises dans une direction dépend de la conclusion du contrat de fourniture dans l'autre direction (voir chap. II, "Portée et terminologie du guide juridique", par. 1). Compte tenu de ce lien, la question peut se poser de savoir si un défaut de conclusion ou d'exécution d'un contrat de fourniture dans une direction devrait avoir un effet sur l'obligation de conclure ou d'exécuter un contrat de fourniture dans l'autre direction. Si, par exemple, le contrat d'exportation correspondant à une opération de contre-achat est résilié, la question peut se poser de savoir si l'exportateur a le droit d'être libéré des obligations d'acheter des marchandises qui lui incombaient en vertu de l'engagement d'échanges compensés. De manière similaire, si, dans une opération de contre-achat, l'exportateur ne prend pas les mesures nécessaires pour exécuter l'engagement d'échanges compensés, la question peut se poser de savoir si le contre-exportateur a le droit de suspendre le paiement correspondant au contrat d'exportation ou de résilier ce contrat.

39. De nombreux systèmes juridiques nationaux contiennent des règles générales de droit contractuel qui donnent une réponse quant à l'interdépendance des obligations énoncées dans un contrat. Le principe général habituellement énoncé est que la non-exécution par une

partie des obligations contractuelles que lui impose un contrat autorise l'autre partie à ne pas s'acquitter de ses propres obligations au titre du même contrat et que, dans certaines circonstances, cette dernière est autorisée à résilier ledit contrat. Une partie ne peut généralement pas refuser d'exécuter ses propres obligations contractuelles ou résilier le contrat lorsque le défaut d'exécution de l'autre partie n'est pas suffisamment grave. Les systèmes juridiques nationaux ne tranchent normalement pas de manière spécifique la question de l'interdépendance des obligations découlant de divers types d'opérations d'échanges compensés et ne précisent pas non plus dans quelle mesure les principes généraux de droit contractuel mentionnés plus haut peuvent être appliqués à une opération d'échanges compensés.

40. On estime souvent que la structure contractuelle particulière d'une opération d'échanges compensés est un élément important à considérer pour déterminer l'interdépendance des obligations en la matière. Dans les cas où les conditions régissant ces obligations sont rassemblées dans un contrat unique, on considère généralement que les obligations mutuelles seront sans doute jugées interdépendantes (la formule du contrat unique est examinée au chapitre III, "Approche contractuelle", par. 2 à 9). Cependant, dans les cas où des contrats séparés sont employés pour les expéditions dans les deux directions, on a exprimé l'avis que, dans de nombreux systèmes juridiques, les deux ensembles d'obligations seraient vraisemblablement jugés indépendants, sauf si des dispositions contractuelles spécifiques énonçaient l'interdépendance (la formule des contrats séparés est examinée au chapitre III, "Approche contractuelle", par. 10 à 21) [note à l'intention du Groupe de travail : il conviendrait d'aligner le libellé des paragraphes 9, 16, 17 et 18 du chapitre III sur le présent texte]. Selon un autre avis, les obligations découlant d'une opération d'échanges compensés pouvaient être jugées interdépendantes même si elles étaient énoncées dans des contrats séparés, parce qu'elles étaient commercialement liées entre elles et correspondaient donc à une opération unique.

41. Les décisions judiciaires et arbitrales étant rares sur la question de l'interdépendance des obligations dans les opérations d'échanges compensés, on ne peut faire de généralisations. Le degré d'interdépendance dépendra des circonstances et des dispositions contractuelles propres à chaque cas. Afin d'éviter des désaccords quant à la question de savoir si une partie est autorisée à suspendre l'exécution de son obligation de fournir des marchandises dans une direction parce que l'autre ne s'est pas acquittée de son obligation de fournir des marchandises dans l'autre direction, les parties souhaiteront peut-être inclure dans l'accord d'échanges compensés des dispositions spécifiques indiquant dans quelle mesure les obligations sont interdépendantes. Ces dispositions pourront porter en particulier sur les problèmes ci-après, qui peuvent se poser dans le cadre de l'exécution de l'opération d'échanges compensés : i) défaut de conclusion d'un contrat de fourniture comme prévu dans l'accord d'échanges compensés, ii) résiliation d'un contrat de fourniture, iii) défaut d'exécution d'une obligation de paiement liée à un contrat de fourniture, et iv) défaut de livraison de marchandises faisant l'objet d'un contrat de fourniture.

1. Défaut de conclusion d'un contrat de fourniture

42. Dans les cas où elles concluent d'abord le contrat de fourniture dans une direction (contrat d'exportation) en prévoyant de conclure plus tard le contrat de fourniture dans l'autre direction (contrat de contre-exportation) (voir chap. III, "Approche contractuelle", par. 12 à 18), les parties pourront examiner la question de savoir si le fait que l'exportateur (contre-importateur) ne prend pas une mesure nécessaire pour exécuter l'engagement d'échanges compensés devrait autoriser l'importateur à suspendre le paiement des marchandises importées ou même à résilier le contrat d'exportation. Une telle interdépendance peut être accueillie favorablement par un importateur dont la capacité de s'acquitter de ses obligations de paiement liées au contrat d'exportation dépend du produit qu'il tirera du contrat de contre-exportation à conclure.

43. Lors de l'examen de la question de savoir s'il faut énoncer cette interdépendance entre l'engagement d'échanges compensés et le contrat d'exportation, les parties pourront souhaiter tenir compte du montant que pourrait atteindre le préjudice subi par le contre-exportateur du fait du défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés et du montant que pourrait atteindre le préjudice subi par l'exportateur du fait de la suspension du paiement lié au contrat d'exportation ou de la résiliation du contrat d'exportation. Il ne serait pas souhaitable qu'un problème rencontré dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés perturbe l'exécution du contrat d'exportation. Les parties pourront faire une telle évaluation lorsque le prix à payer en vertu du contrat d'exportation ou la perte découlant de la résiliation du contrat d'exportation sont considérablement plus élevés que la perte imputable au fait que le contre-importateur n'exécute pas l'engagement d'échanges compensés. En outre, l'interdépendance peut être inopportune car il se peut que les parties ne soient pas d'accord quant à l'attribution des responsabilités en cas de défaut de conclusion d'un contrat de fourniture. La possibilité de suspendre le paiement lié au contrat d'exportation tant que ce désaccord ne serait pas résolu pourrait introduire un degré d'incertitude inacceptable dans l'opération. Par ailleurs, parce qu'il y aurait un risque que le paiement des montants dus en vertu du contrat d'exportation ne soit pas effectué en raison d'un problème rencontré dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, l'exportateur risquerait d'avoir des difficultés à trouver une institution financière disposée à financer l'exportation ou à assurer un risque de défaut de paiement. En effet, les difficultés que pourra rencontrer l'exportateur pourront être dues à des circonstances étrangères au contrat d'exportation, que l'institution financière pourra difficilement évaluer. Pour les raisons examinées aux paragraphes 39 à 41 ci-dessus, les parties pourront souhaiter indiquer dans l'accord d'échanges compensés que le contrat d'exportation est indépendant de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés.

44. Cependant, afin de protéger les intérêts du contre-exportateur, il peut être opportun d'inclure dans l'accord d'échanges compensés une disposition concernant le dédommagement du préjudice que risque d'entraîner un défaut de conclusion du contrat de contre-exportation.

L'obligation de dédommagement peut être énoncée dans une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale figurant dans l'accord d'échanges compensés (voir plus haut, par. 10 à 13, ainsi que le chapitre XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", et le chapitre XII, "Garantie de bonne exécution"). En outre, l'accord d'échanges compensés peut donner au contre-exportateur le droit de déduire des paiements dus au titre du contrat d'exportation le montant des dommages-intérêts spécifiés ou d'une pénalité dus pour défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir chap. IX, "Paiement", par. 9 et 57, et chap. XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", par. ____).

45. Dans le cas où un accord d'échanges compensés est conclu avant les contrats de fourniture dans l'une et l'autre direction (voir chapitre III, "Approche contractuelle", par. 19), les parties peuvent ne pas juger utile d'autoriser une partie à suspendre l'exécution d'un contrat de fourniture conclu dans une direction ou à résilier ledit contrat lorsque l'autre partie ne fait pas le nécessaire pour conclure un contrat de fourniture dans l'autre direction. L'accord d'échanges compensés, dans ces cas, prévoit souvent la conclusion d'une série de contrats de fourniture dans l'une et l'autre directions. En faisant dépendre l'exécution de contrats déjà conclus dans une direction de la conclusion de contrats dans l'autre direction, on perturberait le bon déroulement de l'opération au lieu de le faciliter. Par conséquent, pour les raisons examinées plus haut aux paragraphes 39 à 41, les parties pourront souhaiter indiquer expressément dans l'accord d'échanges compensés que les obligations découlant des contrats de fourniture dans une direction sont indépendantes de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés dans l'autre direction.

46. Dans certains cas, l'accord d'échanges compensés peut disposer que, lorsqu'une partie ne conclut pas de contrats de fournitures dans une direction, l'autre est en droit de suspendre la conclusion des contrats, ou de suspendre l'expédition des marchandises, dans l'autre direction. Une telle formule peut être utilisée en particulier lorsqu'il est convenu que, pendant la durée de l'opération d'échanges compensés la valeur des marchandises fournies dans une direction ne devrait pas dépasser de plus d'un certain pourcentage convenu la valeur des marchandises fournies dans l'autre direction. Cette approche peut être retenue lorsque les parties stipulent que leurs créances réciproques au titre des contrats de fourniture dans les deux directions doivent être compensées et que la différence de valeur des marchandises expédiées dans chaque direction ne devrait pas dépasser une limite convenue (voir chap. IX, "Paiement", par. 35 à 52, en particulier le paragraphe 49). Afin de contrôler le niveau des échanges entre elles et de préciser les situations dans lesquelles une partie est autorisée à suspendre la conclusion de contrats ou les fournitures de marchandises, les parties peuvent décider que leurs fournitures mutuelles de marchandises doivent être consignées dans un "compte de relevés des opérations" (voir chap. VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", par. 38 à 44).

47. Même lorsque l'on dispose dans l'accord d'échanges compensés que l'engagement dans une direction ne devrait pas affecter les obligations découlant des contrats de fourniture existants dans l'autre direction, l'on peut énoncer des sanctions pour défaut d'exécution de l'engagement. Par exemple, lorsque les créances réciproques liées à la fourniture de marchandises dans les deux directions doivent être compensées, on peut disposer qu'une partie qui reçoit plus de marchandises qu'elle n'en expédie doit régler le solde, soit en effectuant des paiements en espèces soit en expédiant des marchandises supplémentaires (voir chap. IV, "Paiement", par. 49 à 51). Lorsque les marchandises fournies dans les deux directions doivent être payées indépendamment, l'accord d'échanges compensés peut contenir une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale ou prévoir l'émission par une banque d'une garantie ou d'une lettre de crédit stand-by couvrant la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir chap. XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", et chap. XII, "Garantie de bonne exécution").

2. *Résiliation du contrat de fourniture*

48. Un contrat de fourniture peut être résilié si, par exemple, l'une des parties ne le respecte pas ou s'il y a empêchement exonératoire. Pour les raisons examinées aux paragraphes 39 à 41 ci-dessus, les parties pourront souhaiter préciser dans l'accord d'échanges compensés si la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction doit affecter les obligations incombant aux parties de conclure ou d'exécuter un contrat de fourniture dans l'autre direction. On peut envisager diverses solutions :

i) Ne pas permettre que la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction affecte l'engagement d'échanges compensés prévoyant la conclusion d'un contrat de fourniture dans l'autre direction ou toutes obligations découlant d'un contrat de fourniture déjà conclu dans l'autre direction;

ii) Disposer que la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction doit libérer les parties de l'engagement d'échanges compensés prévoyant la conclusion d'un contrat de fourniture dans l'autre direction mais qu'un contrat de fourniture qui aurait déjà été conclu dans l'autre direction ne doit pas être affecté;

iii) Disposer que la résiliation du contrat de fourniture dans une direction doit avoir pour résultat de libérer les parties de l'obligation énoncée dans l'engagement d'échanges compensés de conclure un contrat de fourniture dans l'autre direction et entraîner en même temps la résiliation de tout contrat de fourniture déjà conclu dans l'autre direction, à moins que des mesures spécifiées n'aient déjà été prises pour exécuter celui-ci (si, par exemple, les marchandises ont été préparées pour l'expédition ou ont été expédiées).

49. La solution i peut convenir dans les cas où l'accord d'échanges compensés prévoit la conclusion d'une série de contrats de fourniture dans les deux directions. Pour les opérations de contre-achat et d'achat en retour, il peut aussi être opportun de disposer que la résiliation d'un contrat de contre-exportation donné ne devrait pas affecter le contrat d'exportation. En pareil cas, il peut être possible aux par-

ties de conclure un contrat de fourniture destiné à remplacer un contrat de fourniture résilié (voir plus loin, par. 54). Du fait de cette possibilité, ainsi que de la possibilité d'exercer les recours disponibles au titre du contrat de fourniture résilié, les parties pourront ne pas souhaiter que la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction affecte la conclusion ou l'exécution de contrats dans l'autre direction.

50. Compte tenu des effets que pourrait avoir la résiliation d'un contrat d'exportation dans le cadre d'une opération de contre-achat, d'achat en retour ou de compensation industrielle indirecte, la solution i peut avoir la préférence de l'importateur (contre-exportateur). L'importateur a souvent pour principal objectif, lorsqu'il s'engage dans des opérations d'échanges compensés, de trouver un débouché pour ses marchandises et le besoin qu'il a de trouver un tel débouché ne sera généralement pas réduit par la résiliation du contrat d'exportation. La solution i peut aussi avoir la préférence d'un acheteur tiers engagé par l'exportateur pour s'acquitter de son engagement d'échanges compensés; le tiers peut souhaiter que l'engagement d'échanges compensés reste valide, afin de pouvoir obtenir les honoraires convenus avec l'exportateur ou pour récupérer les sommes dépensées en prévision de l'achat et de la revente des marchandises faisant l'objet d'échanges compensés (voir chap. VIII, "Participation de tiers", par. 32). L'exportateur (contre-importateur), en revanche, préférera vraisemblement la solution ii, en particulier s'il n'attend pas un profit de l'achat et de la revente des marchandises faisant l'objet d'échanges compensés. Dans ces types d'opérations, l'exportateur prend généralement un engagement d'échanges compensés pour pouvoir exporter ses propres marchandises; il ne souhaitera donc pas rester lié par l'engagement d'échanges compensés si le contrat d'exportation est résilié, mais il ne souhaitera pas non plus résilier les contrats de contre-exportation existants. Dans les opérations de compensation industrielle indirecte, une raison supplémentaire d'adopter la solution ii est que l'exportateur (contre-importateur) conclut des contrats de contre-importation avec des tiers fournisseurs et qu'il serait inopportun de résilier ces contrats en raison de circonstances qui n'ont rien à voir avec ces tiers.

51. La question peut se poser de savoir si, quand la partie qui s'était initialement engagée à acheter est libérée de l'engagement d'échanges compensés, conformément à la solution ii, un tiers acheteur engagé par l'exportateur (contre-importateur) pourrait continuer à prétendre au versement d'honoraires par l'exportateur (contre-importateur) pour les achats qu'il aurait fait auprès du contre-exportateur après que la partie qui s'est initialement engagée à acheter a été libérée de l'engagement d'échanges compensés. Comme on l'a indiqué au chapitre VIII, "Participation de tiers" (par. 32), il est conseillé aux parties de répondre expressément à cette question dans l'accord d'échanges compensés.

52. La solution iii pourrait être adoptée lorsque les parties considèrent que l'opération d'échanges compensés ne peut se poursuivre si un contrat de fourniture dans une direction est résilié. Ce pourrait notamment être le cas lorsque les parties conviennent de lier leurs obligations de paiement de sorte que le produit d'un contrat de fourniture dans une direction soit utilisé pour effectuer le paiement correspondant au contrat de fourniture dans l'autre direction (chap. IX, "Paiement"), ou lorsque, comme dans une opération de compensation industrielle directe, les marchandises fournies par une partie doivent être intégrées dans les marchandises qui doivent être fournies dans l'autre direction. La solution iii serait aussi indiquée pour les opérations d'achat en retour dans le cadre desquelles la possibilité d'exécuter l'engagement d'échanges compensés est fonction de l'exécution du contrat d'exportation.

53. Si elles adoptent les solutions ii ou iii, les parties pourront souhaiter préciser dans l'accord d'échanges compensés qu'une partie ne sera libérée de ses obligations découlant de l'engagement d'échanges compensés ou d'un contrat de contre-exportation existant, du fait de la résiliation du contrat d'exportation, que si elle n'est pas elle-même responsable de cette résiliation. L'accord d'échanges compensés peut en outre disposer que, lorsqu'une des parties est responsable de la résiliation du contrat d'exportation (par exemple, parce qu'elle a livré des marchandises défectueuses ou n'a pas réussi à obtenir l'autorisation administrative nécessaire pour le contrat, ou l'émission d'une lettre de crédit), l'autre partie aura le choix entre deux options : maintenir la validité de l'engagement d'échanges compensés ou du contrat de contre-exportation, ou être libérée des obligations qui en découlent.

54. Les paragraphes 48 à 53 ci-dessus traitent de la question de savoir si la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction doit affecter l'obligation incombant aux parties de conclure ou exécuter un contrat de fourniture dans l'autre direction. Les parties peuvent aussi se demander si la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction donnée devrait les obliger à conclure un contrat de fourniture de remplacement dans cette même direction. Une telle obligation peut être jugée appropriée en particulier lorsque l'accord d'échanges compensés prévoit la conclusion de contrats de fourniture multiples ou énumère différents types de marchandises pouvant faire l'objet d'échanges compensés.

3. *Défaut de paiement*

55. Dans de nombreuses opérations d'échanges compensés, il est convenu que le paiement au titre du contrat de fourniture dans une direction doit être effectué indépendamment du paiement correspondant au contrat de fourniture dans l'autre direction. Par suite, si, dans une opération de contre-achat ou d'achat en retour, l'importateur tardait à payer l'exportateur (contre-importateur), ce dernier ne serait pas autorisé à suspendre le paiement au titre du contrat de contre-importation ou à compenser sa créance correspondant au contrat d'exportation avec son obligation de paiement au titre du contrat de contre-importation. De manière similaire, si le contre-importateur tardait à payer, le contre-exportateur (importateur), ce dernier ne serait pas autorisé à refuser d'effectuer le paiement correspondant au contrat d'exportation ou à compenser les créances dans les deux directions. Lorsqu'il y a accord sur l'indépendance des obligations de paiement, il est conseillé de l'indiquer dans l'accord d'échanges compensés.

56. Il peut cependant être décidé qu'un fournisseur qui n'a pas été payé pour les marchandises livrées dans une direction est autorisé à refuser de payer les marchandises livrées dans l'autre direction à concurrence du montant non réglé de la créance, ou de compenser les créances réciproques.

57. L'avantage que présente l'indépendance des obligations de paiement est qu'elle n'accroît pas le risque de défaut de paiement au titre d'un contrat de fourniture dans une direction, contrairement à ce qui se passerait si on liait l'obligation de paiement au titre dudit contrat à la bonne exécution d'un contrat de fourniture dans l'autre direction. Il peut être ainsi plus facile d'obtenir le financement d'un contrat de fourniture parce que l'établissement de financement n'aura pas, pour évaluer le risque de défaut de paiement, à tenir compte de circonstances étrangères audit contrat (voir aussi plus haut, par. 43).

58. Le fait de rendre les obligations de paiement interdépendantes présente, de son côté, un avantage : la partie qui ne reçoit pas de paiement pour les marchandises qu'elle a fournies bénéficie d'une garantie supplémentaire. Si cette partie refuse de payer ou compense les créances au titre des contrats de fourniture dans les deux directions, le résultat sera similaire à celui que l'on obtiendra avec les mécanismes de paiements liés dont on a traité au chapitre IX, "Paiement" (c'est-à-dire rétention de fonds, blocage de fonds ou compensation des créances réciproques). La différence est que, dans le cas examiné dans la présente section, le refus de paiement ou la compensation des créances est un droit découlant du non-paiement, tandis que, dans le cadre des mécanismes de paiements liés examinés au chapitre IX, le lien entre les obligations de paiement est un élément de la méthode de paiement prévue.

59. Lorsque l'on convient qu'une partie est autorisée à ne pas payer ou à compenser les deux créances réciproques, on décide parfois aussi que la partie qui a la première livré des marchandises (exportateur) est autorisée à prendre possession des marchandises qui doivent être livrées par l'autre partie (importateur), ce qui lui permet d'obtenir la valeur correspondante et d'établir une obligation de paiement qui pourra être compensée avec la créance non réglée. Une telle stipulation est possible lorsque l'accord d'échanges compensés précise les marchandises qui doivent être contre-exportées. Pour appliquer une telle formule, il est conseillé de déterminer clairement les marchandises et l'endroit où elles se trouvent et d'envisager des mesures additionnelles en octroyant par exemple à l'exportateur une sûreté réelle sur ces marchandises et en lui donnant un droit exprès de revendiquer leur possession. Les parties peuvent aussi convenir que le contre-exportateur doit déposer les marchandises auprès d'un tiers et stipuler que ces marchandises seront remise au contre-importateur dans des conditions spécifiées.

4. *Défaut de livraison des marchandises*

60. Les parties pourront souhaiter préciser dans l'accord d'échanges compensés les conséquences qu'auront sur l'opération d'échanges compensés un défaut de livraison, une livraison tardive ou une livraison de marchandises non conformes dans le cadre d'un contrat de fourniture dans une direction. Pour les cas où des problèmes de livraison entraînent la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction, les parties pourront souhaiter préciser dans l'accord d'échanges compensés (voir plus haut, par. 48 à 54), si la résiliation doit affecter l'obligation qu'ont les parties de conclure ou d'exécuter des contrats de fourniture dans l'autre direction. Pour les cas où des problèmes de livraison dans le cadre d'un contrat de fourniture dans une direction n'entraînent pas la résiliation dudit contrat, les parties pourront souhaiter, pour les raisons présentées plus haut aux paragraphes 39 à 41, stipuler expressément dans l'accord d'échanges compensés que leurs obligations en ce qui concerne la conclusion ou l'exécution de contrats de fourniture dans l'autre direction ne doivent pas être affectées. Une telle indépendance des obligations concernant les expéditions peut être inopportune dans des opérations d'achat en retour pour lesquelles la contre-exportation de marchandises est tributaire de la bonne exécution du contrat d'exportation.

[A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5]

XIV. CHOIX DE LA LOI APPLICABLE

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Remarques générales	1-7
B. Choix de la loi applicable	8-23
C. Choix de plus d'un système juridique national pour régir l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture	24-28
D. Règles juridiques impératives de caractère public	29-32

A. Remarques générales

1. Dans le guide juridique, les règles juridiques qui régissent les obligations contractuelles des parties à une opération d'échanges compensés sont dénommées "loi applicable". En vertu des règles de droit international privé de nombreux systèmes juridiques nationaux, les parties ont la possibilité de choisir la loi applicable par convention, bien que certains de ces systèmes limitent cette faculté de choix. (Par "droit international privé", on entend l'ensemble des règles d'un Etat qui déterminent quel système juridique national doit s'appliquer à une relation contractuelle ayant un caractère international. Dans certains systèmes juridiques, ces règles de droit international privé sont dénommées règles de "conflit de lois" ou règles sur le "choix de la loi".) Si elle n'est pas choisie par les parties, la loi applicable est déterminée par application des règles de droit international privé.

2. Il convient de noter qu'en choisissant la loi applicable, les parties ne déterminent pas la juridiction compétente pour trancher un litige éventuel. Les questions relatives à la juridiction compétente sont examinées au chapitre XV intitulé "Règlement des litiges".

3. Le présent chapitre porte sur le choix que font les parties à une opération d'échanges compensés quant à la loi applicable à l'accord d'échanges compensés et aux contrats de fourniture dans les deux directions. On n'y examine pas la loi applicable aux arrangements connexes faisant intervenir une personne qui n'est pas partie à l'opération d'échanges compensés. Ces autres arrangements peuvent être une garantie assurant l'exécution d'un engagement d'échanges compensés, un accord conclu entre les parties aux échanges compensés et leurs banques au sujet de mécanismes de paiement liés ou un accord conclu entre les banques participant à la mise en œuvre des mécanismes de paiement prévus. Certains aspects de la question de la loi applicable à ces arrangements sont examinés au chapitre XII, "Garantie de bonne exécution" (par. 3, 5 et 13), et au chapitre IX, "Paiement" (par. 4, 7, 16, 18, 19, 24 et 37).

4. Quelle que soit la loi applicable à l'accord d'échanges compensés ou aux contrats de fourniture, des règles juridiques impératives à caractère administratif ou public en vigueur dans les pays des parties et dans le pays où elles doivent s'acquitter de leurs obligations, peuvent influer sur tel ou tel aspect de l'opération d'échanges compensés. Ces règles juridiques impératives peuvent, dans l'intérêt public, régir certaines questions comme, par exemple, les transferts de fonds internationaux, les types de marchandises qui peuvent faire l'objet d'opérations d'échanges compensés et les pratiques commerciales restrictives (voir section D, par. 29 à 32 ci-après).

5. De surcroît, la mesure dans laquelle les parties ont la faculté de décider que telles ou telles questions seront régies par la loi choisie peut être limitée. Par exemple, indépendamment du choix fait par les parties, la loi de l'Etat où se trouvent les marchandises peut régir le transfert de propriété desdites marchandises et la loi de l'Etat où se trouve la banque qui détient les fonds peut régir la disposition desdits fonds. La question de savoir quel est le système juridique dont les règles de procédure régiront la procédure arbitrale ou judiciaire de règlement des litiges liés à l'opération d'échanges compensés est examinée au chapitre XV, "Règlement des litiges".

6. On pourrait se demander si la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) s'appliquerait aux accords d'échanges compensés. Cette Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents lorsque ces Etats sont des Etats contractants ou lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant (article premier). Les accords d'échanges compensés par lesquels les parties s'engagent à conclure ultérieurement un contrat de vente sont des arrangements précontractuels qui souvent n'énoncent pas les conditions contractuelles régissant une vente de marchandises avec le degré de précision requis pour un contrat de vente. Il existe des divergences d'opinion quant à la question de savoir si les arrangements précontractuels entrent dans le champ d'application de la Convention. Cependant, lorsque l'accord d'échanges compensés définit tous les termes essentiels du contrat de fourniture à conclure, il se peut que, dans certains systèmes juridiques, un tel accord soit considéré comme un contrat de vente auquel s'applique la Convention (voir chapitre III, "Approche contractuelle", paragraphe ____). [*Note à l'intention du Groupe de travail* : on suggère d'examiner au chapitre III (par. 43 à 48) les incidences qu'a le fait d'énoncer dans l'accord d'échanges compensés les conditions essentielles du contrat à conclure. On noterait que, dans certains systèmes juridiques, un accord d'échanges compensés par lequel les parties s'engagent à conclure un contrat de vente et qui précise les conditions essentielles dudit contrat, peut être considéré comme un contrat de vente. On conseillerait aux parties, lorsqu'elles concluent un accord d'échanges compensés énonçant les conditions essentielles du futur contrat, d'indiquer clairement si un contrat distinct sera exécuté en application de l'accord d'échanges compensés.]

7. Pour l'examen de la question de la rédaction du contrat en fonction de la loi applicable, on se reportera au chapitre IV, "Remarques générales sur la rédaction" (par. 6).

B. Choix de la loi applicable

8. Il est souhaitable que les parties choisissent expressément la loi qui régira l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture. Un tel choix est utile parce qu'il permet aux parties de déterminer, en fonction des règles énoncées dans la loi applicable, les mesures qu'elles prendront en exécution de leurs obligations contractuelles ou en vertu de leurs droits contractuels. Quand elles ne choisissent pas la loi applicable, il se peut qu'elles aboutissent, par application des règles du droit international privé, à un résultat qui ne les satisfait pas. Dans une opération de contre-achat ou de compensation industrielle par exemple, il est probable que, faute de choix des parties, les contrats de vente seront, en vertu des règles du droit international privé, régis par loi de l'Etat du vendeur. Si pour une telle opération, l'accord d'échanges compensés

n'est pas, en vertu des règles du droit international privé, régi par la même loi que le contrat de vente à conclure en application dudit accord, les conditions contractuelles communes à l'accord d'échanges compensés et au contrat de fourniture risquent de ne pas être interprétées de la même façon (voir par. 24 ci-après).

9. Il est aussi conseillé de choisir expressément la loi applicable à l'accord d'échanges compensés et aux contrats de fourniture pour éviter toute incertitude quant à la loi à appliquer. Cette incertitude, faute de choix d'une loi, peut tenir à deux facteurs.

10. Premièrement, la loi applicable est déterminée par l'application des règles de droit international privé d'un système juridique national. Lorsqu'un litige né de l'accord d'échanges compensés ou d'un contrat de fourniture est appelé à être réglé dans le cadre d'une procédure judiciaire, les règles de droit international privé appliquées par le tribunal qui tranche le litige détermineront la loi applicable. Tout tribunal appliquera les règles de droit international privé de son propre pays. Si les parties ne se sont pas mises d'accord sur une clause de compétence exclusive (voir chapitre XV, "Règlement des litiges", par. ____), les tribunaux de plusieurs pays pourront être compétents pour trancher le litige (par exemple, les pays dans lesquels les parties en litige ont leur établissement, ou le pays dans lequel l'obligation en question doit être exécutée). Il se peut donc que plusieurs systèmes de droit international privé déterminent la loi applicable à l'accord d'échanges compensés ou au contrat de fourniture. Lorsque des litiges sont appelés à être réglés dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, le tribunal arbitral décidera de la loi applicable, à moins que les parties elles-mêmes ne l'aient déjà choisie. Le tribunal arbitral prendra généralement cette décision en fonction des règles de droit international privé qu'il jugera appropriées. Le tribunal arbitral pouvant décider que les règles de droit privé appropriées ne sont pas celles du lieu d'arbitrage, il peut quelquefois être difficile de prévoir celles qu'il retiendra.

11. Le deuxième facteur d'incertitude quant à la loi applicable est que, même si l'on sait quel système de droit international privé déterminera cette loi, les règles de ce système risquent d'être trop générales ou trop floues pour permettre aux parties de prévoir avec une certitude raisonnable quelle loi sera déterminée comme étant applicable. La difficulté est aggravée dans le cas d'un accord d'échanges compensés en raison des incertitudes possibles quant à la nature juridique de cet accord et des incertitudes qui en résultent quant à la règle de droit international privé qui devrait déterminer la loi applicable.

12. La mesure dans laquelle les parties sont autorisées à choisir la loi applicable est fonction des règles du système de droit international privé qui est appliqué. Dans certains systèmes de droit international privé, l'autonomie des parties est limitée, puisqu'elles ne sont autorisées à choisir qu'un système juridique national présentant un lien avec le contrat, comme par exemple le système juridique du pays de l'une des parties, ou celui du lieu d'exécution. Du fait qu'un tribunal appelé à trancher un litige appliquera les règles de droit international privé en vigueur dans son pays, les parties devraient choisir une loi qui serait confirmée par les règles de droit international privé des pays dont les tribunaux pourraient avoir à connaître leurs litiges. Si les parties envisagent d'adopter une clause de compétence exclusive, il est important qu'elles déterminent si les tribunaux de la juridiction envisagée confirmeraient leur choix quant à la loi applicable.

13. Dans d'autres systèmes de droit international privé, les parties sont autorisées à choisir, sans ces restrictions, la loi applicable à l'accord d'échanges compensés et aux contrats de fourniture. Si un litige est réglé par voie d'arbitrage, le tribunal arbitral appliquera normalement la loi choisie par les parties.

14. Il est généralement souhaitable que la loi choisie par les parties pour régir l'accord d'échanges compensés ou les contrats de fourniture soit celle d'un pays déterminé. Il est en effet possible que les règles de droit international privé d'un pays où une action en justice pourrait être engagée ne reconnaissent pas comme valable le choix de principes généraux de droit ou de principes communs à plusieurs systèmes juridiques (par exemple ceux des pays des deux parties). Quand bien même un tel choix serait valable, il pourrait être difficile de circonscrire des principes de droit de nature à régler des litiges du type de ceux auxquels un accord d'échanges compensés ou un contrat de fourniture peut donner lieu. Il n'en reste pas moins qu'un tel choix peut se révéler réalisable dans certaines circonstances.

15. Dans de nombreux systèmes juridiques nationaux, une clause désignant la loi applicable est interprétée comme ne s'étendant pas à l'application des règles de droit international privé du système juridique choisi, même si la clause ne prévoit pas expressément une telle interprétation. Si toutefois cette interprétation n'est pas évidente, les parties tiendront peut-être à préciser dans la clause que les règles juridiques de fond du système juridique qu'elles ont retenu s'appliqueront. Sinon, le choix du système juridique risque d'être interprété comme s'étendant aux règles de droit international privé de ce système, qui pourraient prévoir que les règles de fond d'un autre système juridique s'appliqueront.

16. Les parties souhaiteront peut-être choisir comme loi applicable celle du pays de l'une des parties contractantes. Elles pourront aussi préférer retenir la loi d'un pays tiers connue des deux parties et traitant d'une manière pertinente des problèmes juridiques que peuvent poser l'accord d'échanges compensés ou le contrat de fourniture. Si l'accord d'échanges compensés ou un contrat de fourniture prévoient la compétence exclusive des tribunaux d'un pays déterminé pour ce qui est de régler des litiges entre elles, les parties tiendront peut-être à faire de la loi de ce pays la loi applicable. Cette décision pourrait diligenter la procédure judiciaire et la rendre moins onéreuse étant donné que, normalement, il sera plus aisé à un tribunal de déterminer et d'appliquer sa propre loi que celle d'un autre pays.

17. S'agissant de pays où plusieurs systèmes juridiques sont applicables aux contrats (comme dans certains Etats fédéraux), il est conseillé, afin d'éviter toute incertitude, de préciser lequel de ces systèmes devra s'appliquer.

18. En choisissant la loi applicable, les parties souhaiteront peut-être aussi tenir compte des facteurs suivants : *a)* connaissance qu'ont les parties de cette loi ou possibilité qu'elles ont d'en prendre connaissance; *b)* capacité qu'a cette loi de régler comme il convient les problèmes juridiques qui peuvent découler des relations contractuelles établies entre elles (les parties pourront par exemple souhaiter que la loi choisie donne effet à l'engagement pris dans l'accord d'échanges compensés de conclure ultérieurement des contrats); *c)* mesure dans laquelle cette loi renferme des règles impératives empêchant les parties de régler par convention des questions qui peuvent découler de leurs relations contractuelles.

19. Les modifications apportées à la loi choisie par les parties pour régir l'accord d'échanges compensés et le contrat de fourniture peuvent selon les cas affecter ou ne pas affecter les contrats déjà conclus. Si les parties tiennent à ce que seules les règles en vigueur à la date de la conclusion de l'accord d'échanges compensés ou du contrat de fourniture s'appliquent, il leur est conseillé de l'indiquer expressément. Elles devraient toutefois ne pas oublier que cette restriction ne sera pas opérante si l'application aux contrats existants des modifications apportées à la législation est obligatoire.

20. Différentes conceptions peuvent présider à la rédaction d'une clause désignant la loi applicable. On peut, par exemple, se contenter de stipuler que le contrat sera régi par la loi choisie. Cette disposition peut suffire s'il est évident que l'instance choisie pour régler les litiges entre les parties appliquera la loi choisie à l'ensemble des questions que les parties souhaitent lui voir régler. On peut aussi stipuler que la loi choisie régira le contrat en question (accord d'échanges compensés ou contrat de fourniture) et y énumérer à titre indicatif les questions qu'elle est censée régir. Cette disposition peut être utile si les parties jugent souhaitable que les questions, en particulier celles qui sont énumérées à titre indicatif, soient régies par la loi choisie.

21. Selon les systèmes de droit international privé de certains pays, la clause désignant la loi applicable peut être considérée comme un accord distinct du reste du contrat conclu entre les parties. Selon ces systèmes, la clause désignant la loi applicable pourra rester valable quand bien même le reste du contrat serait nul, à moins que les motifs de nullité ne s'étendent également à ladite clause. Dès lors que le contrat est nul, mais que la clause désignant la loi applicable reste valide, la formation et la non-validité du contrat, ainsi que les conséquences de sa nullité seront régies par la loi choisie.

22. Selon la plupart des systèmes de droit international privé, la loi choisie peut régir la prescription des droits, alors que dans d'autres systèmes les règles relatives à la prescription sont considérées comme des règles de procédure et ne sauraient être choisies par les parties dans leur contrat. En pareil cas, ce sont les règles du lieu où est engagée la procédure judiciaire qui s'appliquent. Conformément à l'article 3 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974), sauf disposition contraire de ladite Convention, celle-ci s'applique sans égard à la loi qui serait applicable en vertu des règles du droit international privé. Ainsi qu'on l'a indiqué au paragraphe 6 ci-dessus, il n'est pas sûr que les accords d'échanges compensés par lesquels les parties s'engagent à conclure ultérieurement un contrat de vente entrent dans le champ d'application de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. De manière similaire, il n'est pas sûr que ces accords d'échanges compensés entrent dans le champ d'application de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises.

23. Les parties peuvent inclure dans l'accord d'échanges compensés une clause désignant la loi applicable non seulement audit accord mais aussi aux contrats de fourniture à conclure en application de l'accord. De cette manière, les parties peuvent régler dans l'accord d'échanges compensés une question qu'il leur faudrait sinon traiter dans chaque contrat de fourniture.

C. Choix de plus d'un système juridique national pour régir l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture

24. Lors du choix de la loi applicable, les parties peuvent souhaiter examiner la question de savoir si l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture à conclure dans une direction ou dans les deux directions en application de l'accord devraient être soumis à un système juridique national unique ou à divers systèmes juridiques. L'application d'un système juridique unique peut être souhaitable lorsque l'accord d'échanges compensés énonce les conditions des futurs contrats de fourniture et que les parties souhaitent faire en sorte que la signification juridique des conditions stipulées dans l'accord ne change pas lorsque ces conditions sont ultérieurement intégrées dans le contrat de fourniture. Cette uniformité peut être souhaitable en particulier pour les conditions relatives aux mécanismes de paiement (voir le chapitre IX, "Paiement", par. 16) et à la qualité des marchandises et pour les conditions de livraison.

25. Si les parties ont structuré leurs obligations de manière telle que celles qui découlent des contrats de fourniture dans les deux directions sont fortement liées entre elles, elles peuvent juger bon que tous leurs droits et obligations mutuels soient régis par un système juridique national unique. C'est notamment le cas des opérations de troc (voir le chapitre III, "Approche contractuelle", par. 3 à 7) et des opérations de compensation industrielle directe (voir le chapitre II, "Portée et terminologie du Guide juridique", par. 13). L'application de plus d'un système juridique à ces opérations peut conduire à des discordances entre les obligations des parties.

26. Dans les cas d'opérations de contre-achat, d'achat en retour et de compensation industrielle indirecte, les obligations des parties découlant d'une part du contrat de fourniture dans une direction (contrat d'exportation) et d'autre part de l'accord d'échanges compensés et du contrat de fourniture dans l'autre direction (contrat de contre-exportation) ne sont généralement pas aussi interdépendantes que dans le cadre des opérations de troc ou de compensation

industrielle directe. Dans de tels cas, on ne peut conseiller une formule qui serait systématiquement la meilleure pour les parties : soumettre leurs obligations à un seul ou à plusieurs systèmes juridiques nationaux. Dans certains de ces cas, les parties pourront souhaiter qu'une loi unique régisse toutes leurs obligations, notamment parce qu'il peut être plus simple d'administrer l'opération d'échanges compensés et d'obtenir les conseils juridiques nécessaires en tenant compte d'un système juridique unique plutôt que de plusieurs. Dans certaines situations cependant, les parties peuvent décider qu'une loi régira le contrat d'exportation et une autre le contrat de contre-exportation. Les parties peuvent choisir des lois différentes lorsque, d'une part, elles ont des raisons particulières de soumettre l'un des contrats à la loi d'un Etat déterminé et que, d'autre part, elles ne souhaitent pas que cette loi régisse l'ensemble de l'opération. Ces "raisons particulières" peuvent être par exemple le fait qu'en vertu de règles impératives de l'Etat d'une partie, certains types de contrats doivent être régis par les lois dudit Etat, le fait que la pratique commerciale veuille que l'un des contrats soit traditionnellement soumis à un système juridique déterminé ou le fait que les contrats soient conclus par différents groupes de parties. Si les parties décident de soumettre la fourniture de marchandises dans les deux directions à des systèmes juridiques différents, elles pourront envisager, comme il est noté au paragraphe 24 plus haut, de soumettre à la même loi l'accord d'échanges compensés et le contrat de fourniture à conclure en vertu de cet accord.

27. Lorsque la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises fait appel à un tiers pour s'acquitter de cet engagement, ces deux parties peuvent souhaiter soumettre le contrat désignant le tiers à la loi qui régit l'accord d'échanges compensés. En faisant un tel choix, elles contribueraient à ce que les termes communs à l'accord d'échanges compensés et au contrat désignant le tiers soient interprétés de la même façon. (La nécessité d'une harmonisation entre le contrat désignant le tiers et l'accord d'échanges compensés est examinée au chapitre VIII, "Participation de tiers" (par. 22 à 25). Certains autres aspects de la loi applicable à la participation de tiers sont mentionnés aux paragraphes 7, 9, 13 et 16 du chapitre VIII.)

28. Lorsque l'accord d'échanges compensés est intégré dans un contrat d'exportation (voir le chapitre III, "Approche contractuelle", par. 16), et qu'une clause désignant la loi applicable figure dans le contrat d'exportation, cette clause sera aussi valable, sauf disposition contraire, pour l'accord d'échanges compensés.

D. Règles juridiques impératives de caractère public

29. Outre la loi applicable, des règles impératives de caractère administratif ou public en vigueur dans les pays des parties et dans d'autres pays (par exemple, le pays d'un tiers acheteur ou d'un tiers fournisseur ou le pays dans lequel est détenu le produit de la fourniture dans une direction) peuvent influer sur certains aspects de l'opération d'échanges compensés. Ces règles impératives peuvent s'appliquer aux résidents ou aux nationaux de l'Etat qui les édicte ou à certaines activités commerciales réalisées ou ayant des incidences dans le territoire dudit Etat. Il appartient essentiellement aux pouvoirs publics de les mettre en œuvre. Leur objet est d'assurer l'application de la politique économique, sociale, financière et étrangère de l'Etat. Les parties devraient donc en tenir compte en établissant l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture. (La question des réglementations nationales impératives est aussi examinée au chapitre II, "Portée et terminologie du Guide juridique", par. 27 et 28).

30. Ces règles peuvent avoir un caractère général et être applicables à divers types d'opérations commerciales ou peuvent ne s'appliquer qu'aux échanges compensés. Les règles à caractère général ont souvent trait aux normes de sécurité, à la protection de l'environnement, aux conditions d'hygiène et de travail, à la protection du consommateur, à l'emploi de personnel local, aux pratiques commerciales restrictives (voir le chapitre IX, "Restrictions à la revente des marchandises", par. 3), aux droits de douane, aux taxes et aux restrictions concernant les exportations, aux importations, aux transferts de technologie et au paiement en devises.

31. Les règles impératives propres aux échanges compensés peuvent énoncer par exemple que : *a)* certains types d'opérations d'échanges compensés nécessitent l'approbation des pouvoirs publics; *b)* l'importation de certains types de marchandises ne peut être effectuée que dans le cadre de certaines formes d'échanges compensés; *c)* certains types seulement de marchandises peuvent être offerts dans le cadre d'une opération d'échanges compensés (voir le chapitre V, "Type, qualité et quantité des marchandises", par. 2 et 28); *d)* les marchandises achetées en exécution d'un engagement d'échanges compensés doivent répondre à certaines règles concernant l'origine géographique (voir le chapitre V, par. 3 et le chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", par. 6); *e)* l'utilisation d'un compte de relevé des opérations n'est autorisée que dans certaines conditions (voir le chapitre VII, par. 39); *f)* l'achat de certains types de marchandises doit être pris en compte pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés à des taux spécifiés (voir le chapitre VII, par. 13 à 16); *g)* une autorisation préalable des pouvoirs publics est requise pour les arrangements de paiements liés limitant les paiements en devises dans le pays (voir le chapitre IX, "Paiement", par. 5 et 18); *h)* des institutions financières déterminées doivent être utilisées pour le paiement (voir le chapitre IX, par. 24 et 37).

32. Les parties peuvent souhaiter traiter dans l'accord d'échanges compensés du cas où l'exécution de l'engagement d'échanges compensés serait empêchée du fait de la promulgation ou de la modification d'une règle impérative après la conclusion de l'accord. De telles clauses sont examinées au chapitre XIII, "Problèmes d'achèvement de l'opération d'échanges compensés" (par. ____ à ____).

[A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6]

XV. RÈGLEMENT DES LITIGES

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
A.	Remarques générales	1-5
B.	Négociation	6-9
C.	Conciliation	10-13
D.	Arbitrage	14-39
	1. Champ de l'accord compromissoire et mandat du tribunal arbitral	16-21
	2. Types d'arbitrage et règles de procédure appropriées	22-28
	3. Nombre d'arbitres	29-31
	4. Nomination des arbitres	32
	5. Lieu de l'arbitrage	33-37
	6. Langue de la procédure	38-39
E.	Procédure judiciaire	40-43
F.	Règlement des litiges multipartites et des litiges portant sur plusieurs contrats	44-49

A. Remarques générales

1. Dans une opération d'échanges compensés, il peut apparaître des litiges à propos de l'accord d'échanges compensés ou des contrats de fourniture conclus comme suite audit accord. Il est bon que les parties conviennent de la manière dont tout litige né de l'accord d'échanges compensés et des contrats de fourniture connexes sera réglé.

2. En général, il est souhaitable que les parties s'efforcent dans une première étape de régler leurs litiges par la négociation (voir la section B ci-après). Si la négociation échoue, les parties voudront peut-être soumettre leur litige à un conciliateur indépendant, qui fera des recommandations aux parties sur la manière de régler le litige (voir la section C ci-après). Si cette méthode de règlement échoue également, il y a pour l'essentiel deux méthodes auxquelles il peut être fait appel pour obtenir une décision exécutoire : l'arbitrage et la procédure judiciaire. L'arbitrage est une méthode par laquelle les parties soumettent les litiges qui peuvent apparaître entre elles, ou qui sont déjà apparus, à un tribunal arbitral, composé d'une ou plusieurs personnes impartiales (arbitres) choisies par elles, qui prend une décision ayant force obligatoire (voir la section D ci-après). En général, une procédure arbitrale ne peut être ouverte que sur la base d'un accord compromissoire. En général, les parties sont tenues d'accepter la décision du tribunal arbitral (sentence arbitrale) comme définitive et impérative. La sentence arbitrale est en général exécutée de la même manière qu'une décision judiciaire. Faute d'un accord compromissoire, les litiges entre les parties devront être tranchés dans le cadre d'une procédure judiciaire (voir la section E ci-après).

3. Le présent chapitre ne traite pas des procédures convenues par les parties pour déterminer les conditions des contrats de fourniture à conclure qui n'ont pas été définies dans l'accord d'échanges compensés. Il s'agit notamment des procédures à suivre par les parties pour négocier les conditions des contrats de fourniture, des normes et directives à utiliser pour déterminer ces conditions, de la désignation d'un tiers chargé de déterminer une disposition contractuelle, ou de l'autorisation donnée à une des parties de déterminer une condition contractuelle sur la base de paramètres convenus. Ces méthodes sont traitées au chapitre III, "Approche contractuelle", paragraphes 39 à 61, et, pour ce qui est de dispositions contractuelles particulières, au chapitre V, "Type, qualité et quantité des marchandises", paragraphes 13, 20, 25 et 27, au chapitre VI, "Etablissement du prix des marchandises", paragraphes 11 à 36, et au chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", paragraphe 25.

4. L'exécution d'une opération d'échanges compensés suppose en général des discussions régulières entre les parties, afin de régler les nombreux problèmes et malentendus qui peuvent l'être sans recours à une procédure de règlement des litiges. Les parties voudront peut-être disposer que, si une partie entend recourir à une procédure de règlement des litiges autre que la négociation, elle doit en aviser l'autre partie.

5. Lorsque les parties incluent toutes leurs obligations contractuelles dans les deux directions dans un contrat unique (voir le chapitre III, "Approche contractuelle", par. 2 à 9), une clause de règlement des litiges au libellé général qui serait incorporée dans ce contrat régirait, sauf disposition contraire, tous les litiges nés du contrat. Toutefois, les parties incorporent en général leurs obligations dans les deux directions dans plus d'un contrat (voir le chapitre III, par. 10 à 21). Dans les opérations comportant plusieurs contrats, les parties voudront peut-être convenir d'une seule clause de règlement des litiges pour tous les contrats de fourniture, ainsi que pour l'accord d'échanges compen-

sés. Lorsque l'accord d'échanges compensés prévoit que les contrats de fourniture seront conclus ultérieurement, les parties peuvent disposer dans l'accord que tous ces contrats seront soumis à une méthode donnée de règlement des litiges. Ainsi, l'accord d'échanges compensés peut régler une question qui, sinon, devrait l'être dans chaque contrat de fourniture.

B. Négociation

6. Le mode le plus satisfaisant de règlement des litiges est en général la négociation entre les parties. Le règlement amiable que permet la négociation évitera sans doute toute rupture des relations commerciales entre les parties. En outre, les parties économiseront ainsi les dépenses et le temps considérables qu'exige en général le règlement des litiges par d'autres moyens. De plus, la négociation peut être une méthode particulièrement attrayante dans le cadre d'opérations d'échanges compensés à long terme, lorsque l'accord d'échanges compensés ne décrit qu'en termes généraux les conditions des futurs contrats de fourniture.

7. Même si les parties souhaitent s'efforcer de régler leurs litiges par la négociation avant de recourir à d'autres modes de règlement, il n'est peut-être pas souhaitable que la clause de règlement des litiges interdise à une partie d'entamer une autre procédure de règlement avant l'expiration du délai imparti à la négociation. Si, toutefois, la clause prévoit que d'autres procédures de règlement ne peuvent être entamées durant la négociation, il est souhaitable d'autoriser dans certains cas une partie à entamer une autre procédure avant l'expiration de la négociation, par exemple lorsqu'une partie déclare durant la négociation qu'elle n'est pas disposée à poursuivre celle-ci ou lorsqu'il est nécessaire d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire avant la fin de la négociation, afin de prévenir la perte ou la prescription d'un droit. Il est souhaitable de préciser que le règlement obtenu par voie de négociation devra être consigné par écrit.

8. Comme le résultat d'un litige entre deux parties à une opération d'échanges compensés peut avoir des incidences sur les intérêts de tiers, il peut être prévu qu'un tiers, même s'il n'est pas directement mêlé au litige, sera autorisé à participer aux négociations. Cela peut être le cas lorsqu'un tiers est engagé pour acheter des marchandises faisant l'objet d'une opération d'échanges compensés et que le tiers et le fournisseur sont en litige. Dans ce cas, la partie ayant pris l'engagement initial d'acheter les marchandises peut être tenue de payer une somme convenue lorsque le tiers n'effectue pas l'achat prévu et que l'engagement d'échanges compensés n'est donc pas exécuté. De même, une partie qui s'est engagée à fournir et qui recrute à cette fin un fournisseur tiers peut être intéressée aux résultats d'un litige entre le fournisseur tiers et l'acheteur. Ce droit de participation à la négociation peut être limité aux cas où la partie ayant engagé le tiers reste responsable de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés.

9. Dans les opérations d'échanges compensés à long terme, les parties peuvent constituer un comité mixte chargé de coordonner et de contrôler l'exécution de l'opération (voir le chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", par. 34). De tels comités peuvent permettre aux parties de détecter très tôt les difficultés et litiges pouvant se produire et ils peuvent constituer une instance appropriée pour le règlement des litiges par la négociation.

C. Conciliation

10. Si les parties ne peuvent régler leur litige par la négociation, elles voudront peut-être essayer la conciliation avant de recourir à une procédure arbitrale ou judiciaire. La conciliation a pour objet d'arriver à un règlement amiable du litige avec l'assistance d'un conciliateur neutre, respecté par les deux parties. Au contraire d'un arbitre ou d'un juge, le conciliateur ne tranche pas le litige, mais aide les parties à s'accorder sur un règlement, souvent en leur proposant des solutions.

11. La conciliation n'étant pas une procédure contradictoire, il est plus facile aux parties de préserver leurs bonnes relations commerciales que dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire. La conciliation peut même améliorer les relations entre les parties, car son champ, de même que l'accord définitif conclu par les parties, peut dépasser les strictes limites du litige à l'origine de la procédure de conciliation. Elle peut également permettre la participation de parties qui ne sont pas directement mêlées au litige, mais qui sont intéressées à son règlement. Par contre, la conciliation peut présenter un inconvénient : si elle échoue, l'argent et le temps dépensés l'auront été en vain. Cet inconvénient peut être réduit dans une certaine mesure si les parties ne sont pas tenues de recourir à la conciliation avant d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire. Il est donc souhaitable qu'avant d'entamer une procédure de conciliation, les parties étudient soigneusement s'il y a de bonnes chances d'arriver à un règlement.

12. Si les parties disposent qu'elles pourront recourir à la conciliation, elles devront régler un certain nombre de questions pour que cette procédure soit efficace. Il n'est pas possible de régler toutes ces questions dans l'accord d'échanges compensés; il vaut mieux que les parties y incorporent par référence un règlement de conciliation établi par une organisation internationale, par exemple le Règlement de conciliation de la CNUDCI[1].

13. Lorsque les parties ont soumis leur litige à la conciliation et qu'une procédure arbitrale ou judiciaire est ouverte par la suite, elles pourront néanmoins juger utile de poursuivre la conciliation.

[1]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa treizième session (1980), *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 106 [*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XI : 1980, première partie, II, A (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.V.8)]. Le Règlement de conciliation de la CNUDCI a également été publié sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.V.6). Il comporte une clause de conciliation type libellée comme suit : "Quand, en cas de litige découlant du présent contrat ou lié audit contrat, les parties souhaitent rechercher un règlement amiable de ce litige par la conciliation, celle-ci se fera conformément au Règlement de conciliation de la CNUDCI actuellement en vigueur". L'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa résolution 35/52 du 4 décembre 1980, a recommandé l'utilisation du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

D. Arbitrage

14. Diverses raisons expliquent pourquoi l'arbitrage est si souvent utilisé pour le règlement de litiges nés d'opérations d'échanges compensés. La procédure arbitrale peut être structurée par les parties de manière à être moins formelle qu'une procédure judiciaire et à mieux répondre à leurs besoins et aux caractéristiques des litiges susceptibles de découler d'un accord d'échanges compensés. Les parties peuvent choisir pour arbitres des personnes ayant une connaissance approfondie de l'objet du litige. Elles peuvent choisir le lieu où se déroulera la procédure arbitrale, de même que la langue ou les langues à utiliser dans la procédure. En outre, elles peuvent choisir la loi applicable au contrat en question, et ce choix sera dans presque tous les cas respecté par le tribunal arbitral, ce qui n'est pas toujours vrai de la procédure judiciaire (voir le chapitre XIV, "Choix de la loi applicable", par. 12 et 13). Lorsque les parties conviennent de recourir à l'arbitrage, aucune d'elles n'est tenue de se soumettre aux tribunaux du pays de l'autre partie. La procédure arbitrale portera sans doute moins atteinte aux relations commerciales entre les parties qu'une procédure judiciaire. La procédure et la sentence arbitrales peuvent rester confidentielles, alors que ce n'est en général pas possible pour une procédure et une décision judiciaires. L'arbitrage tend à être plus rapide et, dans certains cas, moins onéreux qu'une procédure judiciaire. On notera toutefois que certains systèmes juridiques prévoient des procédures judiciaires sommaires pour certains types de litiges (par exemple, ceux qui portent sur une somme ne dépassant pas un certain montant), mais nombre des litiges nés d'une opération d'échanges compensés ne pourront être réglés par de telles procédures. Enfin, étant donné qu'il existe des conventions internationales favorisant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ces sentences sont en général reconnues et exécutées plus aisément que les décisions judiciaires étrangères. On notera en particulier la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), à laquelle de nombreux Etats sont parties[2].

15. En revanche, une sentence arbitrale peut être annulée dans le cadre d'une procédure judiciaire. Si une telle procédure est engagée, le règlement définitif du litige en sera retardé. Toutefois, dans de nombreux systèmes juridiques, une sentence arbitrale ne peut être annulée que pour des motifs limités, par exemple si les arbitres n'étaient pas habilités à connaître du litige, si une partie n'a pu faire valoir ses moyens dans le cadre de la procédure arbitrale, si les règles applicables à la nomination des arbitres ou à la procédure arbitrale n'ont pas été respectées, ou si la sentence est contraire à l'ordre public. On notera également que, dans certains systèmes juridiques, il n'est pas possible aux parties d'exclure les tribunaux judiciaires du règlement de certains types de litiges.

1. Champ de l'accord compromissoire et mandat du tribunal arbitral

16. En général, la procédure arbitrale ne peut être organisée que sur la base d'un accord entre les parties. Cet accord peut prendre la forme soit d'une clause compromissoire incluse dans l'accord d'échanges compensés ou dans le contrat de fourniture, soit d'un accord compromissoire distinct conclu par les parties avant ou après la naissance du litige. Comme il peut être plus difficile d'arriver à un accord à ce propos après qu'un litige est apparu, il est souhaitable de conclure un accord compromissoire dès le début de l'opération d'échanges compensés. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, un accord compromissoire n'est valable, pour ce qui est de la procédure comme du fond, que s'il est conclu après qu'un litige est apparu.

17. L'accord compromissoire devrait indiquer quels litiges doivent être réglés par arbitrage. Par exemple, la clause compromissoire peut disposer que tous les litiges nés de l'accord d'échanges compensés ou liés à cet accord, ou nés de la violation, résiliation ou nullité de l'accord, ou liés à cette violation, résiliation ou nullité, doivent être réglés par arbitrage. Dans certains cas, les parties voudront peut-être exclure de ce vaste champ de compétence certains litiges dont elles ne souhaitent pas qu'ils soient réglés par arbitrage.

18. Si la loi applicable à la procédure arbitrale le permet, les parties voudront peut-être autoriser le tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires en attendant le règlement définitif du litige. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, les tribunaux arbitraux ne sont pas habilités à ordonner de telles mesures. Dans d'autres systèmes juridiques autorisant le tribunal arbitral à ordonner de telles mesures, celles-ci ne peuvent être exécutées; dans ces cas, il est peut-être préférable que les parties se tournent vers un tribunal judiciaire, qui pourra ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Dans de nombreux systèmes juridiques, un tribunal judiciaire peut ordonner de telles mesures, même si le litige doit être ou a été soumis à l'arbitrage.

19. Il est souhaitable que l'accord compromissoire dispose que les parties doivent exécuter les décisions arbitrales, y compris les décisions ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires, l'avantage en étant que dans certains systèmes juridiques, lorsqu'une sentence arbitrale n'est pas exécutoire dans le pays d'une partie, un défaut d'exécution de la sentence par une partie, malgré l'obligation qui lui en est faite dans l'accord, pourra être considéré, dans le cadre d'une procédure judiciaire, comme un défaut d'exécution d'une obligation contractuelle.

20. Si une procédure judiciaire est entamée pour un litige couvert par un accord compromissoire reconnu comme valide, le tribunal judiciaire renverra normalement le litige à l'arbitrage si une demande à cette fin lui est présentée en temps voulu. Toutefois, le tribunal judiciaire peut conserver le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et sera normalement habilité à contrôler certains aspects de la procédure arbitrale (il pourra, par exemple, prendre une décision en cas de récusation des arbitres) et à annuler la sentence arbitrale pour certains motifs (voir plus haut, par. 15).

21. Il est souhaitable que les parties soient prudentes en ce qui concerne l'autorisation donnée au tribunal arbitral de trancher les litiges *ex aequo et bono* ou de faire office d'amiable compositeur, car les arbitres ne sont pas habilités

[2] Organisation des Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 330, n° 4739 (1959).

à le faire dans certains systèmes juridiques. En outre, de telles autorisations peuvent être interprétées de diverses manières et être sources d'incertitudes juridiques. Par exemple, ces termes peuvent être interprétés comme autorisant les arbitres à se guider soit uniquement sur les principes de l'impartialité, de la justice ou de l'équité, soit aussi sur les dispositions de la loi applicable à l'accord qui sont considérées comme fondamentales par le système juridique auquel se rattache ladite loi. Si les parties souhaitent autoriser le tribunal arbitral à trancher des litiges sans appliquer à l'accord toutes les règles juridiques d'un Etat, elles voudront peut-être spécifier les normes ou règles en application desquelles le tribunal arbitral devra prendre une décision quant au fond du litige. Afin d'éviter tout malentendu, les parties voudront peut-être préciser que le tribunal arbitral doit respecter les clauses du contrat et tenir compte des usages pertinents du commerce international.

2. *Types d'arbitrage et règles de procédure appropriées*

22. Les parties peuvent choisir le type d'arbitrage qui répond le mieux à leurs besoins. Il est bon qu'elles conviennent de règles appropriées qui régiront la procédure arbitrale. Il existe une gamme étendue de modes d'arbitrage prévoyant une participation plus ou moins active d'organes permanents (par exemple, des institutions d'arbitrage, des tribunaux arbitraux, des associations professionnelles ou commerciales et des chambres de commerce) ou de tiers (par exemple, des présidents de tribunaux arbitraux ou de chambres de commerce). A une extrémité de cet éventail, on trouve l'arbitrage *ad hoc* proprement dit, qui ne suppose en aucune manière la participation d'un organe permanent ou d'un tiers. C'est-à-dire, en termes pratiques, qu'aucune aide extérieure ne sera disponible (sauf, peut-être, celle d'un tribunal national) si, par exemple, les parties se heurtent à des difficultés pour nommer ou récuser un arbitre. En outre, tous les arrangements administratifs nécessaires devront être pris par les parties ou par les arbitres eux-mêmes. A l'autre extrémité de l'éventail, on trouve les arbitrages entièrement organisés et supervisés par un organe permanent, qui peut revoir le mandat des arbitres et le projet de sentence et modifier la forme de la sentence et faire des recommandations quant au fond.

23. Entre ces deux types d'arbitrage, il existe une variété considérable de systèmes qui tous font appel à une autorité de nomination, mais qui diffèrent quant aux services administratifs fournis. La fonction essentielle, mais non nécessairement exclusive, des autorités de nomination consiste à constituer le tribunal arbitral ou à contribuer à sa constitution (par exemple, en nommant les arbitres, en prenant une décision en cas de récusation ou en remplaçant un arbitre). Les services administratifs ou logistiques, qui peuvent être offerts en bloc ou séparément, sont notamment les suivants : transmettre les communications écrites d'une partie ou des arbitres; aider le tribunal arbitral à fixer et à notifier la date, l'heure et le lieu des audiences et autres séances; fournir, directement ou indirectement, des salles de réunion pour les audiences ou délibérations du tribunal arbitral; organiser la transcription sténographique des audiences et l'interprétation durant les audiences et, le cas échéant, la traduction de pièces; aider à classer ou enregistrer la sentence arbitrale, le cas échéant; détenir les consignations et gérer les comptes relatifs aux honoraires et dépenses; assurer les tâches administratives (secrétariat, etc.).

24. A moins que les parties ne choisissent l'arbitrage *ad hoc* proprement dit, elles souhaiteront peut-être convenir de l'organe ou de la personne qui s'acquittera des fonctions requises. Pour ce faire, il serait bon de tenir compte des facteurs suivants : volonté de s'acquitter des fonctions requises; compétence, notamment en ce qui concerne les questions internationales; adéquation des honoraires eu égard aux services requis; siège ou résidence de l'organe ou de la personne; limitation possible des services fournis à une zone géographique donnée. Ce dernier point devra être examiné compte tenu du lieu probable ou convenu de l'arbitrage (voir plus loin, par. 33 à 37). Toutefois, certaines fonctions (par exemple, la nomination) ne doivent pas nécessairement être assurées sur le lieu de l'arbitrage et certaines institutions d'arbitrage sont disposées à fournir des services dans des pays autres que ceux où elles ont leur siège.

25. Dans la plupart des cas, la procédure arbitrale sera régie par la loi de l'Etat où elle se déroule. De nombreux Etats ont adopté des lois régissant divers aspects de la procédure arbitrale. Certaines de ces dispositions sont impératives, d'autres non. Lorsqu'elles choisiront le lieu de l'arbitrage (voir plus loin, par. 33 à 37), les parties voudront peut-être rechercher dans quelle mesure la loi du lieu envisagé reconnaît les exigences et caractéristiques particulières de l'arbitrage commercial international et, notamment, si cette loi est suffisamment libérale pour autoriser les parties à adapter les règles de procédure à leurs besoins et désirs particuliers, tout en garantissant que la procédure sera équitable et efficace. Des progrès ont été enregistrés dans cette voie, comme il ressort de la législation moderne de certains Etats, et cette tendance est favorisée et renforcée par la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[3]. Cette loi est acceptée par de plus en plus d'Etats appartenant à des régions différentes et ayant des systèmes juridiques et économiques différents.

26. Comme les règles de procédure de la législation en la matière de certains Etats ne répondent pas nécessairement aux caractéristiques et exigences particulières de l'arbitrage commercial international et comme, en tout cas, cette législation ne contient pas de règles régissant toutes les questions de procédure pouvant se poser dans le cadre d'une procédure arbitrale, les parties voudront peut-être adopter un ensemble de règles régissant la procédure arbitrale dans le cadre de leur accord. Si les parties souhaitent que leur arbitrage soit organisé par une institution, cette

[3]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session (1985), *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), par. 332 et annexe I [*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XVI : 1985, troisième partie, I (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.4)]. Dans sa résolution 40/72 du 11 décembre 1985, l'Assemblée générale des Nations Unies a recommandé "que tous les Etats prennent dûment en considération la Loi type sur l'arbitrage commercial international en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international".

institution peut demander aux parties d'appliquer son propre règlement et refuser de s'occuper d'une affaire si les parties ont modifié certaines règles que l'institution considère comme fondamentales pour son système d'arbitrage. La plupart des institutions d'arbitrage donnent toutefois le choix entre deux ensembles de règles, ou parfois plus, et autorisent en général les parties à modifier telle ou telle règle. Si les parties ne sont pas priées par une institution d'appliquer un ensemble de règles donné ou de choisir parmi des règlements donnés, ou si elles optent pour l'arbitrage *ad hoc*, elles sont libres de choisir leur règlement. Pour ce faire, elles voudront peut-être se demander si ce règlement convient aux litiges internationaux et si les procédures énoncées dans le règlement sont acceptables.

27. Parmi les nombreux règlements d'arbitrage promulgués par des organisations internationales ou des institutions d'arbitrage, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[4] mérite une mention particulière. Ce règlement s'est révélé acceptable pour les divers systèmes juridiques et économiques et il est connu et utilisé dans toutes les régions du monde. Les parties peuvent y recourir aussi bien dans les arbitrages *ad hoc* proprement dits que dans les arbitrages prévoyant une autorité de nomination fournissant ou ne fournissant pas de services administratifs additionnels. Un nombre considérable d'institutions d'arbitrage du monde entier ont adopté le Règlement comme leur règlement propre pour les litiges internationaux ou se sont proposées comme autorités de nomination dans le cadre de ce règlement. La plupart d'entre elles sont disposées à fournir des services administratifs dans les arbitrages menés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

28. Lorsqu'une clause type accompagne le règlement d'arbitrage devant régir l'arbitrage de litiges nés de l'accord d'échanges compensés, ou est proposée par une institution d'arbitrage, l'adoption de cette clause par les parties peut contribuer à éviter les incertitudes et à renforcer l'efficacité de l'accord compromissoire. Certaines clauses types, telles que celle qui est jointe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, autorisent les parties à régler par convention certaines questions pratiques. Il s'agit de la participation d'une autorité de nomination, ainsi que du nombre des arbitres (voir par. 29 à 31 ci-après), de la nomination des arbitres (voir plus loin, par. 32), du lieu de l'arbitrage (voir plus loin, par. 33 à 37) et de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale (voir plus loin, par. 38 et 39).

3. *Nombre d'arbitres*

29. Les parties voudront peut-être spécifier dans la clause compromissoire le nombre des arbitres qui constitueront le tribunal arbitral. Si elles ne le font pas, le règlement d'arbitrage choisi ou, dans certains cas, la loi applicable en matière d'arbitrage spécifiera leur nombre, ou la manière dont ce nombre doit être déterminé. En s'accordant sur le nombre d'arbitres, les parties pourront s'assurer que ce nombre répond à leurs besoins et désirs particuliers, et il n'y aura plus d'incertitude quant à cet aspect de la procédure de nomination. Toutefois, les parties doivent être conscientes du fait que certaines lois nationales limitent leur liberté de convenir du nombre d'arbitres en interdisant, par exemple, un nombre pair.

30. Outre les restrictions juridiques éventuelles mentionnées ci-dessus, les considérations à prendre en compte pour déterminer le nombre des arbitres sont essentiellement de caractère pratique. Pour que la procédure arbitrale et la prise de décisions soient efficaces, il est en général souhaitable de choisir un nombre impair, par exemple un ou trois, bien que, dans la pratique, les parties chosissent parfois deux membres et adjoignent un mécanisme permettant de faire appel à un tiers arbitre, ou surarbitre, pour trancher en cas de blocage.

31. Pour ce qui est du choix entre un ou trois arbitres, les parties voudront peut-être considérer qu'une procédure arbitrale menée par un arbitre unique est en général moins onéreuse et tend à être plus rapide qu'une procédure avec trois arbitres, auxquels il faut verser des honoraires et dont les calendriers doivent être pris en considération. Par contre, avec un groupe de trois arbitres, on dispose de davantage de compétences et d'expérience. Puisque les compétences et l'expérience souhaitables peuvent être de types différents, on peut envisager différents modes de nomination des arbitres.

4. *Nomination des arbitres*

32. Dans un arbitrage international, chaque partie peut vouloir choisir un arbitre qui connaisse bien le cadre économique et juridique dans lequel elle fonctionne. Aussi les parties pourront-elles convenir d'une méthode par laquelle chacune choisira un arbitre, le troisième étant choisi par les deux arbitres ou par une autorité de nomination. En revanche, dans des litiges complexes portant sur des questions juridiques, techniques et économiques, il peut être très avantageux de recourir à des arbitres ayant des compétences et une expérience différentes dans les domaines pertinents. Lorsque les parties attachent une importance particulière à cette question, elles peuvent charger une autorité de nomination de nommer les trois arbitres et peuvent éventuellement spécifier les qualifications ou l'expérience requises des arbitres.

5. *Lieu de l'arbitrage*

33. Les parties voudront peut-être spécifier dans l'accord compromissoire le lieu où se déroulera la procédure et où la sentence arbitrale sera rendue. Le choix d'un lieu approprié pour l'arbitrage peut être d'une importance essentielle pour le bon fonctionnement de la procédure et pour l'exécution de la sentence. Les considérations ci-après peuvent guider le choix du lieu de l'arbitrage.

[4]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa neuvième session (1976), *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57 [*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. VII : 1976, première partie, II, A (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.V.1)]. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a également été reproduit sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.V.6). L'Assemblée générale, dans sa résolution 31/98 du 15 décembre 1976, a recommandé l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

34. Premièrement, les parties pourront juger souhaitable de choisir un lieu tel que la sentence rendue en ce lieu soit exécutoire dans les pays où les parties ont leur établissement ou des avoirs substantiels. Dans de nombreux Etats, les sentences arbitrales ne sont directement exécutoires qu'en application de traités multilatéraux ou bilatéraux et souvent uniquement sur la base de la réciprocité. Dans certains Etats, l'exécution est possible en application d'une législation prévoyant l'exécution réciproque des sentences prononcées dans certains autres Etats. Les parties voudront donc peut-être choisir un lieu se situant dans un Etat qui ait conclu un tel traité avec les Etats où l'exécution pourra être demandée ultérieurement.

35. Deuxièmement, les parties pourront juger souhaitable de choisir un lieu où la législation de l'arbitrage offre un cadre juridique approprié pour les litiges internationaux. Il se peut que certaines législations ne conviennent pas si, par exemple, elles limitent indûment l'autonomie des parties ou n'offrent pas, en matière de procédure, des règles permettant d'assurer une procédure efficace et équitable.

36. D'autres considérations sont de caractère plus pratique : le lieu convient-il aux parties et aux autres participants à la procédure ? Les moyens nécessaires, y compris les salles de réunion, services d'appui et moyens de communication, y sont-ils disponibles ? Une institution d'arbitrage ou une chambre de commerce pourront-elles y fournir les services nécessaires, si les parties souhaitent en bénéficier ? Quels seront les coûts et dépenses pertinents, y compris les frais liés au logement, aux salles de réunion et aux services d'appui ? Les conseils des parties pourront-ils les représenter sans qu'il soit nécessaire de recourir à des conseils locaux ? Il faut en outre noter qu'il peut être avantageux que la procédure arbitrale se déroule dans un lieu proche de l'objet du litige.

37. Toutefois, d'autres considérations conduisent parfois les parties à convenir d'un lieu extérieur aux Etats où elles ont leur établissement. Par exemple, elles peuvent choisir un Etat tiers lorsque aucune d'entre elles ne souhaite que l'arbitrage ait lieu dans le pays de l'autre partie; en effet, si la procédure doit se dérouler dans l'Etat d'une partie, l'autre pourra juger que cette dernière bénéficiera d'un environnement juridique et psychologique familier et aura pour diverses raisons plus de facilités pour faire valoir ses moyens.

6. Langue de la procédure

38. Les parties voudront peut-être également spécifier la langue à utiliser dans la procédure arbitrale. Le choix de la langue peut influer sur l'efficacité de la procédure et sur son coût. Dans toute la mesure possible, il est souhaitable de ne spécifier qu'une langue, par exemple la langue dans laquelle l'accord est rédigé. Lorsque plus d'une langue est retenue, les coûts de la traduction et de l'interprétation d'une langue dans l'autre sont en général considérés comme faisant partie du coût de l'arbitrage et sont répartis de la même manière que les autres coûts.

39. Les parties voudront peut-être spécifier quelles pièces ou communications devront être soumises ou traduites dans la langue spécifiée. Elles peuvent, par exemple, stipuler que les pièces écrites, les témoignages oraux lors d'une audience et toute sentence, décision ou autre communication du tribunal arbitral seront dans la langue spécifiée. Le tribunal peut être laissé libre de décider dans quelle mesure les pièces constituant des éléments de preuve doivent être traduites. Cette liberté peut être appropriée, étant entendu que les pièces soumises par les parties peuvent être volumineuses et qu'elles se rattachent rarement dans leur intégralité au litige.

E. Procédure judiciaire

40. Si les parties ne peuvent convenir de soumettre leurs litiges à l'arbitrage, les litiges qui ne sont réglés ni par la négociation, ni par la conciliation devront l'être par voie judiciaire. Les tribunaux de deux pays ou plus peuvent parfois connaître d'un litige donné entre les parties, et la position juridique des parties à un litige peut différer selon que tel ou tel tribunal sera saisi du litige. Par exemple, la validité et les conséquences du choix par les parties de la loi applicable au contrat dépendront des règles de droit international privé dans le pays du tribunal saisi du litige (voir chap. XIV, "Choix de la loi applicable", par. 12 et 13).

41. Les incertitudes imputables au fait que plus d'un tribunal peut connaître du litige peuvent être atténuées si les parties incluent dans le contrat une clause de compétence exclusive par laquelle elles sont tenues de soumettre leurs litiges à un tribunal donné, en un lieu donné d'un pays donné. Toutefois, les parties devraient garder présent à l'esprit que, dans de nombreux systèmes juridiques, une clause conférant compétence exclusive à un tribunal n'est valide que si ledit tribunal est habilité à connaître des litiges qui lui sont soumis en vertu de la clause. Par suite, avant de choisir un tribunal, les parties devraient s'assurer que ce tribunal est habilité à connaître des types de litiges qui lui seront soumis. Il est souhaitable que la clause spécifie un tribunal dans le pays choisi, au lieu de faire simplement référence à un tribunal compétent dudit pays, afin d'éviter toute incertitude quant au tribunal habilité à connaître du litige. La clause peut spécifier les types de litiges auxquels elle s'applique, de la même manière que l'accord compromissoire (voir plus haut, par. 17).

42. Lorsqu'elles souhaitent soumettre leurs litiges aux tribunaux d'un Etat donné, les parties devraient étudier dans quelle mesure une décision judiciaire prise dans ledit Etat serait exécutoire dans le pays des parties, ou dans tout autre pays où l'exécution pourrait être demandée (voir plus haut, par. 34).

43. Une clause de compétence exclusive peut certes réduire les incertitudes à propos de questions telles que la loi applicable à l'accord et le caractère exécutoire d'une décision et faciliter le règlement multipartite des litiges (voir par. 48 et 49 ci-après), mais elle peut aussi présenter certains inconvénients. Si un tribunal d'un pays de l'une des parties s'est vu conférer compétence exclusive et que la clause de compétence exclusive n'est pas valide aux termes de la loi du pays du tribunal choisi, alors qu'elle est valide aux termes de la loi du pays de l'autre partie, il risque

d'être difficile d'entamer une procédure judiciaire dans l'un ou l'autre de ces pays. Il se peut que les difficultés liées à la mise en route de la procédure judiciaire se trouvent amplifiées si les parties confèrent compétence exclusive au tribunal d'un pays tiers.

F. Règlement des litiges multipartites et des litiges portant sur plusieurs contrats

44. Les opérations d'échanges compensés font souvent intervenir plusieurs contrats dans les deux directions, outre l'accord d'échanges compensés. Dans ces opérations à contrats multiples, les parties voudront peut-être étudier s'il serait souhaitable de convenir d'une instance unique chargée du règlement de tous les litiges pouvant découler de l'opération, c'est-à-dire le même conciliateur, le même tribunal arbitral ou le même tribunal judiciaire. Si les litiges doivent être réglés par voie judiciaire, les parties voudront peut-être conférer compétence exclusive à un tribunal donné (voir plus haut, par. 41 à 43). Si les parties optent pour l'arbitrage ou la conciliation, elles voudront peut-être convenir que le tribunal arbitral ou le conciliateur nommé pour régler le premier litige sera également nommé pour régler tout litige qui pourrait découler ultérieurement de l'opération d'échanges compensés.

45. Le choix d'une instance unique pour régler les litiges est recommandé lorsque les litiges en question posent des problèmes factuels ou juridiques similaires. Une telle solution est favorable à l'économie et à l'efficacité du règlement des litiges, facilite la fusion des procédures de règlement des litiges et réduit le risque de voir prendre des décisions contradictoires. Même si les litiges pouvant découler de l'opération d'échanges compensés ne soulèvent pas les mêmes problèmes factuels ou juridiques, le choix d'une instance unique peut être avantageux, car il permettra aux parties de réduire le coût des services juridiques requis et facilitera la gestion de l'opération.

46. Dans certains cas, toutefois, les parties conviennent de soumettre leurs litiges découlant d'un contrat de fourniture donné à une instance donnée de règlement des litiges, mais décident de soumettre des litiges découlant d'autres contrats à une instance différente. Cela peut être le cas, par exemple, lorsqu'il est habituel pour la partie ou pour sa branche d'activité, ou lorsque des règles impératives l'exigent, de soumettre un litige découlant d'un contrat de fourniture donné à une méthode ou une instance données pour son règlement et lorsque les parties ne souhaitent pas soumettre les litiges découlant d'autres contrats à cette même méthode ou à cette même instance.

47. Il n'est pas rare que des litiges découlant de plus d'un contrat posent des questions factuelles ou juridiques similaires. C'est par exemple le cas lorsque l'objet d'un contrat de fourniture dans une direction est lié à celui d'un contrat de fourniture dans l'autre direction. Cela peut aussi être le cas dans une opération d'achat en retour dans laquelle, par exemple, un litige relatif à la qualité des marchandises contre-exportées, fabriquées au moyen d'équipements fournis dans le cadre du contrat d'exportation, est lié à un litige relatif à la qualité de ces équipements. De même, dans une opération de compensation industrielle directe, dans laquelle les marchandises fournies dans une direction sont incorporées dans les marchandises à fournir dans l'autre direction, un litige relatif à la qualité des marchandises ou au délai de livraison dans une direction peut être lié à un litige relatif à la qualité des marchandises ou au délai de livraison dans l'autre direction. Il peut également y avoir des litiges connexes dans le cas où l'accord d'échanges compensés établit un mécanisme de paiement lié, par lequel le produit de l'expédition de marchandises dans une direction doit être utilisé pour payer l'expédition de marchandises dans l'autre direction (voir le chapitre IX, "Paiement"). Par exemple, lorsque l'importateur, conformément à l'accord d'échanges compensés, retient le produit du contrat d'exportation, un litige quant à la responsabilité pour défaut de conclusion d'un contrat de contre-exportation peut entraîner un litige connexe concernant le transfert à l'exportateur du produit du contrat d'exportation. Lorsque l'accord d'échanges compensés prévoit la compensation des créances relatives aux contrats de fourniture conclus dans les deux directions, un litige relatif à un déséquilibre de ces créances peut poser des problèmes factuels ou juridiques se rattachant aux contrats de fourniture conclus dans les deux directions. Des litiges connexes se rencontrent aussi lorsque l'accord d'échanges compensés dispose qu'un problème lié à la conclusion ou à l'exécution de contrats de fourniture dans une direction doit avoir des incidences sur les obligations des parties concernant la conclusion ou l'exécution de contrats de fourniture dans l'autre direction (voir le chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", par. 38 à 60).

48. Dans une opération d'échanges compensés, il peut naître des litiges mettant en jeu ou intéressant non seulement l'exportateur et l'importateur, mais également d'autres parties, notamment des tiers engagés en tant qu'acheteurs ou fournisseurs de marchandises. Par exemple, lorsqu'il y a un litige entre le contre-exportateur et le contre-importateur portant sur la question de savoir si des dommages-intérêts spécifiés sont payables pour défaut d'achat de marchandises, un tiers acheteur engagé par le contre-importateur pour acheter ces marchandises sera intéressé au litige si une clause d'"indemnisation" a été conclue entre lui et le contre-importateur (voir le chapitre VIII, "Participation de tiers", par. 33). De même, le contre-importateur serait intéressé au résultat d'un litige entre un acheteur tiers et le contre-exportateur s'il reste responsable de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, bien qu'il ait fait appel à un acheteur tiers. Il peut enfin se produire un litige multipartite lorsqu'à la fois la partie ayant pris l'engagement initial d'acheter et l'acheteur tiers sont responsables envers le fournisseur de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés et que ce dernier décide d'intenter une action contre ces deux parties.

49. Dans les cas mentionnés au paragraphe précédent, il peut être souhaitable que toutes les questions connexes soient réglées dans le cadre de la même procédure de règlement des litiges. Cette solution permettrait d'éviter que ne soient prises des décisions contradictoires, faciliterait la présentation de pièces et réduirait les coûts. Toutefois, une procédure de règlement des litiges multipartites tend à être plus complexe et plus difficile à gérer, et une partie éprouvera sans doute davantage de difficultés

à préparer et à présenter ses arguments. De nombreux systèmes juridiques prévoient des mécanismes grâce auxquels les litiges mettant en jeu plusieurs parties peuvent être réglés dans le cadre d'une même procédure judiciaire multipartite. Afin que cette solution puisse être appliquée, il est souhaitable que des contrats connexes comportent une clause conférant compétence exclusive à un tribunal habilité à mener des procédures multipartites (voir plus haut, par. 41 à 43). Il est plus difficile de structurer les procédures arbitrales multipartites car, dans la plupart des systèmes juridiques, toutes les parties en jeu doivent convenir de soumettre leurs litiges aux mêmes arbitres.

[A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7]

PROJETS D'EXEMPLES DE DISPOSITIONS

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
Introduction		94
Chapitre V.	Type, qualité et quantité des marchandises	95
Chapitre VI.	Etablissement du prix des marchandises	95
Chapitre VIII.	Participation de tiers	95
Chapitre X.	Restrictions à la revente des marchandises	95
Chapitre XI.	Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales	96
Chapitre XIII.	Défaut d'achèvement de l'operation d'échanges compensés	96
Chapitre XIV.	Choix de la loi applicable	97
Chapitre XV.	Règlement des litiges	97

Introduction

1. A la vingt-troisième session de la Commission (1990), il a été suggéré d'incorporer des exemples de dispositions contractuelles dans le guide juridique afin d'en faciliter l'utilisation (A/45/17, annexe I, par. 6). Le présent additif a été établi comme suite à cette suggestion.

2. Pour formuler ces exemples, on s'est fondé sur les considérations suivantes. En premier lieu, les projets de chapitres du guide juridique examinent les diverses options contractuelles de manière à aider le lecteur à rédiger les clauses d'un accord d'échanges compensés. En second lieu, les exemples de dispositions contractuelles doivent nécessairement être de nature générale et peuvent donc ne pas tenir compte des circonstances réelles d'une opération donnée. Ces considérations réduisent le nombre des exemples de dispositions qui peuvent être utilement ajoutés au guide juridique.

3. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il est souhaitable d'inclure dans le guide juridique des exemples de dispositions tels que ceux qui sont proposés dans le présent document.

4. Si le Groupe de travail décide d'inclure des exemples de dispositions dans le guide juridique, il est proposé que ceux-ci soient présentés sous forme de notes ajoutées au texte et que l'on donne, au chapitre premier "Introduction au guide juridique", l'explication suivante :

"*Dispositions données à titre d'exemples*

"Quelques chapitres du guide juridique renferment une ou plusieurs "dispositions données à titre d'exemples", qui sont consignées dans des notes. Elles ont pour objet de faciliter la compréhension des questions examinées dans le corps d'un chapitre. Elles servent aussi à indiquer comment structurer certaines solutions qui sont proposées dans le texte. Le guide ne renferme pas d'exemples de dispositions lorsque le texte du chapitre suffit à bien faire comprendre la question dont il s'agit et donne les directives voulues en matière de rédaction, ou lorsqu'il est impossible de rédiger une disposition particulière hors du contexte d'une opération d'échanges compensés donnée.

"Il y a lieu de souligner que les dispositions données à titre d'exemples ne doivent pas être nécessairement considérées comme des dispositions types qui devraient être incorporées dans tel ou tel accord conclu par les parties. Le contenu exact d'une clause et les termes qui y sont employés sont dans la plupart des cas fonction de chaque opération. En outre, il y a d'ordinaire plus d'une façon possible de régler une question, même si l'une seulement de ces solutions possibles est présentée dans une disposition donnée à titre d'exemple. Il importe donc que les parties qui rédigent une disposition fondée sur un des exemples du guide recherchent avec soin si la disposition telle qu'elle est rédigée s'inscrit harmonieusement dans le cadre de leur opération d'échanges compensés."

Chapitre V. Type, qualité et quantité des marchandises

Annotation du paragraphe 13

Si l'on suppose que la "société X" est le fournisseur et la "société Y" la partie qui s'est engagée à acheter, la clause peut être rédigée comme suit :

"Les marchandises offertes à l'achat en vertu de l'accord d'échanges compensés doivent :

"*a)* être propres aux usages auxquels serviraient habituellement des marchandises du même type;

"*b)* être propres à tout usage spécial qui a été porté expressément ou tacitement à la connaissance de la société X au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés;

"*c)* posséder les qualités d'une marchandise que la société X a présentée à la société Y comme échantillon ou modèle;

"*d)* être emballées ou conditionnées selon le mode habituel pour les marchandises du même type ou, à défaut du mode habituel, d'une manière propre à les conserver et à les protéger."

(Cette clause est inspirée de l'article 35 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980).)

Chapitre VI. Etablissement du prix des marchandises

Annotation du paragraphe 37

Si l'on suppose que la monnaie de paiement est le schilling autrichien et que la monnaie de référence est le franc suisse, la clause peut être rédigée comme suit :

"Si, à la date du paiement effectif, le taux de change entre le schilling autrichien et le franc suisse diffère du taux de change ... [indiquer le taux de change en vigueur en un lieu donné] en vigueur à la date de la conclusion de l'accord d'échanges compensés dans une proportion supérieure à ... [5 % par exemple, ou quelque autre pourcentage précisé par les parties], le prix en schillings autrichiens est augmenté ou diminué de sorte que ce prix, converti en francs suisses, demeure inchangé par rapport au prix exprimé en francs suisses à la date de la conclusion de l'accord d'échanges compensés."

Chapitre VIII. Participation de tiers

Annotation du paragraphe 10

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui s'engage à acheter, la clause peut être rédigée comme suit :

"La société Y est autorisée à désigner un acheteur tiers pour effectuer les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Si elle désigne un tel acheteur, elle demeure responsable de l'exécution de l'engagement."

Annotation du paragraphe 16

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui s'engage à acheter, la clause peut être rédigée comme suit :

"Lorsqu'un acheteur tiers est désigné et qu'il s'engage à effectuer les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, conformément à l'accord d'échanges compensés, la société Y est libérée de toute responsabilité concernant l'exécution de l'engagement d'échanges compensés."

Annotation du paragraphe 21

Si l'on suppose que la "société Z" est l'acheteur tiers, la "société Y" la partie qui s'est initialement engagée à acheter et la "société X" le fournisseur, la clause peut être rédigée comme suit :

"La société Z accepte d'effectuer les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés énoncé dans l'accord conclu entre la société Y et la société X, dont copie est jointe au présent contrat. La société Z accepte d'être liée par tous les termes et conditions de l'accord et accepte en particulier de payer des dommages-intérêts spécifiés conformément audit accord si elle n'effectue pas les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés."

Les parties peuvent souhaiter incorporer la disposition ci-dessus dans un accord entre la partie qui s'est initialement engagée à acheter, l'acheteur tiers et le fournisseur, disposant que l'engagement d'échanges compensés est transféré à l'acheteur tiers et que le fournisseur consent à ce transfert et à la libération de la partie initialement engagée de son engagement d'échanges compensés (voir le chapitre VIII, par. 16). Dans ce cas, le consentement du fournisseur peut être exprimé de la façon suivante :

"La société X consent à ce que la société Z assume les obligations découlant de l'accord d'échanges compensés et, une fois ces obligations effectivement assumées, à ce que la société Y en soit libérée."

Chapitre X. Restrictions à la revente des marchandises

Annotation du paragraphe 9

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui achète les marchandises conformément à l'accord d'échanges compensés et que la "société X" est le fournisseur, la clause peut être rédigée comme suit :

"La société Y doit informer la société X [*option A* :] de la revente de ces marchandises; l'information sera donnée dans les ... jours suivant la conclusion du contrat de revente. [*option B* :] des négociations menées en vue de la revente des marchandises; la société Y donne à la société X [... jours] [suffisamment de temps] pour formuler toutes observations ou suggestions sur la revente envisagée et la société Y s'abstient de conclure le contrat de revente faisant l'objet de négociations avant l'expiration de ce délai. [*Options A et B* :] Les renseignements donnés doivent comprendre [quelques-uns ou la totalité des points suivants : pays, région d'un pays ou ville où les marchandises doivent être envoyées; établissement de la personne à laquelle les marchandises sont revendues; prix de revente; remarquage ou réemballage éventuels des marchandises avant la revente et, le cas échéant, type d'emballage ou de marquage utilisés]."

Chapitre XI. Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales

Annotation du paragraphe 5

Si l'on suppose que la "société X" est le fournisseur, que la "société Y" est la partie qui s'est engagée à acheter et que le schilling autrichien est la monnaie de paiement, la clause peut être rédigée comme suit :

[*En cas de défaut d'achat des marchandises*]

"1. Si la société Y n'effectue pas les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés avant l'expiration du délai fixé pour l'exécution, elle est tenue de payer à la société X un montant en schillings autrichiens équivalant à ... % de la portion non exécutée de l'engagement d'échanges compensés. Le paiement de ce montant libère la société Y de la partie de l'engagement non exécuté pour laquelle la somme convenue est demandée.

"2. Si le défaut d'exécution par la société Y est dû au fait que la société X n'a pas mis les marchandises à sa disposition conformément au présent accord d'échanges compensés, le paragraphe 1 ne s'applique pas."

[*En cas de défaut de livraison des marchandises*]

"1. Si la société X ne met pas les marchandises à disposition pour permettre l'exécution de l'engagement d'échanges compensés avant l'expiration du délai fixé pour l'exécution, elle est tenue de verser à la société Y un montant en schillings autrichiens équivalant à ... % de la portion non exécutée de l'engagement. Le paiement de ce montant libère la société X de la partie de l'engagement non exécuté pour laquelle la somme convenue est demandée.

"2. Si le défaut d'exécution par la société X tient au fait que la société Y n'a pas rempli ses obligations au titre du présent accord d'échanges compensés, le paragraphe 1 ne s'applique pas."

Annotation du paragraphe 12 (disposition pouvant être ajoutée à toute clause de dommages-intérêts spécifiés ou clause pénale)

"Aucun montant à titre de dommages-intérêts n'est recouvrable en sus de la somme convenue pour le défaut d'exécution ouvrant droit au paiement de cette somme."

Annotation du paragraphe 22 (disposition pouvant être ajoutée à toute clause de dommages-intérêts spécifiés ou clause pénale)

"Si le paiement de la somme convenue est dû conformément au paragraphe 1, la partie autorisée à réclamer cette somme a le droit de la déduire, en totalité ou en partie, de tout montant qu'elle doit à la partie tenue de payer la somme convenue au titre [des contrats suivants à l'exclusion de tout autre : ...] [de tout contrat conclu entre les parties]."

Chapitre XIII. Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés

Annotation du paragraphe 6

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui s'est engagée à acheter et que la "société X" est le fournisseur, la clause peut être rédigée comme suit :

[*Pour libération avec délai supplémentaire*]

"Si la société X n'accepte pas une commande passée par la société Y conformément au présent accord d'échanges compensés [ou une commande passée par un acheteur tiers désigné par la société Y conformément au présent accord d'échanges compensés], la société Y est en droit de déclarer que le montant de l'engagement non réglé est réduit du montant de la commande non acceptée."

[*Pour libération avec délai supplémentaire*]

"1. [Même texte que ci-dessus]

"2. Pour se prévaloir du droit énoncé au paragraphe 1 de déclarer réduit l'engagement d'échanges compensés non réglé, la société Y doit remettre à la société X une notification écrite indiquant que la non-acceptation de la commande constitue une rupture de l'engagement d'échanges compensés et que l'engagement non réglé sera réduit du montant de l'ordre de paiement non accepté si la société X ne met pas les marchandises à disposition dans le délai supplémentaire de [30 jours, par exemple]."

Annotation du paragraphe 22

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui s'est engagée à acheter et que la "société X" est le fournisseur, la clause peut être rédigée comme suit :

"1. La [société Y] [société X] est exemptée de verser des dommages-intérêts ou une somme convenue en cas de défaut d'exécution de ses obligations en vertu de l'accord d'échanges compensés si elle établit que l'inexécution est due à un empêchement matériel ou juridique indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, qu'elle le prévienne ou le surmonte, ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences.

"2. Le délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés est prolongé d'une période de temps correspondant à la durée de l'empêchement. Si l'empêchement dure plus de [six mois, par exemple], [la partie contre laquelle il est invoqué] [l'une ou l'autre des parties] peut résilier l'accord d'échanges compensés par une notification écrite."

Annotation du paragraphe 24

[*Définition générale d'un empêchement exonératoire suivie d'une liste indicative ou exhaustive*]

"1. [Même texte que le paragraphe 1 de la clause donnée à titre d'exemple pour le paragraphe 22.]

"2. [*Liste indicative* :] Les faits suivants sont des exemples de faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires, à condition qu'ils satisfassent aux critères énoncés au paragraphe 1 : ... [*Liste exhaustive* :] Les faits suivants, à l'exclusion de tout autre, doivent être considérés comme des empêchements exonératoires, à condition qu'ils satisfassent aux critères énoncés au paragraphe 1."

Annotation du paragraphe 43

Si l'on suppose que la "société Y" est l'exportateur (contre-importateur) et que la "société X" est l'importateur (contre-exportateur), la clause peut être libellée comme suit :

"Le fait que la société Y n'achète pas les marchandises conformément au présent accord d'échanges compensés n'autorise pas la société X à suspendre ou retenir les paiements dus à la société Y en vertu du contrat de fourniture de ..."

Annotation du paragraphe 49, première phrase

"En cas de résiliation d'un contrat de fourniture de marchandises dans une direction, aucune des parties n'est autorisée, quelle que soit la cause de la résiliation, à suspendre la conclusion de contrats dans l'autre direction ou à suspendre ou arrêter l'exécution des obligations découlant des contrats conclus dans l'autre direction."

Annotation du paragraphe 49, deuxième phrase

"Si un contrat prévoyant la fourniture de marchandises par la société X à la société Y, conclu au titre du présent accord d'échanges compensés, est résilié, aucune des parties n'est autorisée, quelle que soit la cause de la résiliation, à suspendre ou arrêter l'exécution des obligations découlant du contrat prévoyant la fourniture de marchandises par la société Y à la société X."

Chapitre XIV. Choix de la loi applicable

Annotation du paragraphe 20, deuxième phrase (exemple de disposition pour l'accord d'échanges compensés et pour un contrat de fourniture)

"La loi de ... (indiquer un pays ou une unité territoriale donnée) [en vigueur le ... (indiquer la date de conclusion de l'accord d'échanges compensés ou du contrat de fourniture)] régira le présent ... (indiquer l'accord d'échanges compensés ou le contrat de fourniture). [Les règles du droit international privé de ... (indiquer le même pays ou la même unité territoriale) ne s'appliquent pas.]"

Annotation du paragraphe 20, quatrième phrase (exemple de disposition pour l'accord d'échanges compensés ou pour un contrat de fourniture

[Même texte que celui de l'annotation de la deuxième phrase du paragraphe 20, avec l'ajout, à la première phrase, du texte suivant :] "La loi choisie régira en particulier la formation et la validité du contrat, ainsi que les conséquences de sa nullité."

Chapitre XV. Règlement des litiges

Annotation du paragraphe 12

L'exemple de clause donné ci-après est recommandé dans le Règlement de conciliation de la CNUDCI :

"Quand, en cas de litige découlant du présent contrat ou lié audit contrat, les parties souhaitent rechercher un règlement amiable de ce litige par la conciliation, celle-ci se fera conformément au Règlement de conciliation de la CNUDCI actuellement en vigueur."

Annotation du paragraphe 28

L'utilisation de la clause ci-après est recommandée dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI :

"Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur."

"*Note. — Les parties voudront peut-être ajouter les indications suivantes* :

"*a)* L'autorité de nomination sera ... (nom de la personne ou de l'institution);

"*b)* Le nombre des arbitres est fixé à ... (un ou trois);

"*c)* Le lieu de l'arbitrage sera ... (ville ou pays);

"*d)* La langue (Les langues) à utiliser dans la procédure d'arbitrage sera (seront) ..."

C. Opérations internationales d'échanges compensés : projets de chapitres du guide juridique pour les opérations internationales d'échanges compensés : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/362 et Add.1 à 17) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Pages

[A/CN.9/362]

PROJETS DE CHAPITRES DU GUIDE JURIDIQUE POUR LES OPÉRATIONS INTERNATIONALES D'ÉCHANGES COMPENSÉS : RAPPORT DU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL 98

[A/CN.9/362/Add.1]

I. INTRODUCTION 99

[A/CN.9/362/Add.2]

II. PORTÉE ET TERMINOLOGIE DU GUIDE JURIDIQUE 101

Pages

[A/CN.9/362/Add.3]
III. APPROCHE CONTRACTUELLE 105

[A/CN.9/362/Add.4]
IV. ENGAGEMENT D'ÉCHANGES COMPENSÉS 113

[A/CN.9/362/Add.5]
V. REMARQUES GÉNÉRALES SUR LA RÉDACTION 124

[A/CN.9/362/Add.6]
VI. TYPE, QUALITÉ ET QUANTITÉ DES MARCHANDISES 128

[A/CN.9/362/Add.7]
VII. ÉTABLISSEMENT DU PRIX DES MARCHANDISES 135

[A/CN.9/362/Add.8]
VIII. PARTICIPATION DE TIERS 142

[A/CN.9/362/Add.9]
IX. PAIEMENT 150

[A/CN.9/362/Add.10]
X. RESTRICTIONS A LA REVENTE DES MARCHANDISES 160

[A/CN.9/362/Add.11]
XI. CLAUSES DE DOMMAGES-INTÉRÊTS SPÉCIFIÉS ET CLAUSES PÉNALES 164

[A/CN.9/362/Add.12]
XII. GARANTIE DE BONNE EXÉCUTION 170

[A/CN.9/362/Add.13]
XIII. DÉFAUT D'ACHÈVEMENT DE L'OPÉRATION D'ÉCHANGES COMPENSÉS 176

[A/CN.9/362/Add.14]
XIV. CHOIX DE LA LOI APPLICABLE 186

[A/CN.9/362/Add.15]
XV. RÈGLEMENT DES LITIGES 190

[A/CN.9/362/Add.16]
PROJETS D'EXEMPLES DE DISPOSITIONS 198

[A/CN.9/362/Add.17]
RÉSUMÉS DE CHAPITRES 203

[A/CN.9/362]

PROJETS DE CHAPITRES DU GUIDE JURIDIQUE POUR LES OPÉRATIONS INTERNATIONALES D'ÉCHANGES COMPENSÉS : RAPPORT DU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL

1. A sa dix-neuvième session (1986), lors de l'examen d'une note du Secrétariat intitulée "Travaux futurs concernant le nouvel ordre économique international" (A/CN.9/277), la Commission s'est penchée sur la question de ses travaux futurs dans le domaine des échanges compensés. Un nombre considérable de délégations ont jugé qu'il fallait entreprendre des travaux sur cette question et le Secrétariat a été prié d'établir une étude préliminaire sur ce sujet (A/41/17, par. 243).

2. A sa vingt et unième session (1988), la Commission était saisie d'un rapport intitulé "Etude préliminaire des aspects juridiques des opérations internationales des échanges compensés" (A/CN.9/302). La Commission a décidé, à titre préliminaire, qu'il serait souhaitable d'établir un guide juridique sur l'élaboration des contrats d'échanges

compensés. Afin qu'elle puisse être à même de décider des mesures qui pourraient être prises ultérieurement, la Commission a prié le Secrétariat d'établir, pour sa vingt-deuxième session, une ébauche de guide juridique (A/43/17, par. 32 à 35).

3. A sa vingt-deuxième session (1989), la Commission a examiné un rapport intitulé "Ebauche de la teneur et de la structure possibles d'un guide juridique pour l'élaboration de contrats internationaux d'échanges compensés" (A/CN.9/322). Il a été décidé que la Commission élaborerait ce guide et le Secrétariat a été prié d'établir pour la vingt-troisième session de la Commission des projets de chapitres du guide juridique (A/44/17, par. 245 à 249).

4. A sa vingt-troisième session (1990), la Commission a examiné une ébauche du chapitre d'introduction au guide juridique et le projet de chapitre II : "Portée et terminologie du guide juridique" (figurant tous deux dans le document A/CN.9/332/Add.1); le projet de chapitre III : "Approche contractuelle" (A/CN.9/332/Add.2); le projet de chapitre IV : "Remarques générales sur la rédaction" (A/CN.9/332/Add.3); le projet de chapitre V : "Type, qualité et quantité des marchandises" (A/CN.9/332/Add.4); le projet de chapitre VI : "Etablissement du prix des marchandises" (A/CN.9/332/Add.5); le projet de chapitre IX : "Paiement" (A/CN.9/332/Add.6); et le projet de chapitre XII : "Garantie de bonne exécution" (A/CN.9/332/Add.7). Le résumé des débats de la Commission figure à l'annexe I du document A/45/17. La Commission a noté qu'il y avait un accord général sur la méthode adoptée pour la rédaction des projets de chapitres, tant en ce qui concerne la structure du guide juridique que la nature de la description et des avis y figurant (A/45/17, par. 16). La Commission a décidé que le Secrétariat terminerait la mise au point des projets de chapitres restants et les présenterait au Groupe de travail des paiements internationaux. Elle a en outre décidé que le texte final du guide juridique lui serait présenté à sa vingt-cinquième session, en 1992 (A/45/17, par. 17 et 18).

5. A sa vingt-troisième session, en septembre 1991, le Groupe des paiements internationaux a examiné les projets de chapitres VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés" (A/CN.9/332/Add.8); VIII. "Participation de tiers" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1); X. "Restrictions à la revente des marchandises" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2); XI. "Clauses de dommages et intérêts spécifiés et clauses pénales" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3); XIII. "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.4); XIV. "Choix de la loi applicable" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5) et XV. "Règlement des litiges" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6) ainsi que des exemples de dispositions (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7). Le résumé des débats du Groupe de travail figure dans le document A/CN.9/357. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de réviser les projets de chapitres et les exemples de dispositions compte tenu de ses délibérations et décisions et de les présenter à la vingt-cinquième session de la Commission (A/CN.9/357, par. 13).

6. On trouve dans les additifs 1 à 17 au présent document les projets de chapitres révisés et divers textes se rapportant au Guide juridique (voir liste ci-après).

I. "Introduction" (Add.1)

II. "Portée et terminologie du Guide juridique" (Add.2)

III. "Approche contractuelle" (Add.3)

IV. "Engagement d'échanges compensés" (Add.4) (le projet de chapitre IV inclut la version révisée de l'ancien projet de chapitre VII : "Exécution de l'engagement d'échanges compensés" ainsi que la section C de l'ancien projet de chapitre III : "Approche contractuelle")

V. "Remarques générales sur la rédaction" (Add.5)

VI. "Type, qualité et quantité des marchandises" (Add.6)

VII. "Etablissement du prix des marchandises" (Add.7)

VIII. "Participation de tiers" (Add.8)

IX. "Paiement" (Add.9)

X. "Restrictions à la revente des marchandises" (Add.10)

XI. "Dommages et intérêts spécifiés et pénalités" (Add.11)

XII. "Garantie de bonne exécution" (Add.12)

XIII. "Problèmes d'achèvement de l'opération d'échanges compensés" (Add.13)

XIV. "Choix de la loi applicable" (Add.14)

XV. "Règlement des litiges (Add.15)

Exemples de dispositions (Add.16)

Résumés des chapitres (Add.17)

Index (Add.18)[a]

[A/CN.9/362/Add.1]

I. INTRODUCTION

A. Origine et objet du guide juridique

1. Le présent guide juridique a été établi par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et par son Groupe de travail des paiements internationaux. Outre les représentants des Etats membres de la Commission, des représentants de nombreux autres Etats et d'un certain nombre d'organisations internationales ont participé activement aux travaux préparatoires.

2. La Commission s'est penchée sur la question des travaux à entreprendre dans le domaine des échanges compensés en 1986, lors de l'examen de ses travaux concernant le nouvel ordre économique international[1]. En 1989, elle a décidé d'élaborer un guide juridique sur les opérations

[a] L'additif 18 n'a pas été distribué.

[1] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-neuvième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément n° 17* (A/41/17), par. 235 à 243.

internationales d'échanges compensés et a prié le Secrétariat d'établir les projets de chapitres d'un tel guide[2]. Les projets de chapitres ont été examinés par la Commission à sa vingt-troisième session en 1990[3], et par le Groupe de travail des paiements internationaux à sa trente-troisième session en 1991[4]. [La Commission a examiné les projets de chapitres révisés et approuvé le guide juridique à sa vingt-cinquième session en 1992, sous réserve de modifications rédactionnelles laissées au soin du Secrétariat[5].]

3. Durant l'élaboration des projets de documents à soumettre à l'examen de la Commission et du Groupe de travail, le Secrétariat a consulté des praticiens et d'autres experts en matière d'échanges compensés internationaux. Il a en outre examiné des modèles de contrats, de conditions contractuelles générales et de contrats particuliers provenant de diverses parties du monde. Ces sources, trop nombreuses pour être toutes citées, ont apporté une contribution des plus utiles à l'établissement du guide juridique.

4. L'élaboration du guide juridique a été motivée par le fait que les parties qui effectuent des échanges compensés n'ont pas nécessairement les connaissances et l'expérience requises en matière juridique et qu'elles ne trouvent donc peut-être pas les solutions contractuelles optimales aux questions juridiques susceptibles de se poser dans les opérations d'échanges compensés. Ces questions résultent, en particulier, du fait que lesdites opérations sont des opérations complexes comprenant la fourniture de marchandises dans deux directions, qu'il y a un lien contractuel entre ces fournitures de marchandises, et que les opérations d'échanges compensés comportent souvent l'engagement des parties de conclure ultérieurement des contrats. Les solutions contractuelles sont particulièrement importantes dans ce domaine car les législations nationales contiennent rarement des dispositions concernant spécifiquement les échanges compensés. Les questions juridiques qui se posent peuvent avoir des effets négatifs sur les parties de pays en développement, ainsi que sur les parties de pays industriels développés, en particulier si elles n'effectuent pas régulièrement des échanges compensés.

5. Le guide cherche à aider les parties qui négocient des opérations internationales d'échanges compensés en cernant les questions juridiques qui se posent, en examinant les diverses façons possibles d'aborder ces questions et, lorsqu'il y a lieu, en indiquant les solutions sur lesquelles les parties peuvent souhaiter s'entendre. L'examen des diverses questions dans le guide tient compte des disparités existant entre les législations nationales. Il faut espérer que le guide contribuera notamment à harmoniser, à l'échelon international, les points de vue sur les questions juridiques qui se posent au sujet des opérations d'échanges compensés et sur leur solution.

6. Le guide s'adresse à tous ceux qui participent, à différents niveaux, à la négociation et à l'élaboration de contrats internationaux d'échanges compensés. Il est destiné aux hommes de loi ainsi qu'aux participants à des échanges compensés qui n'ont pas de formation juridique. Il devrait aussi aider ceux qui ont des responsabilités de gestion et qui ont besoin de connaître, dans leurs grandes lignes, la structure de ces opérations et les principales questions juridiques dont ils devront s'occuper. Il convient cependant de souligner que le guide juridique ne saurait se substituer aux avis juridiques que des conseillers compétents pourraient fournir aux parties.

7. Il y a lieu de noter que les diverses solutions proposées dans le guide juridique ne régiront pas les relations entre les parties, à moins que celles-ci ne retiennent expressément ces solutions, ou que ces solutions ne résultent de règles juridiques imposées par la loi applicable. En outre, le guide juridique n'a pas pour objet d'aider les parties à interpréter les accords ou les contrats portant sur des opérations d'échanges compensés.

B. Agencement du guide

8. Le chapitre II définit la portée du guide juridique en présentant les opérations dont il traite et en expliquant le thème central de la discussion et le type de questions abordées. Du fait qu'il ne s'est pas imposé de terminologie dans la pratique des échanges compensés, il conviendrait de porter une attention particulière à la section E du chapitre II qui présente certains termes propres aux échanges compensés utilisés dans tout le guide.

9. Le chapitre III traite des formules contractuelles possibles pour les opérations d'échanges compensés. Il présente également divers types possibles de clauses contractuelles que les parties peuvent utiliser, suivant la formule contractuelle choisie. Ces types de clauses sont examinés aux chapitres IV à XV. Cet examen se limite aux types de clauses qui sont propres aux opérations d'échanges compensés ou qui revêtent pour celles-ci une importance particulière.

10. Certaines des clauses examinées dans le guide juridique sont essentielles pour l'établissement d'une opération d'échanges compensés. D'autres, qui ne sont peut-être pas essentielles, peuvent être utiles dans des circonstances commerciales particulières. Etant donné la grande diversité des circonstances dans lesquelles sont conclues des opérations d'échanges compensés, le guide juridique ne comporte pas de proposition générale quant aux types de clauses sur lesquelles devraient s'entendre les parties. C'est à ces dernières qu'il appartient d'apprécier pour chaque opération la mesure dans laquelle les questions examinées dans le guide sont pertinentes.

C. Recommandations faites dans le guide

[*Le paragraphe suivant, à l'exception des modifications en italique, figurait dans le document A/CN.9/332/Add.1, sous le titre "I. Introduction au guide juridique".*]

[2]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/44/17), par. 249.

[3]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-troisième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/45/17), par. 11 à 18 et annexe I.

[4]Rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa vingt-troisième session (A/CN.9/357).

[[5]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17), par. 83 à 139.]

11. *Lorsque cela paraît utile, le guide juridique* suggère comment certaines questions liées à l'opération d'échanges compensés pourraient être réglées. Il y a trois catégories de suggestions. La catégorie supérieure se caractérise par l'utilisation d'expressions faisant apparaître que les parties "devraient" prendre telle ou telle mesure. *Ces expressions n'apparaissent que rarement dans le guide juridique et seulement lorsqu'elles répondent à une mesure particulière* répondant à une nécessité logique ou juridique. La catégorie intermédiaire se caractérise par l'utilisation d'expressions telles que "il est souhaitable" ou "il serait bon", lorsque les mesures que peuvent adopter les parties ne répondent pas à une nécessité logique ou juridique. *La catégorie inférieure se caractérise* par des formulations telles que "les parties voudront peut-être envisager" ou "les parties voudront peut-être stipuler" ou encore "l'accord conclu par les parties pourrait disposer". Le libellé utilisé pour une suggestion donnée peut, pour des raisons de rédaction, être quelque peu différent de ceux qu'on a indiqués ci-dessus. Toutefois, la catégorie à laquelle la suggestion se rattache doit ressortir clairement de son libellé.

D. Dispositions données à titre d'exemple

[*Les deux paragraphes suivants, à l'exception de la modification en italique, ont été repris du document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, paragraphe 4.*]

12. Quelques chapitres du guide juridique renferment une ou plusieurs 'dispositions données à titre d'exemples', qui sont consignées dans des notes en fin de chapitre. Elles ont pour objet de faciliter la compréhension des questions examinées dans le corps d'un chapitre. Elles servent aussi à indiquer comment structurer certaines solutions qui sont proposées dans le texte. Le guide ne renferme pas d'exemples de dispositions lorsque le texte du chapitre suffit à bien faire comprendre la question dont il s'agit et donne les directives voulues en matière de rédaction, ou lorsqu'il est impossible de rédiger une disposition particulière hors du contexte d'une opération d'échanges compensés donnée.

13. Il y a lieu de souligner que les dispositions données à titre d'exemples ne doivent pas être nécessairement considérées comme des dispositions types qui devraient être incorporées dans tel ou tel accord conclu par les parties. Le contenu *et la formulation* exacts d'une clause et les termes qui y sont employés sont dans la plupart des cas fonction de chaque opération. En outre, il y a d'ordinaire plus d'une façon possible de régler une question, même si l'une seulement de ces solutions possibles est présentée dans une disposition donnée à titre d'exemple. Il importe donc que les parties qui rédigent une disposition fondée sur un des exemples du guide recherchent avec soin si la disposition telle qu'elle est rédigée s'inscrit harmonieusement dans le cadre de leur opération d'échanges compensés."

[A/CN.9/362/Add.2]

II. PORTÉE ET TERMINOLOGIE DU GUIDE JURIDIQUE

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Opérations traitées dans le Guide juridique	1-6
B. Orientations du Guide sur les questions propres aux échanges compensés	7-8
C. Réglementations nationales	9-10
D. Universalité du Guide juridique	11
E. Terminologie	12-28
1. Types d'échanges compensés	13-17
2. Parties à l'opérations d'échanges compensés	18-22
3. L'opération d'échanges compensés et ses composants	23-28

[*Note des rédacteurs.* Le présent projet de chapitre II est une révision du projet du chapitre II portant le même titre, publié dans le document A/CN.9/332/Add.1. Une note placée entre crochets au début de chaque paragraphe indique soit le numéro sous lequel le paragraphe apparaissait dans le document A/CN.9/332/Add.1, soit que ce paragraphe est nouveau. Les modifications apportées au texte qui figurait dans le document A/CN.9/332/Add.1 sont en italique. Un astérisque indique les passages qui ont été supprimés sans avoir été remplacés par un nouveau texte.]

A. Opérations traitées dans le Guide juridique

1. [1] *Les opérations d'échanges compensés traitées dans le Guide juridique sont les opérations dans le cadre desquelles une partie fournit des marchandises, des services, des techniques ou une autre contrepartie économique à une deuxième partie, en retour de quoi la première partie achète à la seconde un volume convenu de marchandises, de services, de techniques ou d'une autre contrepartie économique.* La caractéristique propre à ces opéra-

tions est l'existence d'un lien entre les *fournitures* dans les deux directions, en ce sens que la conclusion du *contrat ou des contrats* de fourniture dans une direction dépend de la conclusion du *contrat ou des contrats de fourniture* dans l'autre direction. Lorsque les parties concluent des contrats dans les deux directions sans faire état de l'existence d'un lien entre les deux, ces contrats, pour ce qui est des droits et obligations contractuels des parties, ne sauraient être distingués de simples opérations indépendantes. Aussi le Guide juridique ne traite-t-il que des opérations faisant état, sous forme contractuelle, de l'existence d'un lien entre les contrats constituant l'opération d'échanges compensés.

2. [*Nouveau paragraphe*] Pour plus de simplicité, le Guide juridique ne fait référence qu'aux "marchandises" pour désigner l'objet des opérations d'échanges compensés. Toutefois, le Guide, s'il traite des opérations portant sur des marchandises, s'applique également en général aux opérations portant sur des services. Il peut également faire office de modèle, dans ses grandes lignes, pour des opérations portant sur des techniques. Dans certains cas, il fait expressément référence à des opérations portant sur des services ou des techniques.

3. [*Nouveau paragraphe*] Le Guide juridique traite essentiellement des opérations d'échanges compensés dans lesquelles les marchandises sont livrées d'un pays à un autre. Les opérations d'échanges compensés purement nationales peuvent avoir des caractéristiques qui ne sont pas examinées dans le présent Guide. Néanmoins, dans la mesure où ces opérations nationales entrent dans une des catégories d'opérations d'échanges compensés ici décrites, le Guide juridique peut être utilisé par des parties à de telles opérations.

4. [2] *Les opérations d'échanges compensés prennent diverses formes et ont diverses caractéristiques, selon les circonstances propres à l'opération.* Ces divergences peuvent porter sur des questions telles que la structure contractuelle de l'opération (*c'est-à-dire le nombre et le calendrier des contrats constitutifs de l'opération), l'utilisation ou non des marchandises fournies dans une direction pour la production des marchandises à fournir dans l'autre direction, le mode de paiement et le nombre de parties à l'opération.*

[3]*

[4]*

5. [5] L'intérêt que les parties peuvent porter aux différents segments d'une opération d'échanges compensés varie également selon le type d'opération. Dans *de nombreuses* opérations, une partie est *essentiellement* intéressée par l'exportation de ses propres marchandises *plutôt que par l'acquisition de marchandises auprès de l'autre partie.* Dans d'autres opérations, les parties considèrent la fourniture de marchandises dans les deux directions comme étant de leur intérêt mutuel. Parfois, une partie considère au départ l'engagement de conclure des contrats futurs comme une concession faite à l'autre partie, mais en vient par la suite à considérer cet engagement comme un avantage.*

6. [*Nouveau paragraphe*] Dans la plupart des cas, le Guide juridique s'applique aux divers types d'échanges compensés. Toutefois, dans certains contextes, il est indiqué que le Guide ne s'applique qu'à un type donné d'échanges compensés.

B. Orientations du Guide sur les questions propres aux échanges compensés

[*Note des rédacteurs.* Dans le projet de chapitre II, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/332/Add.1, cette section était la section C, par. 24 à 26. Une partie des questions traitées aux paragraphes 25 et 26 (A/CN.9/332/Add.1) figure maintenant dans le projet de chapitre III, "Approche contractuelle" (A/CN.9/362/Add.3).]

7. [*Nouveau paragraphe*] Le Guide juridique est axé sur l'élaboration de clauses contractuelles propres aux opérations internationales d'échanges compensés ou revêtant une importance particulière dans ce contexte. Ces clauses figurent dans un accord entre les parties établissant un lien entre la fourniture de marchandises dans une direction et la fourniture de marchandises dans l'autre direction. Cet accord, comme il est indiqué ci-après au paragraphe 24, est dénommé dans le Guide juridique "accord d'échanges compensés".

8. [24] *En règle générale, le Guide juridique ne traite pas de la teneur des contrats de fourniture de marchandises dans le cadre d'une opération d'échanges compensés, car ces* contrats ressemblent en général aux contrats conclus en tant qu'opérations séparées et indépendantes. Toutefois, dans certains cas, la teneur du contrat peut être influencée par le fait que ce contrat s'inscrit dans le cadre d'une opération d'échanges compensés. Par exemple, lorsque le produit d'un contrat dans une direction doit être utilisé pour payer le contrat dans l'autre direction, les deux contrats de fourniture peuvent comporter des dispositions relatives au paiement, qui sont particulières aux échanges compensés. *Le Guide juridique traite de ces contrats dans la mesure où ils peuvent comporter des clauses propres aux échanges compensés.*

C. Réglementations nationales

[*Note des rédacteurs.* Dans le projet de chapitre II tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/332/Add.1, cette section était la section D, par. 27 et 28.]

9. [27] Dans certains pays, les échanges compensés font l'objet d'une réglementation. Cette réglementation, qui peut découler d'accords internationaux, est étroitement liée à la politique économique nationale; elle varie donc d'un pays à l'autre et sera sans doute modifiée plus souvent que les règles du droit des contrats. Elle peut favoriser ou limiter les échanges compensés de diverses manières. Par exemple, elle peut disposer que certains types d'importations ne doivent être payés que par le biais d'arrangements d'échanges compensés, que les organismes commerciaux de l'Etat doivent étudier la possibilité de recourir aux échanges compensés lorsqu'ils négocient certains types de contrats, que certains types de produits locaux ne peuvent être offerts dans le cadre d'une opération d'échanges compensés, ou que *l'exportateur de marchandises et l'acheteur étranger ne sont pas libres de convenir que le paiement voulu sera réglé autrement que par le*

virement de devises sur le compte de l'exportateur. D'autres règles peuvent avoir trait au contrôle des changes ou indiquer qu'une opération d'échanges compensés doit être soumise à l'approbation d'un organe administratif. Certaines réglementations peuvent viser expressément les échanges compensés; d'autres, plus générales, peuvent avoir des incidences sur eux (*par exemple, législation en matière de concurrence, réglementation des exportations et des importations, règles en matière de contrôle des changes*). Certaines ne visent que l'une des parties contractantes et n'ont pas d'incidence directe sur la teneur ou les effets juridiques du contrat conclu par ladite partie. Dans d'autres cas, une réglementation peut limiter la liberté contractuelle des parties.

10. [28] Le Guide juridique conseille aux parties de tenir compte de ces réglementations nationales. Celles-ci étant disparates et souvent modifiées, ce conseil prend, le cas échéant, la forme d'une mise en garde plutôt que d'un examen détaillé de la substance des réglementations applicables. *On trouvera un examen plus détaillé des réglementations nationales impératives au chapitre XIV, "Choix de la loi applicable", par. ___ à ___.*

D. Universalité du Guide juridique

[*Note des rédacteurs.* Dans le projet de chapitre II tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/332/Add.1, cette section était la section E, par. 29.]

11. [29] *L'examen des questions de droit privé intervenant dans les opérations internationales d'échanges compensés et des motifs à l'origine d'une opération d'échanges compensés ne fait pas apparaître de particularités régionales. Dans la mesure où il existe de telles particularités liées à la pratique contractuelle, elles concernent notamment la fréquence d'utilisation de certains types commerciaux d'échanges compensés et le degré de précision et de complexité des solutions contractuelles retenues. C'est pourquoi* le Guide traite sur un plan universel des questions juridiques que posent les échanges compensés.

E. Terminologie

[*Note des rédacteurs.* Dans le projet de chapitre II tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/332/Add.1, cette section était la section B, par. 8 à 23.]

12. [8] La terminologie utilisée dans la pratique et dans les ouvrages pour décrire les opérations d'échanges compensés et les parties en jeu est très diverse. En effet, une terminologie reconnue ne s'est pas fait jour. On trouvera dans les paragraphes ci-après la terminologie utilisée dans le Guide juridique pour décrire les différents types d'opérations, de parties et de contrats dans le cadre des échanges compensés.

1. Types d'échanges compensés

13. [*Nouveau paragraphe*] Les termes utilisés dans le Guide juridique pour décrire les différents types d'échanges compensés sont expliqués ci-après. Le Guide établit une distinction entre les différentes opérations d'échanges compensés en fonction de leurs aspects commerciaux ou techniques ou de leur structure contractuelle. On notera qu'il existe d'autres classifications que celle présentée ci-après.

14. [10] *Troc.* Dans la pratique, le mot "troc" a des sens différents. Il peut désigner, par exemple, les opérations d'échanges compensés en général, un accord intergouvernemental concernant des échanges de marchandises données entre des partenaires identifiés, ou des opérations d'échanges compensés dans le cadre desquelles les transferts internationaux de devises sont éliminés ou réduits ou les cas où un contrat unique régit les expéditions mutuelles de marchandises. Le guide utilise le mot "troc" au sens juridique strict du terme pour désigner un contrat prévoyant un échange dans les deux directions de marchandises données, dans le cadre duquel la fourniture de marchandises dans une direction remplace, entièrement ou partiellement, le paiement pécuniaire de la fourniture des marchandises dans l'autre direction. Lorsque les deux fournitures de marchandises sont de valeur différente, le règlement du solde peut se faire en espèces ou au moyen d'une autre contrepartie économique.

15. [11] *Contre-achat.* Ce terme est utilisé pour désigner une opération dans laquelle les parties, lors de la conclusion d'un contrat d'achat dans une direction, s'accordent pour conclure un contrat d'achat dans l'autre direction, c'est-à-dire un contrat de contre-achat. Le contre-achat se distingue de l'achat en retour (buy-back) en ce sens que les marchandises fournies dans le cadre du premier achat ne sont pas utilisées pour la production des marchandises vendues en retour.

16. [12] *Achat en retour* (buy-back). Ce terme désigne une opération dans laquelle une partie fournit des moyens de production et les parties conviennent que le fournisseur de ces moyens de production, ou une personne désignée par lui, achètera des produits qui auront été fabriqués grâce à eux. Souvent, le fournisseur des moyens de production fournit également des procédés techniques et une formation et parfois des composants ou matériaux utilisés pour la production.

17. [13] *Compensation industrielle* (*offset*). Les opérations désignées sous ce vocable dans le Guide juridique portent normalement sur la fourniture de marchandises de valeur élevée faisant appel à des techniques avancées *et peuvent inclure le transfert de techniques et le savoir-faire, la promotion des investissements et la facilitation de l'accès à un marché donné. On peut établir une distinction entre deux types d'opérations de compensation industrielle.* Dans le cadre d'une opération de "compensation industrielle directe", *les parties conviennent de se fournir l'une à l'autre des marchandises qui sont liées sur le plan technique ou commercial (par exemple, des pièces ou produits commercialisés ensemble). Une opération de compensation industrielle directe peut avoir les caractéristiques d'une opération d'achat en retour (c'est-à-dire le transfert de moyens et techniques de production et l'achat par le fournisseur des produits fabriqués grâce à eux). La différence entre une opération de compensation industrielle directe et une opération d'achat en retour est la suivante,*

dans la première, les deux parties s'engagent à s'acheter l'une à l'autre des marchandises pendant une période donnée, alors que dans la seconde, la partie qui a fourni les moyens de production s'engage à acheter des marchandises fabriquées grâce à eux. Ces opérations de compensation industrielle directe sont également désignées sous le nom de "participation industrielle" ou "coopération industrielle". L'expression "compensation industrielle indirecte" désigne normalement une opération dans laquelle un organisme du secteur public acquérant des marchandises de valeur élevée, ou en approuvant l'acquisition, exige du fournisseur qu'il fasse des contre-achats dans le pays acquéreur ou qu'une contrepartie économique soit fournie au pays acquéreur sous la forme d'investissements, de techniques ou d'une assistance sur des marchés tiers. Les marchandises contre-exportées ne sont pas techniquement liées aux marchandises exportées (c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas de composants des marchandises exportées, comme dans le cas de la compensation industrielle directe, et qu'elles ne sont pas des produits fabriqués grâce aux moyens de production fournis dans le cadre du contrat d'exportation, comme dans le cas de l'achat en retour). L'organisme du secteur public énonce souvent des directives pour la compensation, concernant par exemple les secteurs industriels ou les régions devant ainsi bénéficier d'une assistance. Toutefois, dans les limites de ces directives, la partie s'engageant à effectuer des contre-achats est normalement libre de choisir ses partenaires. *Une opération d'échanges compensés peut comporter des éléments se rattachant à des opérations de compensation industrielle tant directe qu'indirecte.*

2. *Parties à l'opération d'échanges compensés*

18. [18] *Acheteur, fournisseur* ou *partie*. Le Guide juridique utilise souvent les mots "acheteur", "fournisseur" ou "partie" pour désigner les parties achetant et fournissant des marchandises dans le cadre d'une opération d'échanges compensés. *Ces termes sont employés lorsque le Guide s'applique à la fois au cas où les contrats doivent être conclus dans un ordre donné (chap. III, "Approche contractuelle", par. 13 à 19) et au cas où les parties conviennent de conclure des contrats dans les deux directions sans préciser un calendrier particulier pour leur conclusion (chap. III, par. 20 et 21). Cette terminologie est également utilisée quand* les contrats de fourniture de marchandises dans les deux directions sont conclus simultanément*. Lorsqu'il est fait référence à une partie qui s'est engagée à acheter ou fournir des marchandises, mais qu'il ne l'a pas encore fait, le Guide juridique peut utiliser les mots "partie s'étant engagée à acheter des marchandises" ou "partie s'étant engagée à fournir des marchandises", *afin de bien préciser qu'un contrat n'a pas encore été conclu.*

19. [14] *Exportateur* ou *contre-importateur*. Les mots "exportateur" ou "contre-importateur" désignent la partie qui est — aux termes du premier contrat à conclure — le fournisseur, c'est-à-dire l'exportateur des marchandises et qui s'est engagée auprès de l'autre partie à acheter, c'est-à-dire à contre-importer d'autres marchandises en retour. L'un ou l'autre terme sont utilisés selon le contexte dans lequel la partie est mentionnée. On notera que, dans certaines opérations d'échanges compensés, l'exportateur et le contre-importateur sont une seule et même personne, alors que, dans d'autres, l'exportation et la contre-exportation sont assurées par des personnes différentes.

20. [15] *Importateur* ou *contre-exportateur*. Les mots "importateur" ou "contre-exportateur" désignent la partie qui est — en vertu du premier contrat à conclure — l'acheteur, c'est-à-dire l'importateur des marchandises et qui s'est engagée auprès de l'autre partie à fournir, c'est-à-dire à contre-exporter d'autres marchandises en retour. L'un ou l'autre terme sont utilisés selon le contexte dans lequel la partie est mentionnée. Comme dans le cas de l'exportateur et du contre-importateur, dans certaines opérations, l'importateur et le contre-exportateur sont une seule et même personne. Parfois, cependant, une partie importe et une autre contre-exporte.

21. [16] Dans certains ouvrages *sur les opérations d'échanges compensés*, le mot "exportateur" est utilisé pour désigner la partie d'un pays économiquement développé, qui fournit souvent des marchandises techniquement avancées ne pouvant normalement pas être obtenues dans le pays de l'autre partie. Ce mot est utilisé dans ces ouvrages aussi bien lorsque l'"exportateur" est le premier fournisseur et convient d'acheter ultérieurement que lorsqu'il effectue un "achat anticipé" auprès de l'autre partie, afin de permettre à cette dernière d'obtenir les fonds requis pour acquérir des biens auprès de l'"exportateur". Le mot "importateur" est utilisé dans ces ouvrages pour désigner la partie d'un pays en développement. Pour souligner encore cette connotation, certains ouvrages utilisent des mots tels qu'"exportateur principal" ou "exportateur occidental", ou encore "importateur du pays en développement".

22. [17] Le Guide juridique n'établit pas de distinction fondée sur des considérations économiques ou régionales. En effet, il traite des échanges compensés tant intrarégionaux qu'interrégionaux. Ainsi, les distinctions faites dans les études des échanges compensés interrégionaux, dans lesquelles les questions tendent à être traitées avant tout du point de vue de l'une des parties, ne seraient pas appropriées ici, car le Guide juridique a pour objet d'aider les deux parties, quels que soient leur position ou leurs antécédents économiques. En outre, des mots fondés sur l'échelonnement de la conclusion des contrats sont mieux adaptés car, aux fins de l'examen du rôle contractuel et des intérêts des parties, l'essentiel est de déterminer si la partie a déjà vendu ses marchandises et a promis d'acheter des marchandises auprès de l'autre partie, ou si la partie ayant acheté des marchandises n'a pas encore vendu ses propres marchandises.

3. *L'opération d'échanges compensés et ses composants [titre modifié]*

23. [23] *Opération d'échanges compensés*. Ce terme est utilisé pour désigner l'ensemble de l'arrangement d'échanges compensés englobant les contrats de fourniture connexes *dans les deux directions* et tout accord d'échanges compensés. *Les mots "accord d'échanges compensés" et "contrat de fourniture" sont expliqués ci-après.*

24. [19] *Accord d'échanges compensés. Le terme "accord d'échanges compensés" est le terme utilisé dans le Guide juridique pour désigner l'accord de base qui énonce la manière dont l'opération d'échanges compensés sera exécutée.* Dans la pratique, *les accords énonçant de telles conditions reçoivent* des noms divers : "accord cadre", "protocole d'échanges compensés", "mémorandum d'accord", "lettre d'engagement" ou "accord de contre-achat". *Dans de nombreuses opérations d'échanges compensés, le principal objet de l'accord d'échanges compensés est d'énoncer* l'engagement pris par les parties de conclure les contrats requis pour atteindre les buts de l'opération ("engagement d'échanges compensés", voir *le paragraphe suivant*). Outre l'engagement d'échanges compensés, l'accord d'échanges compensés comporte en général *des dispositions traitant des conditions du contrat à conclure et des dispositions visant à promouvoir l'exécution de l'engagement d'échanges compensés; ces dispositions peuvent traiter de* questions telles que le type, la qualité et la quantité des marchandises, leur prix, le délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés, le paiement, les restrictions à la vente des marchandises, la participation de tiers à l'opération, les dommages-intérêts spécifiés ou les pénalités, la garantie de bonne exécution, *la non-exécution de l'opération d'échanges compensés*, le choix de la loi applicable et le règlement des litiges. L'accord d'échanges compensés peut constituer un instrument distinct ou peut être inclus dans un contrat de fourniture de marchandises. Lorsque les parties conviennent simultanément des conditions régissant la fourniture de toutes les marchandises dans les deux directions, l'accord d'échanges compensés contient en général une disposition établissant le lien entre les accords conclus et peut-être d'autres dispositions, mais ne comporte pas d'engagement d'échanges compensés.

25. [20] *Engagement d'échanges compensés.* Ce terme est utilisé pour désigner l'engagement pris par les parties de conclure ultérieurement un ou plusieurs contrats. Selon le cas, ces futurs contrats peuvent ne porter que sur l'expédition de marchandises dans une direction ou englober les expéditions dans les deux directions. Le degré de certitude de l'engagement d'échanges compensés est fonction de la mesure dans laquelle l'accord d'échanges compensés spécifie le détail des dispositions des futurs contrats.

26. [22] *Contrats de fourniture. Ce terme est le terme générique utilisé pour désigner les contrats de fourniture de marchandises dans l'une ou l'autre direction. Il peut être utilisé lorsqu'il n'existe aucun critère précis permettant d'établir une distinction entre "l'exportateur" et "l'importateur", lorsqu'il n'est pas nécessaire de tenir compte de l'ordre dans lequel les contrats seront conclus entre les parties, ou lorsque le contexte exige que l'on fasse en général référence à un contrat de fourniture de marchandises dans l'une ou l'autre direction.*

27. [21] *Contrat* d'*exportation*, d'*importation*, de *contre-exportation* et de *contre-importation. Lorsque le Guide juridique traite des opérations dans lesquelles les parties peuvent être désignées comme "exportateurs", "importateurs", "contre-exportateurs" ou "contre-importateurs" (voir ci-dessus les paragraphes 19 et 20), les contrats de fourniture constitutifs de l'opération* sont désignés par des appellations conformes aux noms des parties, c'est-à-dire contrat d'"exportation" ou d'"importation" pour le premier contrat conclu et contrat de "contre-exportation" ou de "contre-importation" pour le contrat conclu ultérieurement. Ces termes peuvent être utilisés au singulier, même s'il peut y avoir plusieurs contrats de chaque côté de l'opération.

28. [*Nouveau paragraphe*] *Marchandises.* L'opération peut porter sur divers types de biens (produits manufacturés ou matières premières), de services (tels que maintenance, réparation, transport, construction, services touristiques, services consultatifs, formation), de transferts de technologie, ou, dans certains cas, sur une combinaison de ces éléments. Comme il est indiqué ci-dessus au paragraphe 2, le Guide juridique n'utilise en général, dans un souci de simplicité, que le mot "marchandises" pour désigner l'objet des opérations d'échanges compensés.

[A/CN.9/362/Add.3]

III. APPROCHE CONTRACTUELLE

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Structure de l'opération d'échanges compensés	1-23
1. Contrat unique	2-10
a) Contrat de troc	3-8
b) Contrat fusionné	9-10
2. Contrats séparés de fournitures	11-23
a) Conclusion simultanée du contrat d'exportation et de l'accord d'échanges compensés	13-19
b) Conclusion de l'accord d'échanges compensés avant la conclusion des contrats de fourniture	20-21
c) Conclusion simultanée du contrat d'exportation, du contrat de contre-exportation et de l'accord d'échanges compensés	22-23

B. Teneur de l'accord d'échanges compensés 24-42
1. Accord d'échanges compensés énonçant un engagement d'échanges compensés 29-39
2. Accord d'échanges compensés sans engagement d'échanges compensés .. 40-42
C. Questions d'assurance et de financement 43-55

[*Note des rédacteurs*. Le présent projet de chapitre III est le fruit d'une révision du projet de chapitre III portant le même titre qui figure dans le document A/CN.9/332/Add.2. On trouve placé entre crochets au début de chaque paragraphe soit le numéro que portait ce paragraphe dans le document A/CN.9/332/Add.2, soit la mention "nouveau paragraphe". Les parties révisées des paragraphes figurant dans le document A/CN.9/332/Add.2 sont en italique. Les parties du texte qui ont été supprimées sans être remplacées sont indiquées par un astérisque. La section C est entièrement nouvelle.]

A. Structure de l'opération d'échanges compensés [changement d'intitulé]

1. [1] Les parties doivent en premier lieu régler une question : quelle sera la structure contractuelle de l'opération d'échanges compensés ? Elles peuvent regrouper en un seul contrat les obligations liées aux expéditions de marchandises dans les deux directions ou les *énoncer* dans des contrats séparés. (*La structure de l'opération d'échanges compensés et les questions connexes d'assurance et de financement sont traitées aux paragraphes 8 et 9 et à la section C.*)

1. Contrat unique

2. [2] Dans l'approche du contrat unique, les parties concluent un contrat couvrant la *fourniture* de marchandises dans les deux directions. Ce contrat unique peut prendre la forme d'un contrat de troc (*voir ci-après les paragraphes 3 à 8*) ou celle d'un contrat "fusionné" (*voir plus loin les paragraphes 9 et 10*)*.

a) *Contrat de troc*

3. [3] Comme il est noté au paragraphe 14 du chapitre II intitulé "Portée et terminologie du Guide juridique", le Guide utilise le terme "troc" dans son sens juridique strict pour désigner une opération prévoyant un véritable échange de marchandises, l'expédition de marchandises dans une direction remplaçant entièrement ou partiellement le paiement pécuniaire des marchandises provenant de l'autre direction. Dans un contrat de troc, il n'est pas nécessaire d'énoncer un engagement d'échanges compensés puisque les parties conviennent, dès le début de l'opération, de toutes les conditions contractuelles régissant les expéditions dans les deux directions. S'il est convenu que les marchandises à fournir dans une direction seront de la même valeur que les marchandises à fournir dans l'autre direction, aucun paiement pécuniaire ne sera nécessaire. S'il est convenu que les valeurs ne seront pas identiques, la différence pourra être réglée au moyen d'un paiement pécuniaire ou par la fourniture de marchandises supplémentaires. Les parties sont libres d'indiquer ou non la valeur pécuniaire des marchandises. Si elles le font, l'attribution d'un prix aux marchandises permet de comparer la valeur des fournitures. Elles sont parfois tenues d'indiquer la valeur pécuniaire des expéditions en raison de règlements douaniers ou d'autres règles administratives.

[5]*

4. [7] Dans un contrat de troc, la *quantité* des marchandises à expédier dans une direction est souvent en fonction de la *quantité* des marchandises à expédier dans l'autre direction, plutôt que du prix du marché de chaque expédition. L'absence de prix dans un contrat de troc ou l'utilisation de prix ne reflétant pas les prix du marché risque de poser des problèmes lorsque des marchandises non conformes sont livrées. Si, dans un tel cas, une compensation pécuniaire est considérée comme le dédommagement approprié, l'absence dans le contrat de référence au prix du marché, ou à quelque prix que ce soit, risque de conduire à des désaccords sur le montant du dédommagement *dû*. La stipulation d'un prix autre que le prix du marché risque également de poser des problèmes pour le calcul des droits de douane, lorsque ces derniers sont fondés sur le prix des marchandises sur le marché.

5. [4] L'une des principales raisons de recourir au troc tient au fait que cette méthode permet l'élimination, totale ou partielle, des transferts de devises. On notera, toutefois, que l'on peut également se passer de tels transferts en utilisant d'autres formes contractuelles, les parties pouvant conclure des contrats de vente séparés dans chaque direction et convenir d'une compensation de leurs créances *en vertu du contrat* (la compensation des créances réciproques est traitée au chapitre IX intitulé : "Paiement", paragraphes ___ à ___).

6. [6] *Dans un contrat de troc, on s'expose au risque que la partie qui a expédié des marchandises ne reçoive pas de l'autre partie les marchandises dont les deux parties sont convenues*. Dans le troc, on ne peut pas recourir à la méthode du paiement contre présentation de documents d'expédition ou à l'ouverture d'une lettre de crédit documentaire, méthodes utilisées dans d'autres types de contrats *pour y couvrir un risque analogue*, car aucune des livraisons n'est payable en espèces. *L'une des méthodes qui permettrait de couvrir ce risque consisterait à convenir que les livraisons seront simultanées, à condition que les parties puissent, dans la pratique, coordonner leurs livraisons à cette fin. Une fois acquis le principe de la livraison simultanée, le contrat peut disposer que si l'une des parties n'est pas en mesure de livrer à temps, l'autre partie sera autorisée à différer le moment de la livraison, ou à résilier le contrat si le retard dépasse un délai donné. Le contrat pourrait en outre disposer que la partie qui n'a pas livré*

à la date convenue devra dédommager l'autre partie pour le préjudice résultant du retard ou de la résiliation du contrat. Les parties peuvent traiter au contrat de la question de savoir quels débours devront faire l'objet d'un dédommagement (par exemple, frais d'entreposage, frais liés au transport ou frais généraux forfaitaires).

7. [6] *On peut aussi couvrir le risque que l'autre partie n'expédiera pas les marchandises convenues* en prévoyant qu'une *garantie indépendante* assurera à la partie ayant expédié ses marchandises un dédommagement au cas où l'autre partie ne ferait pas de même (l'utilisation de *garanties* à cette fin est traitée au chapitre XII intitulé "Garantie de bonne exécution", paragraphes ___ et ___). *Si l'une des parties juge onéreuse la fourniture d'une telle garantie, ou qu'elle n'est pas en mesure de la fournir, on pourra convenir que cette partie doit livrer les marchandises en premier.* L'assurance pourrait être un autre moyen de limiter les risques qu'encourt la partie qui a expédié ses marchandises en premier et donc "prépayé" les marchandises que doit lui livrer ultérieurement l'autre partie (voir plus loin le paragraphe 52).

8. [*Nouveau paragraphe*] Si le droit qu'a une partie de recevoir des marchandises en échange de la livraison qu'elle a effectuée n'est pas suffisamment garanti, en particulier au moyen d'une garantie bancaire indépendante, ladite partie peut avoir des difficultés à trouver un financement pour l'opération d'échanges compensés auprès d'une banque ou d'un organisme public de crédit. L'entité avançant les fonds peut hésiter à le faire lorsque la rentabilité de l'opération et la capacité de remboursement de la partie sollicitant un prêt dépendent d'une obligation non garantie de livrer des marchandises de la qualité convenue.

b) *Contrat "fusionné"*

9. [8] L'expression "contrat fusionné" est utilisée pour décrire les cas où les *deux contrats, l'un pour la livraison de marchandises dans une direction et l'autre pour la livraison de marchandises dans l'autre direction, sont fusionnés en un contrat unique. Ce contrat fusionné énonce* toutes les conditions régissant les obligations des parties en ce qui concerne les expéditions mutuelles de marchandises et le paiement des marchandises reçues. *La différence entre un contrat de troc et un contrat fusionné est que, dans un contrat de troc, la livraison des marchandises dans une direction vaut paiement pour la livraison des marchandises dans l'autre direction alors que dans un contrat fusionné, chaque livraison de marchandises crée une obligation de paiement pécuniaire.* Si les parties conviennent de compenser leurs créances dans le cadre d'un contrat fusionné, la différence entre un contrat fusionné et un contrat de troc* *s'estompe dans la mesure où dans les deux cas aucun transfert d'argent n'est effectué car dans un contrat comme dans l'autre il n'y a pas transfert d'argent, ou il n'y a transfert que du solde des valeurs des livraisons effectuées dans les deux directions.* Comme dans le troc, il n'est pas nécessaire que le contrat fusionné énonce un engagement d'échanges compensés, puisque les livraisons à effectuer dans les deux directions sont régies par des dispositions contractuelles précises.

10. [9] *Il semble que de nombreux systèmes juridiques tendent à accorder de l'importance au fusionnement des obligations mutuelles lorsqu'il s'agit de déterminer le degré d'interdépendance des obligations contractuelles de livraison de marchandises dans les deux directions. *A moins que les parties n'aient stipulé au contrat que certaines obligations concernant la livraison dans une direction devront être exécutées indépendamment de toute inexécution d'une obligation concernant la livraison dans l'autre direction,* les obligations mutuelles seront sans doute considérées comme interdépendantes. *La conséquence d'une telle interdépendance serait que l'inexécution d'une obligation, à savoir* la non-livraison, le refus de prendre possession ou le non-paiement d'une expédition dans une direction *pourrait* être invoquée pour justifier une suspension ou un refus d'exécution des obligations dans l'autre direction. En outre, la résiliation d'une obligation dans une direction, qu'une partie en soit ou non responsable, pourrait être interprétée comme habilitant les parties à résilier l'obligation dans l'autre direction. (*Cette interdépendance des obligations peut avoir une incidence sur la capacité d'une partie à assurer la créance née de la livraison de marchandises et à trouver un financement pour cette livraison; voir plus loin le paragraphe 51*). Si les parties recourant à la méthode du contrat fusionné souhaitent que l'obligation d'expédier les marchandises dans une direction et l'obligation de paiement correspondante soient indépendantes des obligations liées à l'expédition de marchandises dans l'autre direction, il leur faut énoncer des dispositions à cet effet qui soient dénuées de toute ambiguïté. *L'interdépendance possible du contrat d'exportation et de l'accord d'échanges compensés est traitée plus loin aux paragraphes 17 à 19.* On trouvera *aux paragraphes* ___ *à* ___ du chapitre XIII intitulé "*Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés*" un examen plus détaillé de la question de l'interdépendance des obligations.

2. *Contrats séparés de fournitures* [changement d'intitulé]

11. [10] Lorsque les parties concluent des contrats séparés pour les expéditions dans les deux directions, elles utilisent généralement l'une des approches suivantes :

a) Le contrat d'exportation et l'accord d'échanges compensés sont conclus simultanément et le contrat de contre-exportation est conclu ultérieurement;

b) L'accord d'échanges compensés est conclu avant la conclusion de tout contrat de fourniture;

c) Les différents contrats de fourniture portant sur les expéditions dans chaque direction et l'accord d'échanges compensés établissant une relation entre eux sont conclus simultanément.

12. [11] L'obligation d'expédier des marchandises dans une direction donnée, dans le cadre d'une opération d'échanges compensés, peut faire l'objet de deux contrats différents ou plus, pouvant mettre en jeu des acheteurs et des vendeurs différents. Si une telle situation a des incidences sur la structure contractuelle d'une opération donnée, elle n'en a pas sur la manière dont cette question est traitée au présent chapitre. C'est pour cette raison qu'il

y est fait référence au singulier au contrat de fourniture et au contrat d'exportation ou de contre-exportation, mais le Guide couvre également les cas où plusieurs contrats sont conclus pour l'expédition de marchandises dans une direction donnée.

a) *Conclusion simultanée du contrat d'exportation et de l'accord d'échanges compensés*

13. [12] Les parties concluent souvent un contrat d'expédition dans une direction (contrat d'exportation) avant de pouvoir s'accorder sur le contrat relatif aux expéditions dans l'autre direction (contrat de contre-exportation). Lorsqu'elles utilisent cette approche contractuelle, elles doivent parfois régler diverses questions propres aux échanges compensés. Afin de garantir la conclusion du contrat de contre-exportation, les parties concluent, en même temps que le contrat d'exportation, un accord d'échanges compensés consacrant un engagement de conclure le contrat de contre-exportation. En pareil cas, l'accord d'échanges compensés a principalement pour objet à la fois d'énoncer l'engagement d'échanges compensés et de tracer les grandes lignes des contrats futurs et de mettre en place des procédures de conclusion et d'exécution des contrats de fourniture. Les questions qui peuvent être traitées dans le cadre d'un tel accord d'échanges compensés sont énumérées aux paragraphes *29 à 33* ci-après.

14. [13] La teneur de l'accord d'échanges compensés sera fonction de la mesure dans laquelle les parties seront à même de définir les conditions du contrat futur. Il est bon que l'accord d'échanges compensés soit aussi précis que possible en ce qui concerne les conditions du contrat futur, notamment le type, la qualité, la quantité et le prix des marchandises faisant l'objet de l'échange compensé, afin que l'engagement d'échanges compensés ait le plus de chances d'être tenu. Lorsque les parties ne sont pas à même de déterminer les conditions du contrat de contre-exportation dans l'accord d'échanges compensés, il leur est conseillé d'énoncer des directives en application desquelles lesdites conditions seront convenues et *d'arrêter* des procédures de négociation (les questions touchant le degré de précision de l'engagement d'échanges compensés sont traitées aux paragraphes *38 à 60* du *chapitre IV*). *En tout état de cause, il est bon de convenir dans l'accord d'échanges compensés du délai dans lequel l'engagement d'échanges compensés doit être tenu (voir les paragraphes 7 à 20 du chapitre IV).*

15. [14] La teneur de l'accord d'échanges compensés sera également fonction du degré d'intérêt que portent les parties aux expéditions dans l'une ou l'autre direction. Souvent, l'exportateur souhaite surtout conclure le contrat d'exportation et, s'il accepte l'engagement d'échanges compensés, c'est d'abord pour obtenir le contrat d'exportation. Dans d'autres cas, l'importateur achète des marchandises à l'exportateur afin que ce dernier puisse financer la contre-importation. Dans d'autres cas encore, chaque partie souhaite vivement obtenir les marchandises offertes par l'autre partie. Les intérêts des parties étant très variables, la teneur de l'accord d'échanges compensés variera selon les cas en ce qui concerne les questions telles que la sanction de la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés, les mécanismes de paiement, les procédures de conclusion du contrat futur et le contrôle de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, ainsi que l'interdépendance des obligations.

16. [15] Dans les opérations de contre-achat, d'achat en retour ou de compensation industrielle, il n'est pas rare que soient conclus simultanément un contrat d'exportation et un accord d'échanges compensés. Dans les opérations de contre-achat, il arrive que les parties ne sachent pas quel type de marchandises seront contre-exportées. Dans les opérations d'achat en retour, elles ne seront peut-être pas à même de convenir de conditions telles que le prix ou la quantité, en raison du long délai qui s'écoule entre la conclusion du contrat d'exportation de l'installation de production et le commencement de la fabrication des produits dans cette installation. Dans les opérations de compensation industrielle, il arrive que les parties ne sachent pas quelles sortes de marchandises feront l'objet de la contre-exportation ou ne connaissent pas l'identité des contre-exportateurs.

17. [16] Dans le cadre de cette approche actuelle, on doit se demander s'il faut inclure les conditions de l'accord d'échanges compensés dans le contrat à l'exportation, ou si ces conditions doivent faire l'objet d'un instrument séparé. La solution retenue par les parties pourra avoir des incidences sur la mesure dans laquelle les obligations énoncées dans le contrat d'exportation et celles énoncées dans l'accord d'échanges compensés seront considérées comme interdépendantes. S'il y a interdépendance, un retard dans l'exécution ou l'inexécution de l'engagement d'échanges compensés pourront donner à l'importateur un motif pour suspendre le paiement des montants dus au titre du contrat d'exportation ou pour déduire de ce montant des dommages-intérêts correspondants. De même, l'exportateur pourra considérer un retard de paiement dans le cadre du contrat d'exportation comme un motif de report de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. En outre, un retard de paiement dans le cadre du contrat de contre-exportation pourra inciter l'importateur à retarder le paiement dû au titre du contrat d'exportation. (*Cette interdépendance des obligations peut avoir une incidence sur la capacité de l'exportateur à assurer sa créance au titre du contrat d'exportation et à obtenir un financement; voir plus loin les paragraphes 51 et 53.*)

18. [17] Si le *contrat d'exportation* et *l'accord* d'échanges compensés font l'objet *d'instruments contractuels* séparés, les deux ensembles d'obligations seront vraisemblablement considérés comme indépendants par de nombreux systèmes juridiques à moins que des dispositions contractuelles précises n'en établissent l'interdépendance. Dans d'autres systèmes juridiques, le contrat d'exportation et l'accord d'échanges compensés pourront, malgré le recours à des *instruments* séparés, être considérés comme interdépendants au motif que les obligations des parties énoncées dans les deux *instruments* s'inscrivent dans une opération unique. Lorsque les parties souhaitent éviter qu'il y ait interdépendance des obligations du contrat d'exportation et de l'accord d'échanges compensés, ou lorsqu'elles souhaitent restreindre l'interdépendance à des obligations données, il leur est recommandé de formuler le contrat d'exportation et l'accord d'échanges compensés

dans des instruments séparés. Lorsque, malgré la conclusion d'*instruments* séparés, il n'apparaît pas clairement que les obligations énoncées dans le contrat d'exportation et les obligations stipulées dans l'accord d'échanges compensés seront considérées comme indépendantes, il est bon que l'indépendance *des deux ensembles* d'obligations soit clairement exprimée dans l'accord d'échanges compensés.

19. [18] Les parties voudront peut-être établir, par des clauses contractuelles expresses, un lien entre certaines obligations découlant du contrat d'exportation et de l'accord d'échanges compensés, tout en préservant l'indépendance d'autres obligations. Les parties pourront, par exemple, convenir que* la résiliation du contrat d'exportation autorise l'exportateur à résilier l'accord d'échanges compensés et que l'inexécution de l'engagement d'échanges compensés par le contre-importateur habilite le contre-exportateur à déduire un montant convenu, à titre de dommages-intérêts spécifiés ou de pénalités, des paiements dus en vertu du contrat d'exportation. La question de l'interdépendance des obligations est traitée plus en détail au chapitre XIII intitulé *"Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés", paragraphes ___ à ___.*

b) *Conclusion de l'accord d'échanges compensés avant la conclusion des contrats de fourniture*

20. [19] La conclusion d'un accord d'échanges compensés peut être la première étape de l'opération, avant la conclusion de tout contrat de fourniture dans l'une ou l'autre direction. Dans ce cas, l'accord d'échanges compensés a pour objet d'exprimer l'engagement des parties à conclure des contrats de fourniture dans les deux directions et d'énoncer des procédures pour la conclusion et l'exécution desdits contrats.

21. [19] Afin que les expéditions dans les deux directions puissent atteindre le niveau souhaité, il est bon que l'accord d'échanges compensés soit aussi précis que possible en ce qui concerne les conditions des contrats à conclure dans les deux directions. (*Voir le chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 38 à 60*). Les parties voudront peut-être aussi établir des mécanismes de contrôle et d'enregistrement des *progrès accomplis vers la réalisation du niveau d'échange convenu* (*chap. IV, par. 61 à 74*) et prévoir des sanctions au cas où l'engagement d'échanges compensés ne serait pas tenu (*chap. XI, "Dommages-intérêts spécifiés et pénalités" et chap. XII, "Garantie de bonne exécution"*). De telles sanctions pourront se révéler moins nécessaires si les parties conviennent que leurs créances réciproques feront l'objet d'une compensation, plutôt que d'être honorées séparément (voir le chapitre IX : "Paiement", paragraphes ___ à ___). Un tel mécanisme de paiement inciterait chacune des parties à commander des marchandises auprès de l'autre et permettrait ainsi d'atteindre le niveau d'échanges envisagé dans l'accord d'échanges compensés. En effet, la partie qui a expédié des marchandises et a donc un excédent commercial sera incitée à commander des marchandises à l'autre partie afin d'en recevoir compensation pour ses propres fournitures. *En outre, les parties souhaiteront peut-être traiter dans le cadre de l'accord d'échanges compensés la question de l'indépendance des contrats dans les deux directions (voir le chapitre XIII, par. ___).* Ces questions, et les autres questions que les parties voudront peut-être traiter dans le cadre d'un accord d'échanges compensés conclu avant tout contrat de fourniture, sont examinées aux paragraphes *29 à 39* ci-après.

c) *Conclusion simultanée du contrat d'exportation, du contrat de contre-exportation et de l'accord d'échanges compensés*

22. [20] Lorsque les parties concluent simultanément un contrat de fourniture de marchandises dans une direction et un autre contrat de fourniture dans l'autre direction et qu'il ne ressort pas desdits contrats qu'il y a un lien entre eux, ceux-ci seront considérés à priori comme indépendants l'un de l'autre, même si une partie ou les deux parties considèrent la conclusion d'un des contrats comme une condition de la conclusion de l'autre. Toutefois, lorsque les parties souhaitent stipuler contractuellement que la conclusion d'un contrat sera fonction de la conclusion de l'autre, c'est-à-dire lorsqu'elles souhaitent que les contrats dans les deux directions s'inscrivent dans le cadre d'une opération d'échanges compensés, elles devront conclure un accord d'échanges compensés concrétisant ce lien.

23. [21] Une telle approche contractuelle suscite peu de problèmes, car elle ne nécessite pas d'engagement d'échanges compensés. Le principal problème qui se pose est la manière dont les obligations des parties touchant les expéditions dans les deux directions seront liées entre elles par des dispositions de l'accord d'échanges compensés. Il n'est pas nécessaire de traiter dans ledit accord diverses questions touchant l'exécution de l'engagement d'échanges compensés (notamment le type, la qualité, la quantité ou le prix des marchandises à échanger, le calendrier d'exécution de l'engagement d'échanges compensés, la garantie de bonne exécution ou les dommages-intérêts spécifiés ou pénalités garantissant cet engagement). Les questions que les parties voudront peut-être traiter dans un accord d'échanges compensés conclu en même temps que les contrats de fourniture dans les deux directions sont énoncées plus loin aux paragraphes *40 à 42*.

B. Teneur de l'accord d'échanges compensés

24. [*Nouveau paragraphe*] Les questions revêtant une importance particulière pour la structure et la mise en œuvre des opérations d'échanges compensés sont traitées dans l'accord d'échanges compensés. Le Guide juridique est axé sur les questions qui doivent être traitées dans l'accord d'échanges compensés, mais, si besoin est, référence y est faite à l'incorporation au contrat de fourniture d'une disposition traduisant le fait que ce contrat fait partie de l'opération d'échanges compensés. On trouvera aux sous-sections 1 et 2 ci-après un aperçu de ce qui pourrait figurer dans un accord d'échanges compensés, selon que ledit accord comporte ou non un engagement d'échanges compensés.

25. [*Nouveau paragraphe*] On utilise l'accord d'échanges compensés comportant un engagement d'échanges

compensés lorsque les parties envisagent de conclure ultérieurement un ou plusieurs contrats de contre-exportation, ou lorsqu'elles envisagent de conclure ultérieurement des contrats de fourniture dans les deux directions (cas *a* et *b* visés plus haut au paragraphe 11). On utilise l'accord d'échanges compensés sans engagement d'échanges compensés lorsque les parties ont conclu, d'emblée, des contrats de fourniture de marchandises dans les deux directions et qu'un engagement d'échanges compensés n'a plus lieu d'être (cas *c* visé plus haut au paragraphe 11).

26. [*Nouveau paragraphe*] La teneur d'un accord d'échanges compensés comportant un engagement d'échanges compensés est généralement plus complexe et donne lieu à davantage de négociations et de difficultés de rédaction qu'un accord d'échanges compensés ne comportant pas d'engagement d'échanges compensés. Cette complexité et cette difficulté accrues s'expliquent par le fait que les parties, lorsqu'elles s'engagent à conclure ultérieurement un contrat de fourniture, ne sont généralement pas en mesure d'énoncer, avec suffisamment de précision, toutes les conditions de ce contrat futur. Cette absence de précision rend parfois difficile l'élaboration par les parties d'un accord d'échanges compensés apportant des garanties suffisantes que les négociations en vue de la conclusion d'un contrat de fourniture contenant des conditions acceptables pour les deux parties aboutiront. La question de la précision de l'engagement d'échanges compensés est traitée aux paragraphes 38 à 60 du chapitre IV.

27. [*Paragraphe établi à partir du paragraphe 26 du projet de chapitre II (A/CN.9/332/Add.1)*] Certaines des questions énumérées ci-après et traitées dans les chapitres suivants du Guide juridique sont essentielles pour la mise en place d'une opération d'échanges compensés comportant un engagement d'échanges compensés. Par exemple, les parties devront choisir une approche contractuelle, exprimer leur engagement à effectuer des opérations commerciales réciproques et spécifier l'ampleur de cet engagement et le délai dans lequel il devra être tenu.

28. [*Paragraphe établi sur la base du paragraphe 26 du projet de chapitre II, A/CN.9/332/Add.1*] Les solutions apportées à certaines autres questions énumérées ci-après traitées dans le Guide juridique ne sont peut-être pas essentielles, mais elles contribueront à assurer la bonne marche de l'opération. Les parties devront déterminer dans quelle mesure les solutions contractuelles examinées dans le Guide juridique s'appliquent à leur cas particulier. En règle générale, il est souhaitable d'indiquer dans l'accord d'échanges compensés quels sont les problèmes que les parties jugent importants car il est peu probable que les législations nationales comportent des dispositions applicables aux questions propres aux échanges compensés.

1. Accord d'échanges compensés énonçant un engagement d'échanges compensés

29. [22] *Engagement d'échanges compensés.* L'engagement d'échanges compensés a pour caractéristique essentielle d'énoncer que les parties s'engagent à * conclure un ou plusieurs contrats de fourniture *dans une direction ou dans les deux.* Afin que cet engagement soit aussi précis que possible *et qu'il ait davantage de chances d'être tenu,* les parties incorporent souvent à l'accord des dispositions concernant les conditions du contrat ultérieur*, des sanctions en cas de non-conclusion du contrat de *fourniture,* et d'autres dispositions permettant d'assurer la bonne marche de l'opération. *Divers aspects de l'engagement d'échanges compensés sont traités au chapitre IV.*

30. [23] *Type, qualité et quantité des marchandises.* Pour que l'engagement d'échanges compensés ait de bonnes chances d'être tenu, il est particulièrement important que l'accord d'échanges compensés soit aussi précis que possible quant au type, à la qualité et à la quantité des marchandises à échanger. Les dispositions traitant de ces questions sont examinées au chapitre VI.

31. [24] *Prix des marchandises.* Les parties n'étant en général pas à même de fixer le prix des marchandises à échanger au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, elles peuvent établir des directives et procédures permettant de le fixer à une date ultérieure. Ainsi, il est possible d'éviter des retards dans la conclusion des contrats de fourniture et de fixer les prix avec une certaine souplesse dans le cadre d'opérations d'échanges compensés à long terme. Les questions relatives aux clauses de fixation des prix sont traitées au chapitre VII.

[25] *

32. [26] *Participation de tiers.* Les parties voudront peut-être faire participer des tiers, soit en tant que fournisseurs ou acheteurs des marchandises échangées, soit pour jouer ces deux rôles. Dans ces cas, *il est souhaitable que* l'accord d'échanges compensés comporte des dispositions régissant la participation de tiers. Elles pourront indiquer la manière dont ces tiers seront choisis, *déterminer s'ils doivent être liés par l'engagement d'échanges compensés* et préciser les incidences juridiques de la participation de tiers à l'exécution des obligations acceptées par les parties à l'accord. Les questions devant être traitées dans l'accord d'échanges compensés et touchant la participation de tiers sont examinées au chapitre VIII.

33. [27] *Paiement.* Lorsque les paiements relatifs aux expéditions dans chaque direction sont indépendants les uns des autres, aucune question propre aux échanges compensés ne se pose en la matière. Toutefois, lorsque les parties souhaitent lier ces paiements, de sorte que les montants provenant du contrat exécuté dans une direction soient utilisés pour payer le contrat exécuté dans l'autre direction, elles devront inclure dans l'accord d'échanges compensés des dispositions indiquant de quelle manière ces paiements seront liés. Le chapitre IX traite des aspects contractuels des divers mécanismes permettant de lier les paiements.

34. [28] *Restrictions à la revente des marchandises.* La liberté qu'a une partie de revendre les marchandises achetées dans le cas d'une opération d'échanges compensés peut parfois être restreinte par un contrat conclu entre le fournisseur et l'acheteur. *L'acheteur peut se voir imposer des restrictions visant, par exemple, le territoire de revente, le prix de revente ou le conditionnement.* Les clauses des accords d'échanges compensés concernant ces

restrictions *à la revente, ainsi que la question de la légalité de telles clauses,* sont traitées au chapitre X.

35. [29] *Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales.* Afin de limiter les différends quant au montant des dommages-intérêts à payer en cas d'inexécution de l'engagement d'échanges compensés, l'accord peut énoncer une somme d'argent, *soit comme dommages-intérêts spécifiés, soit comme pénalité,* qui sera due par une partie en cas d'inexécution de l'engagement d'achat ou de fourniture de marchandises. L'utilisation de telles clauses dans un accord d'échanges compensés est traitée au chapitre XI. *Au paragraphe ___ de ce chapitre, il est indiqué que l'application d'une pénalité, contrairement aux dommages-intérêts spécifiés, n'est pas autorisée dans un certain nombre de systèmes juridiques.*

36. [30] *Garantie de bonne exécution.* Les parties peuvent recourir à des garanties pour assurer l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, ainsi que la bonne exécution des différents contrats de fourniture conclus conformément à cet engagement. L'utilisation de garanties pour assurer l'exécution de l'engagement ou l'obligation de payer en vertu d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale soulève des questions qui doivent être traitées dans l'accord d'échanges compensés. Dans les opérations dans lesquelles les parties limitent les paiements en espèces en échangeant des marchandises contre des marchandises, ou en compensant des créances mutuelles, l'accord d'échanges compensés peut prévoir l'utilisation de garanties pour assurer la liquidation de tout déséquilibre dans les échanges. Les questions que doit traiter l'accord lorsque les parties souhaitent recourir à des garanties pour assurer l'exécution de l'engagement d'échanges compensés et la liquidation d'un déséquilibre des échanges sont examinés au chapitre XII.

37. [31] *Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés. Les parties voudront peut-être traiter dans l'accord d'échanges compensés de diverses questions touchant l'éventualité d'un non-achèvement de l'opération d'échanges compensés. Parmi ces questions figure la possibilité pour une partie d'être libérée des obligations qui lui incombent en vertu de l'engagement d'échanges compensés, la compensation pécuniaire, les empêchements exonératoires et l'interdépendance des obligations.* Les dispositions de ce type sont traitées au chapitre XIII.

38. [32] *Choix de la loi applicable. Il est souhaitable que les parties* conviennent de la loi qui sera applicable à l'accord d'échanges compensés *et* aux contrats de fourniture. Les dispositions de cet ordre sont traitées au chapitre XIV.

39. [33] *Règlement des litiges. Il est souhaitable que les parties traitent dans l'accord d'échanges compensés de la manière dont les litiges seront réglés.* Le chapitre XV traite des questions à examiner lors de l'élaboration d'une clause de règlement des litiges.

2. *Accord d'échanges compensés sans engagement d'échanges compensés*

40. [34] Lorsque les parties concluent simultanément des contrats séparés pour la totalité des fournitures de marchandises dans les deux directions, il n'est pas nécessaire que l'accord d'échanges compensés contienne soit un engagement à conclure des contrats futurs, soit des clauses relatives au type, à la qualité, à la quantité ou au prix des marchandises, aux dommages-intérêts spécifiés ou aux pénalités à payer en cas de non-conclusion des contrats de fourniture, ou aux garanties dont est assorti l'engagement d'échanges compensés.

41. [35] L'objet essentiel de l'accord d'échanges compensés dans un tel cas est d'établir un lien entre les contrats dans les deux directions, c'est-à-dire que la conclusion d'un contrat dans une direction est fonction de la conclusion d'un contrat dans l'autre direction. L'accord d'échanges compensés peut disposer qu'un problème dans l'exécution d'un contrat aura des incidences sur l'obligation de s'acquitter d'engagements contractuels dans l'autre direction (les clauses établissant un lien de ce type sont traitées au chapitre XIII). Les parties peuvent également établir un lien entre les contrats en structurant les paiements au titre des deux contrats, de sorte que les montants provenant d'une expédition dans une direction soient utilisés pour payer l'expédition dans l'autre direction. Les mécanismes permettant d'établir des liens de ce type sont traités au chapitre IX.

42. [36] Enfin, l'accord d'échanges compensés peut traiter de questions telles que les restrictions à la revente des marchandises de compensation (chap. X), la participation de tiers à l'opération d'échanges compensés (chap. VIII), le choix de la loi applicable (chap. XIV) et le règlement des litiges (chap. XV).

C. Questions d'assurance et de financement

[*Note des rédacteurs.* La section C est entièrement nouvelle.]

43. Les critères et procédures liés à l'obtention d'une assurance-crédit à l'exportation ou d'un financement sont en grande partie les mêmes pour un contrat faisant partie d'une opération d'échanges compensés que pour une opération d'exportation classique. Aussi le Guide juridique ne traite-t-il pas de manière approfondie de l'assurance-crédit à l'exportation et du financement. Toutefois, dans la mesure où les questions d'assurance-crédit et de financement ont une incidence sur la structure des opérations d'échanges compensés, ces questions sont examinées dans la présente sous-section.

44. Dans de nombreux pays, l'exportateur de biens, de services ou de technologie peut s'assurer contre le risque que la créance née de l'exportation ne sera pas honorée. Dans certains pays, ces mécanismes d'assurance sont gérés ou financés par des organismes publics. En outre, de nombreuses compagnies d'assurance privées assurent ces risques. La couverture commence généralement lorsque l'exportateur expédie les marchandises. Lorsque l'exportateur doit fabriquer des marchandises conçues expressément pour l'acheteur, certains assureurs sont parfois disposés à couvrir le risque que l'acheteur ne prenne pas livraison des marchandises lorsqu'elles ont été fabriquées et sont prêtes à être livrées.

45. Parmi les risques commerciaux assurables, on citera l'insolvabilité de l'importateur, la dénonciation par l'importateur du contrat avant l'expédition des marchandises et le refus de l'importateur de prendre possession des marchandises. Parmi les risques non commerciaux assurables, on citera les restrictions à l'importation imposées par l'Etat de l'importateur, le contrôle des changes mis en place dans le pays de l'importateur qui rend impossible le paiement ou l'utilisation de la monnaie convenue, le retrait de la licence d'importation, octroyée en bonne et due forme, un conflit armé ou une insurrection civile, ou une situation similaire dans le pays de l'acheteur, qui empêche l'exécution du contrat; enfin, diverses autres causes indépendantes de la volonté de l'exportateur et de l'importateur et résultant d'événements se produisant hors du pays de l'exportateur.

46. Il est possible de négocier un contrat d'assurance pour une opération donnée, ou, sur une base plus large, pour tous les contrats correspondant à un certain type de marchandises conclus pendant un délai donné par l'exportateur ou par un groupe d'exportateurs. Cette dernière approche, fondée sur le volume des échanges de marchandises, présente l'avantage de répartir le risque sur un certain nombre de contrats et, partant, de réduire la prime.

47. On notera que, en ce qui concerne l'assurance-crédit à l'exportation, un certain nombre de principes clefs s'appliquent qui s'apparentent aux principes généraux des assurances. On citera en particulier le principe qui veut que l'assurance-crédit à l'exportation soit un mécanisme de partage des risques. L'assureur n'assume généralement qu'une fraction du risque de non-paiement, le solde du risque incombant à l'exportateur assuré. La fraction assurable du risque est fonction du type de risque couvert et, si l'assureur est un organisme public, elle est fonction de la mesure dans laquelle l'Etat souhaite encourager les exportations. L'obligation pour l'exportateur d'informer l'assureur, du mieux qu'il le peut, de tous les faits pouvant avoir une incidence sur le degré de risque de non-paiement est un autre de ces principes. On citera aussi l'obligation pour l'exportateur assuré, de prendre toutes les mesures possibles pour veiller à ce que le contrat d'exportation de marchandises soit conclu en bonne et due forme et qu'il demeure valide et exécutable.

48. Autre principe encore : si l'exportateur n'honore pas la créance assurée ou si le caractère exécutoire de la créance devient incertain, l'exportateur doit prendre toutes les mesures requises pour réduire au minimum le préjudice et pour obtenir paiement ou faire exécuter la créance. L'assureur exigera alors, en règle générale, d'être informé de toute difficulté qui a pu se produire ou qui est imminente pour ce qui concerne le paiement dû au titre du contrat assuré. En outre, l'assureur exigera généralement d'être consulté à propos des mesures à prendre pour obtenir le paiement ou faire exécuter la créance, et il exigera d'être habilité à approuver certaines mesures. Le désir de l'assureur de fournir une couverture et le montant de la prime seront fonction de la sûreté dont l'importateur voudra bien assortir son obligation de paiement. Il pourra s'agir notamment d'une lettre de crédit documentaire irrévocable, d'une lettre de change ou un billet à ordre, l'un et l'autre garantis par un tiers, ou d'une garantie bancaire indépendante.

49. On peut assortir la créance assurée d'une sûreté dans une opération d'échanges compensés en liant la créance assurée à la créance née du contrat de fournitures dans l'autre direction. Ainsi qu'il est indiqué au paragraphe ___ du chapitre XIII intitulé "Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés", dans certaines opérations d'échanges compensés, il est convenu que si l'importateur n'effectue pas le paiement au titre du contrat d'exportation, l'exportateur est habilité à prendre possession des marchandises qui doivent être livrées par l'importateur (contre-exportateur) à l'exportateur (contre-importateur) et à les vendre. Le produit de la vente est utilisé pour couvrir la créance non réglée de l'exportateur. Un tel arrangement étant susceptible de réduire le risque de non-paiement au titre du contrat d'exportation, l'exportateur peut alors plus facilement obtenir une assurance et un financement pour le contrat d'exportation. Lorsqu'une banque a fourni le financement à l'exportateur, on peut convenir, afin de fournir une sûreté à la banque pour le financement accordé à l'exportateur, que la banque elle-même devra obtenir une sûreté sur les marchandises de contre-exportation.

50. Autre principe applicable à l'assurance-crédit à l'exportation : l'assureur doit être certain que dans les circonstances normales, à savoir lorsque l'exportateur s'acquitte des obligations qui lui incombent en vertu du contrat d'exportation, l'importateur n'aura pas de raison de refuser le paiement dû au titre du contrat d'exportation. Les assureurs veulent éviter les situations dans lesquelles le paiement en vertu du contrat assuré risque de devenir tributaire d'un événement extérieur au contrat assuré, événement qu'il leur est difficile d'analyser.

51. Ce principe s'applique lorsque le contrat d'exportation assuré fait partie d'une opération d'échanges compensés. La question peut se poser de savoir si l'obligation de payer née du contrat d'exportation est fonction uniquement de l'exécution du contrat d'exportation, ou si l'importateur peut suspendre ou retenir un paiement lorsque l'exportateur ne conclut pas ou n'exécute pas un contrat de fourniture dans l'autre direction. La possibilité d'une suspension ou d'une rétention du paiement, même si l'exportateur (contre-importateur) a affirmé que la raison de la non-conclusion ou de l'inexécution d'un contrat de contre-exportation échappait à son contrôle, est source de préoccupation. Par exemple, l'exportateur peut refuser de conclure un contrat de contre-exportation parce que la qualité ou le prix de la marchandise offerte en compensation n'est pas conforme à l'accord d'échanges compensés. Le risque d'un tel désaccord sur la responsabilité du non-respect de l'engagement d'échanges compensés est accru lorsque les parties à l'opération d'échanges compensés n'ont pas fait figurer dans l'accord d'échanges compensés les conditions précises du contrat à conclure (voir le paragraphe 39 du chapitre IV intitulé "Engagement d'échanges compensés"). Autre exemple : l'exportateur peut refuser de prendre livraison des marchandises de compensation si les marchandises offertes ne correspondent pas aux normes convenues de qualité. Afin d'éviter que la créance assurée ne soit remise en question en pareil cas, l'assureur exige généralement que des mesures soient prises pour dissocier la créance de tout désaccord concernant la conclusion ou l'exécution du contrat dans l'autre direction. On peut consacrer cette indépendance en utilisant des contrats

séparés et en dotant l'accord d'échanges compensés de dispositions précises indiquant que les obligations sont indépendantes les unes des autres (on se reportera aux paragraphes ___ à ___ du chapitre XIII intitulé "Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés" pour l'examen de la manière dont les parties peuvent souhaiter traiter dans l'accord d'échanges compensés du lien entre leurs obligations).

52. Dans un contrat de troc, la partie qui doit livrer les marchandises en premier court le risque que l'autre partie ne livre pas ses marchandises en retour (voir plus haut les paragraphes 6 et 7). Certains assureurs privés et certains assureurs publics sont parfois disposés à assurer ce risque. Le cas couvert par une telle assurance est généralement limité à la faillite de la partie qui n'a pas livré et à certains risques politiques tels que restrictions ou interdictions décrétées par les pouvoirs publics et qui empêchent l'exécution du contrat. Il peut être plus facile d'obtenir une assurance si l'autre partie assortit son obligation de livrer les marchandises d'une sûreté adéquate. Une telle sûreté peut être fournie sous la forme d'une garantie bancaire indépendante. Autre sûreté possible : une convention donnant à la partie qui a livré les marchandises le droit de prendre possession des marchandises à livrer dans l'autre direction (voir plus haut le paragraphe 49).

53. Les parties ont souvent besoin d'un financement pour pouvoir mener à bien l'opération d'échanges compensés. La capacité d'une partie à assurer son risque de contrepartie est un élément important pour l'établissement financier sollicité pour fournir le financement. Ce financement peut prendre la forme d'un crédit au fournisseur ou d'un crédit à l'acheteur.

54. En cas de crédit au fournisseur, l'exportateur remet les marchandises à l'importateur dans le cadre d'un arrangement de paiement différé et, pour permettre à l'exportateur de conclure un tel arrangement, une banque située dans le pays de l'exportateur lui octroie un financement. Ce financement peut prendre la forme d'un prêt à l'exportateur ou d'un engagement par la banque qu'elle achètera les lettres de change ou les billets à ordre signés par l'acheteur en faveur de l'exportateur. En achetant les lettres de change ou les billets à ordre, la banque, en tant qu'endossataire, devient le créancier de l'acheteur étranger. S'il n'y a pas escompte des lettres de change ou des billets à ordre, la banque peut exiger de l'exportateur qu'il lui cède la créance au titre du contrat d'exportation. Elle peut en outre exiger de l'exportateur qu'il lui cède le bénéfice de la police d'assurance-crédit. Une telle cession est souvent assortie d'un engagement pris par l'assureur selon lequel si l'acheteur ne paie pas dans le cadre du contrat d'exportation et que cette défaillance est couverte par la police d'assurance, l'assureur remboursera la banque. En devenant le bénéficiaire de la police d'assurance, la banque assume le risque que l'exportateur n'exécute pas le contrat d'exportation et que l'acheteur ne règle pas, légitimement, le contrat d'exportation. En pareil cas, la banque ne pourra se retourner que contre l'exportateur. La banque assume en outre le risque que le motif de la défaillance de l'acheteur soit un risque non couvert par la police d'assurance. Pour pouvoir renforcer la position de la banque et rendre plus aisée aux exportateurs l'obtention d'un financement, certaines compagnies d'assurance-crédit à l'exportation sont parfois disposées, contre une commission payable par l'exportateur, à émettre à l'intention de la banque octroyant un financement à l'exportateur une garantie inconditionnelle à l'appui de la créance de la banque sur l'exportateur.

55. Dans le cas d'un crédit à l'acheteur, l'exportateur s'arrange pour qu'une banque de son pays accorde un financement à l'importateur pour l'achat de ses marchandises. Le plus souvent, cette banque accorde un financement à une banque située dans le pays de l'importateur, laquelle, à son tour, accorde un financement à l'importateur. La banque du pays de l'exportateur reçoit de la compagnie d'assurance-crédit à l'exportation un engagement par lequel l'assureur accepte de la rembourser si l'acheteur, ou sa banque, ne rembourse pas le crédit. Un tel engagement est pris à la demande de l'exportateur et contre-paiement par l'exportateur d'une prime convenue. En cas de non-remboursement du crédit par l'acheteur ou sa banque, l'assureur qui a remboursé la banque ayant octroyé le crédit ne peut se retourner contre l'exportateur que si celui-ci ne s'est pas acquitté des obligations qui lui incombent en vertu du contrat d'exportation de marchandises.

[A/CN.9/362/Add.4]

IV. ENGAGEMENT D'ÉCHANGES COMPENSÉS

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Remarques générales	1-2
B. Ampleur de l'engagement d'échanges compensés	3-6
C. Délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés	7-20
1. Durée du délai d'exécution	7-12
2. Prolongation du délai d'exécution	13-16
3. Sous-périodes du délai d'exécution	17-20

	Paragraphes
D. Définition des contrats de fourniture à prendre en considération	21-30
1. Critères relatifs au type des marchandises	22-25
2. Critère de l'origine géographique	26-27
3. Critère de l'identité du fournisseur	28
4. Critère de l'identité de l'acheteur	29
5. Achats non conformes	30
E. Taux du crédit d'exécution	31-34
F. Moment où l'engagement est exécuté	35-37
G. Définition des conditions des futurs contrats de fourniture	38-60
1. Condition des futurs contrats de fourniture	38-56
a) Normes ou directives	44-46
b) Détermination d'une disposition contractuelle par un tiers	47-54
c) Détermination de la disposition contractuelle par une partie au contrat	55-56
2. Procédures de négociation	57-60
H. Contrôle et enregistrement de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés	61-74
1. Echange d'informations	62-64
2. Confirmation de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés	65-67
3. Comptes de relevés des opérations	68-74

[*Note des rédacteurs* : Le présent projet de chapitre IV reprend avec des modifications le projet de chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", publié sous la cote A/CN.9/332/Add.8; les paragraphes 26 et 27 du projet de chapitre V, "Type, qualité et quantité des marchandises", publié sous la cote A/CN.9/332/Add.4; et la section C du projet de chapitre III, "Approche contractuelle", publié sous la cote A/CN.9/332/Add.2. Les modifications apportées aux paragraphes sont en italique. Une note placée entre crochets au début de certains paragraphes indique que ceux-ci sont nouveaux. Un astérisque indique les passages qui ont été supprimés sans avoir été remplacés par un nouveau texte.]

A. Remarques générales

1. [*Nouveau paragraphe*] L'engagement d'échanges compensés, engagement de conclure un contrat ultérieur, est une caractéristique essentielle de deux types d'opérations d'échanges compensés. Dans le premier type d'opérations, les parties concluent au départ un contrat dans une direction (contrat d'exportation), puis s'engagent à conclure un contrat de contre-exportation (voir chap. III, par. 13 à 19); dans le deuxième, les parties s'engagent au départ à conclure une série de contrats de fourniture dans les deux directions (voir chap. III, par. 20 et 21). L'expression "engagement d'échanges compensés" est définie au paragraphe 25 du chapitre II.

2. [*Nouveau paragraphe*] La mesure dans laquelle les parties s'engagent à conclure un contrat ultérieur peut aller d'un engagement "ferme" à conclure un contrat de fourniture jusqu'à un engagement plus limité de type "intention sérieuse" (qualifié aussi d'engagement à "faire de son mieux" ou d'engagement "de bonne foi"). Lorsque l'engagement est ferme, les parties s'engagent à conclure un contrat conformément aux conditions énoncées dans l'accord d'échanges compensés, sans conserver un droit discrétionnaire de refuser de conclure un contrat. Dans le cas de l'engagement de type "intention sérieuse", l'engagement se limite à l'obligation de négocier de bonne foi, les parties conservant le droit de refuser de conclure un contrat si aucune des offres de contrat n'est acceptable pour elles. Avec ce type d'engagement, toute sanction pour défaut d'exécution de l'engagement ne peut être imposée que dans les cas limités où une partie ne participe pas aux négociations ou ne négocie pas de bonne foi. Le Guide juridique est axé sur les engagements fermes d'échanges compensés. Il ne traite pas des "intentions sérieuses", parce que ces dernières ne garantissent pas aux parties avec suffisamment de certitude que les objectifs de l'opération d'échanges compensés seront atteints.

B. Ampleur de l'engagement d'échanges compensés

3. [*Nouveau paragraphe*] L'ampleur de l'engagement d'échanges compensés est fréquemment exprimée en une valeur monétaire. Dans les opérations de contre-achat, d'achat en retour ou de compensation industrielle indirecte, où les parties concluent d'abord un contrat de fourniture dans une direction (contrat d'exportation) (voir chap. III, par. ____), l'ampleur de l'engagement d'échanges compensés est souvent exprimée en pourcentage de la valeur des marchandises livrées dans le cadre du contrat d'exportation. Dans les opérations d'échanges compensés où les parties concluent l'accord d'échanges compensés avant de conclure un nombre non spécifié de contrats dans les deux directions (voir chap. III, par. 20 et 21), l'ampleur des achats à effectuer dans les deux directions est souvent définie par un montant monétaire absolu. Il arrive toutefois que l'engagement d'échanges compensés soit quantifié par référence à une quantité précise d'un type donné de

marchandises. Il convient de noter que l'ampleur de l'engagement d'échanges compensés peut être régie par des réglementations nationales.

4. [*Nouveau paragraphe*] Pour les opérations d'échanges compensés avec livraisons successives (opérations d'achat en retour, par exemple), les opérations de longue durée ou les opérations dans le cadre desquelles les frais financiers sont incertains au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés (en raison, par exemple, d'un arrangement de crédit à taux variable), on trouve parfois des clauses prévoyant une augmentation ou une diminution de l'engagement d'échanges compensés en fonction des fluctuations du cours des marchandises en question ou des frais financiers. Dans le cas des biens d'équipement, il peut être convenu que l'engagement sera augmenté en proportion des dépenses au titre des pièces de rechange ou de l'assistance technique.

5. [*A/CN.9/332/Add.4, par. 26*] Lorsque l'acheteur a déjà effectué des achats auprès du fournisseur d'un type donné de marchandises, les dispositions de l'accord d'échanges compensés concernant la quantité peuvent faire référence à une notion qu'on appelle souvent "quantité additionnelle". Selon cette notion, seuls les achats dépassant les quantités habituellement achetées seront pris en compte dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés. Les parties seront normalement à même d'établir un seuil en la matière en convenant de la quantité qui doit être considérée comme représentant les achats habituels ou traditionnels. Lorsque les parties ne déterminent pas les types de marchandises dans l'accord d'échanges compensés, elles peuvent inclure une stipulation de caractère général selon laquelle, si les marchandises retenues sont d'un type déjà fourni à l'acheteur, seuls les achats venant s'ajouter aux achats normalement effectués seront pris en compte dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés.

6. [*A/CN.9/332/Add.4, par. 27*] Lorsque les dispositions prises permettent à l'acheteur de faire appel à différents fournisseurs qualifiés, autres que la partie avec laquelle l'engagement d'échanges compensés a été passé (par exemple, dans le cas d'une opération de compensation industrielle indirecte), le seuil permettant de déterminer les quantités additionnelles ne se fondera pas sur le volume antérieur des échanges entre les parties à l'accord d'échanges compensés, mais sur le volume des échanges avec les fournisseurs retenus, ou sur le volume des achats précédemment effectués dans le pays des fournisseurs par la partie ayant pris l'engagement. *Pour définir le seuil permettant de déterminer les quantités additionnelles, les parties peuvent, par exemple, convenir d'un montant d'achats qui sera considéré comme le montant habituel ou traditionnel des achats et qui ne sera pas pris en compte pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Les parties peuvent aussi stipuler que les achats effectués auprès de types spécifiés de fournisseurs ou de certains fournisseurs spécifiés, ou les achats auprès de ces fournisseurs qui ne dépassent pas un montant convenu, doivent être considérés comme les achats habituels ou traditionnels. Dans certains cas, les parties pourront souhaiter n'appliquer un tel seuil qu'à certains types de marchandises. Les parties peuvent stipuler dans l'accord d'échanges compensés que la partie qui s'est engagée à acheter peut considérer que ses achats entrent dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés une fois qu'il a été établi par les parties que les achats qu'il a été convenu de considérer comme habituels ou traditionnels ont été effectués.*

C. Délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés

[*La présente section C reprend, avec des modifications mises en évidence en italique, les paragraphes 17 à 30 du projet de chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", tels qu'ils figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.8.*]

1. Durée du délai d'exécution

7. Les parties devraient spécifier dans l'accord d'échanges compensés le délai autorisé pour l'exécution de l'engagement (ci-après dénommé "délai d'exécution"). L'accord d'échanges compensés peut par exemple disposer que le délai doit commencer de courir à une date déterminée et expirer à une date déterminée.

8. Selon une autre méthode, le délai d'exécution commence à courir lorsque se produit un fait spécifié dans l'accord d'échanges compensés, la durée du délai étant fixée. Cette méthode peut être appropriée dans diverses circonstances. Par exemple, lorsque la conclusion de l'accord d'échanges compensés précède l'entrée en vigueur du contrat d'exportation, les parties peuvent convenir que le délai d'exécution ne commencera à courir qu'après que le contrat d'exportation sera entré en vigueur. Lorsqu'au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés il n'est pas certain que les marchandises visées seront disponibles ou que l'acheteur pourra les utiliser ou les commercialiser, les parties peuvent convenir que le délai commencera de courir à compter de l'achèvement de certaines activités préparatoires (par exemple, identification des marchandises, inspection par l'acheteur, certificat de bon fonctionnement technique de l'usine produisant les marchandises, accord avec un acheteur tiers ou achèvement d'une étude commune de commercialisation). Lorsque l'exportateur souhaite que l'exécution du contrat d'exportation soit bien avancée, voire achevée, avant que l'engagement d'échanges compensés ne commence à être exécuté, les parties pourront disposer dans l'accord que le délai d'exécution commencera à courir lorsque se produira un fait lié à l'exécution du contrat d'exportation, par exemple l'ouverture de la lettre de crédit, la fourniture d'un pourcentage spécifié de marchandises ou un paiement donné. Dans une opération d'achat en retour, le moment approprié pourra être le commencement de la production, dans l'installation fournie en application du contrat d'exportation, des articles devant être achetés en retour. Afin qu'il soit possible de déterminer si les conditions entraînant le commencement du délai d'exécution ont bien été réunies, il est bon que l'accord d'échanges compensés énonce lesdites conditions, ainsi que les obligations connexes des parties, de la manière la plus précise possible.

9. Pour déterminer la durée du délai d'exécution, les parties devraient tenir compte d'un certain nombre de facteurs, notamment l'ampleur et le type de l'opération envisagée. Par exemple, lorsque l'engagement d'échanges compensés est important et prévoit une série d'expéditions, il faudra normalement plus de temps pour exécuter l'engagement que dans le cas d'une opération relativement peu importante. Lorsque l'accord définit les marchandises dans des termes généraux, il faudra peut-être fixer un délai d'exécution plus long, afin que l'on puisse disposer de suffisamment de temps pour identifier des marchandises appropriées. La qualité des marchandises peut également avoir des incidences sur la durée du délai. Plus la qualité doit être élevée, plus il sera facile à l'acheteur de commercialiser ou d'utiliser lui-même les marchandises, ce qui permettra de fixer un délai d'exécution plus bref.

10. Dans certains cas, la durée du délai est fixée de telle manière que celui-ci se prolonge au-delà de la date à laquelle le paiement est dû en vertu du contrat d'exportation. Une telle méthode permet à l'exportateur de s'acquitter de l'engagement d'échanges compensés après la date à laquelle le paiement est dû en vertu du contrat d'exportation. Dans un tel cas, l'importateur a intérêt à prévoir dans l'accord d'échanges compensés des sanctions efficaces en cas de non-respect de l'engagement.

11. Les parties pourront convenir que le délai d'exécution pour les expéditions dans une direction doit être de même longueur que le délai prévu pour les expéditions dans l'autre direction. Une telle méthode peut être appropriée lorsque les parties n'attachent pas une importance particulière à l'ordre dans lequel les expéditions dans les deux directions seront effectuées, par exemple, dans le cas d'échanges compensés effectués dans le cadre d'un compte de compensation (chap. IX, "Paiement", par. ____) ou d'un compte de relevé des opérations (par. *68 à 74* ci-dessous). Elle peut également être appropriée dans le cas d'opérations de contre-achat dans lesquelles le contre-importateur est disposé à commencer d'exécuter l'engagement d'échanges compensés sans attendre de recevoir paiement pour le contrat d'exportation.

12. Le délai d'exécution devrait être suffisamment long pour tenir compte des difficultés auxquelles peut se heurter le fournisseur dans la mise à disposition des marchandises. Si les marchandises ne sont pas disponibles à temps, l'acheteur pourra s'opposer à ce que le fournisseur intente un recours pour non-exécution de l'engagement d'échanges compensés en avançant que la non-exécution est due à la non-disponibilité de marchandises. Si l'acheteur est habilité à choisir les marchandises sur une liste de marchandises appropriées, la durée requise pour fournir chacune des différentes marchandises figurant sur la liste devra être prise en compte pour le calcul de la longueur du délai.

2. *Prolongation du délai d'exécution*

13. Pour exécuter l'engagement d'échanges compensés, les parties pourront avoir besoin de plus de temps qu'il n'était prévu dans l'accord. Par exemple, un acheteur pourra se heurter à des difficultés imprévues en ce qui concerne l'utilisation ou la revente des marchandises à acheter. Un fournisseur pourra éprouver des difficultés à mettre à disposition des marchandises dans les délais prévus.

14. La loi applicable à l'accord d'échanges compensés peut prévoir une prolongation du délai d'exécution des obligations contractuelles d'une partie au cas où cette exécution serait affectée par des circonstances indépendantes de la volonté de ladite partie. Les parties voudront peut-être inclure dans l'accord d'échanges compensés des clauses traitant de ces cas (on trouvera au chapitre XIII, par. ____ à ____, un examen des clauses d'exonération*).

15. L'accord d'échanges compensés peut disposer que *les parties négocieront une prolongation* si la partie en faisant la demande a fait des efforts *raisonnables* pour s'acquitter de son engagement. *Autre possibilité, les parties pourraient convenir que, si ladite partie a fait des efforts raisonnables pour s'acquitter de son engagement, elle aura droit à une prolongation adéquate du délai d'exécution. On peut laisser aux parties la possibilité de s'accorder sur le nouveau délai d'exécution. L'accord d'échanges compensés pourrait* indiquer de quelle manière l'acheteur pourra démontrer qu'il a fait des efforts *raisonnables*. Par exemple, dans le cas de la compensation industrielle indirecte, il peut être prévu que l'acheteur devra montrer *qu'il a fait des offres raisonnables à* des fournisseurs potentiels *pour l'achat de marchandises, qu'il a contacté un nombre raisonnable de* fournisseurs potentiels afin de trouver des marchandises appropriées, *ou que des fournisseurs potentiels ont indiqué qu'ils seraient disposés à conclure des contrats de fourniture, mais un certain temps après l'expiration du délai d'exécution. Les éléments prouvant ces efforts raisonnables, mais infructueux, sont parfois rassemblés dans ce que l'on appelle des "dossiers des tentatives infructueuses"*. L'accord d'échanges compensés peut également disposer que, si le fournisseur n'a pu mettre les marchandises à disposition en raison de circonstances spécifiées dans l'accord d'échanges compensés, il aura droit à une prolongation du délai. Ces circonstances peuvent être notamment les suivantes : commande passée tardivement par l'acheteur ou modification des spécifications énoncées par lui. Il pourra être convenu qu'une partie ne pourra demander une prolongation du délai d'exécution que si elle s'est déjà acquittée d'un certain pourcentage de l'engagement d'échanges compensés.

16. Si l'exécution de l'engagement d'échanges compensés fait l'objet d'une garantie, il est bon que les parties prévoient que la période de garantie sera prolongée pour couvrir toute prolongation du délai d'exécution (voir le chapitre XII, "Garantie de bonne exécution", par. ____).

3. *Sous-périodes du délai d'exécution*

17. Lorsque l'exécution de l'engagement d'échanges compensés suppose de nombreuses expéditions pendant une longue période, les parties voudront peut-être diviser le délai en sous-périodes. Par exemple, un délai d'exécution de cinq ans pourrait être divisé en cinq sous-périodes annuelles, une proportion donnée de l'engagement total devant être exécutée durant chaque sous-période. Une telle méthode permet aux parties de planifier plus facilement la fourniture et la commercialisation des marchandises et de

veiller à ce que l'exécution ne prenne pas un retard tel qu'elles ne puissent plus, durant les dernières étapes du délai d'exécution, s'acquitter de leur engagement non encore exécuté.

18. L'accord d'échanges compensés peut être relativement souple, pour ce qui est des retards dans l'exécution de l'engagement pour une sous-période donnée, en autorisant le report de tout ou partie du retard accumulé sur la sous-période suivante, auquel cas l'acheteur devra, durant ladite sous-période, s'acquitter de la partie de l'engagement prévue pour cette sous-période, ainsi que de la partie de l'engagement reportée de la période précédente. Pour ce qui est de la partie non reportée, des sanctions pourront être prises pour défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir les chapitres XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", et XII, "Garantie de bonne exécution"). Cette solution permettra à l'acheteur d'ajuster la quantité à acheter durant une sous-période donnée, compte tenu de circonstances telles que les fluctuations à court terme sur le marché. Toutefois, une souplesse excessive risque de nuire aux intérêts du fournisseur si le produit des ventes durant chaque sous-période doit être utilisé pour effectuer des paiements au titre du contrat de fourniture dans l'autre direction.

19. Pour ce qui est du cas où l'exécution durant une sous-période donnée dépasserait le niveau requis, les parties pourront convenir que tout ou partie des achats supplémentaires sera porté au crédit de l'engagement dû pour la sous-période suivante, ou bien qu'une exécution excédentaire durant une sous-période donnée ne modifiera pas le niveau de l'engagement à exécuter durant la sous-période suivante.

20. Les parties voudront peut-être fixer des dates limites, dans le cadre du délai d'exécution, pour différentes actions *précédant* l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Par exemple, elles pourront stipuler de telles dates pour la fourniture d'échantillons, *le choix de marchandises dans une liste de marchandises pouvant faire l'objet d'échanges compensés*, la passation des commandes, l'expédition de marchandises ou d'ouverture de lettres de crédit.

D. Définition des contrats de fourniture à prendre en considération

[*La présente section D reprend, en y adjoignant deux nouveaux paragraphes, les paragraphes 2 à 9 du projet de chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", tels qu'ils figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.8.*]

21. Les parties définissent normalement les contrats de fourniture qui seront pris en considération pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés ("contrats de fourniture à prendre en considération") en indiquant dans l'accord d'échanges compensés les types de marchandises qui devront être achetées dans le cadre de ces futurs contrats de fourniture. Dans certains cas, elles incluent dans l'accord d'échanges compensés des critères additionnels relatifs à l'origine géographique des marchandises, à l'identité du fournisseur ou à celle de l'acheteur. Lorsque les parties ne sont pas à même d'indiquer le type de marchandises dans l'accord d'échanges compensés, certains de ces critères peuvent être inclus aux fins de définir les contrats de fourniture à prendre en considération.

1. Critères relatifs au type des marchandises

22. Lorsque les parties définissent les contrats à prendre en considération pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés en indiquant le type de marchandises à acquérir, il leur est recommandé d'être aussi précises que possible. La précision est particulièrement souhaitable lorsqu'il existe plusieurs variétés de ces marchandises. (Les clauses de l'accord d'échanges compensés relatives aux types de marchandises sont traitées au chapitre VI, "Type, qualité et quantité des marchandises", par. *3 à 23*.)

23. Parfois, les parties stipulent dans l'accord d'échanges compensés qu'outre l'achat des marchandises en question d'autres éléments connexes seront pris en considération pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Il peut s'agir, par exemple, de l'achat d'échantillons et de prototypes lors du choix des marchandises, de l'emploi de main-d'œuvre locale en sous-traitance, de l'achat local de biens et services essentiels pour l'exécution d'un contrat de fourniture, d'activités non facturées exécutées par l'acheteur dans le pays du fournisseur (par exemple, recrutement de personnel, stages de formation, détachement de personnel et autres formes d'assistance technique), de l'achat au fournisseur de services de transport ou de la fourniture par l'acheteur de services après-vente relatifs aux marchandises. L'accord d'échanges compensés peut préciser qu'une proportion limitée de l'engagement d'échanges compensés peut être exécutée sous cette forme.

24. Lorsque l'acheteur a déjà effectué des achats auprès du fournisseur, l'accord d'échanges compensés peut disposer que les contrats de fourniture doivent satisfaire au critère des "quantités additionnelles" pour pouvoir être pris en considération (voir *plus haut, par. 5 et 6*).

25. [*Nouveau paragraphe*] Il convient de noter que des stipulations définissant les contrats de fourniture à prendre en considération sur la base de critères géographiques pourraient être en conflit avec des règles de droit impératives sur la concurrence et des règles adoptées en application de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT).

2. Critère de l'origine géographique

26. Il peut être précisé qu'un contrat de fourniture sera pris en considération si les marchandises sont produites dans une région donnée. On trouve parfois des dispositions de ce type dans les opérations de compensation industrielle indirecte, lorsque l'importateur souhaite orienter les contre-achats vers une région particulière. En outre, l'accord d'échanges compensés peut énoncer un contenu local minimum. On peut ainsi disposer que certains composants des marchandises doivent être produits localement, ou que la valeur des composants locaux doit représenter un pourcentage donné de la valeur totale. De telles dispositions sont parfois énoncées dans certaines réglementations nationales.

27. [*Nouveau paragraphe*] Comme dans le cas mentionné ci-dessus au paragraphe 25, des dispositions exigeant qu'une partie achète des marchandises à des fournisseurs spécifiés pourraient être en conflit avec des règles de droit impératives sur la concurrence et des dispositions adoptées en application de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT).

3. *Critère de l'identité du fournisseur*

28. Les parties peuvent convenir que l'exportateur doit s'acquitter de son engagement en achetant des marchandises auprès de personnes autres que l'importateur. Cela est en général le cas dans la compensation industrielle indirecte (voir le chapitre II, par. *17*). Dans de tels cas, il est bon que les contrats de fourniture à prendre en considération indiquent les fournisseurs auxquels les marchandises devront être achetées. L'accord d'échanges compensés peut comporter une liste de fournisseurs retenus ou énoncer les critères que devra appliquer l'acheteur pour choisir son fournisseur. L'accord peut par exemple disposer que le fournisseur retenu doit appartenir à un secteur économique donné, avoir une surface donnée, avoir un programme de production donné, être situé dans une région donnée, ou appartenir à des intérêts locaux. Lorsque plusieurs fournisseurs possibles sont recensés, l'acheteur peut être libre de répartir ses achats entre ces fournisseurs, ou bien l'accord peut préciser de quelle manière les achats seront répartis entre lesdits fournisseurs. Le fait que des fournisseurs possibles soient recensés ne signifie pas nécessairement que ces derniers se sont engagés à fournir les marchandises faisant l'objet de l'accord. Dans certains cas, *l'importateur* peut garantir que les fournisseurs retenus sont disposés à négocier la conclusion d'un contrat de fourniture, ou *peut promettre* d'aider l'acheteur à trouver un fournisseur qui soit disposé à conclure un contrat de fourniture. (La participation de tiers en tant que fournisseurs est traitée au chapitre VIII, par. ____.) L'accord d'échanges compensés peut indiquer quelles seront les conséquences pour l'engagement d'échanges compensés si aucun des fournisseurs retenus n'est disposé à conclure un contrat de fourniture.

4. *Critère de l'identité de l'acheteur*

29. On rencontre parfois dans la définition des contrats de fourniture à prendre en considération une restriction concernant l'identité de l'acheteur. Par exemple, l'accord d'échanges compensés peut disposer que seuls les achats effectués par la partie s'étant engagée à acheter les marchandises ou par des tiers spécifiés (par exemple, des tiers d'un pays ou d'une région donnés) doivent être pris en considération pour l'exécution de l'engagement. La question des restrictions à la participation de tiers en tant qu'acheteurs est traitée au chapitre VIII, paragraphe ____.

5. *Achats non conformes*

30. Les parties peuvent convenir que, dans certaines circonstances, des achats qui ne sont pas conformes aux critères énoncés dans l'accord d'échanges compensés seront *néanmoins* pris en compte pour l'exécution de l'engagement. Par exemple, des achats non conformes pourront être pris en considération si les efforts déployés de bonne foi par l'acheteur pour trouver des marchandises appropriées auprès des fournisseurs retenus ou dans les régions ou secteurs économiques déterminés dans l'accord d'échanges compensés se sont révélés infructueux. Une disposition de ce type pourra préciser que l'acheteur doit faire la preuve des efforts qu'il a déployés pour effectuer des achats du type requis par l'accord d'échanges compensés. (Le cas analogue où une partie demande une prolongation du délai d'exécution est traité aux paragraphes *13 à 16* ci-dessus.) Il pourra être convenu que le consentement préalable exprès de la partie à laquelle l'engagement est dû sera nécessaire pour que des achats ne satisfaisant pas aux critères énoncés soient pris en considération. Afin d'encourager l'application des critères initiaux, l'accord d'échanges compensés pourra n'autoriser de telles exceptions que durant les dernières étapes du délai d'exécution. En outre, les parties pourront convenir que les achats qui ne sont pas conformes aux critères retenus seront pris en considération pour un montant inférieur à leur valeur totale (voir les paragraphes *32 et 33* ci-dessous).

E. Taux du crédit d'exécution [titre modifié]

[*La présente section E reprend, avec des modifications mises en évidence en italique, les paragraphes 13 à 16 du projet de chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", tels qu'ils figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.8.*]

31. Dans de nombreuses opérations d'échanges compensés, le prix d'achat total d'un contrat de fourniture est déduit de l'engagement d'échanges compensés non encore exécuté (le montant déduit de cet engagement est ci-après dénommé "crédit d'exécution"). Parfois, les parties conviennent que le crédit d'exécution accordé pour un contrat de fourniture peut être d'un montant différent *du* prix des achats, par exemple, parce qu'elles souhaitent accorder un crédit d'exécution pour certains *éléments non inclus dans le coût des marchandises elles-mêmes (par exemple, transport et assurance)* ou exclure du crédit certains coûts qui sont eux inclus dans le prix d'achat. Le fournisseur peut convenir de créditer de tels éléments si, par exemple, ils supposent l'achat dans son pays de services liés à l'exécution du contrat de fourniture. *Il peut aussi arriver que le taux du crédit d'exécution soit imposé par des règles de droit impératives (chap. XIV, "Choix de la loi applicable", par. ____).*

32. L'accord d'échanges compensés peut disposer que les achats doivent être pris en compte pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés à des taux différents selon le type de marchandises achetées. Par exemple, un crédit d'exécution peut être accordé à un taux de 50 % de la valeur d'achat pour un type de marchandises et de 150 % pour un autre type. *L'accord d'échanges compensés peut aussi disposer que des investissements ou des transferts de techniques seront crédités pour un montant supérieur au montant en capital de l'investissement ou à la valeur monétaire du transfert de techniques (par exemple, à 150 %).* Ce taux variable *peut être utilisé en particulier dans les*

opérations de compensation industrielle indirecte dans le cadre desquelles l'exportateur conclut des contrats avec des tiers et l'importateur est désireux de promouvoir l'achat de certains types de marchandises.* Dans la compensation industrielle directe, de même que dans les achats en retour, l'accord d'échanges compensés peut disposer qu'un certain crédit d'exécution sera accordé pour les ventes à l'exportation, autres que celles destinées au contre-importateur, qu'aura permises l'installation de production fournie par l'exportateur. Un crédit pourra également être accordé correspondant à un pourcentage de la valeur des ventes destinées à des acheteurs du pays du contre-exportateur. *Un taux variable de crédit d'exécution pourrait aussi être utilisé pour les opérations dans le cadre desquelles les contrats de fourniture doivent être conclus entre les parties à l'accord d'échanges compensés, en particulier si l'acheteur a le choix entre plusieurs types de marchandises; en pareil cas, le taux variable peut favoriser l'achat d'un certain type de marchandises.*

33. L'accord d'échanges compensés peut également prévoir différents taux de crédit d'exécution selon l'identité du fournisseur, l'origine géographique des marchandises ou l'identité de l'acheteur. Cela, afin d'orienter les activités de l'acheteur vers des fournisseurs ou des régions donnés, ou pour introduire les marchandises sur certains marchés.

34. Le taux du crédit d'exécution peut également varier selon le moment où un achat est effectué. Dans un mécanisme de ce type, l'acheteur pourra s'acquitter de son engagement d'échanges compensés en achetant une quantité inférieure de marchandises si un contrat de fourniture est conclu au début du délai d'exécution. Ainsi, l'acheteur est incité à exécuter son engagement le plus tôt possible. Dans ce cas, il est particulièrement important que l'engagement d'échanges compensés spécifie le moment où un crédit d'exécution doit être donné (par exemple, lorsqu'une commande est passée ou un paiement effectué).

F. Moment où l'engagement est exécuté

[*La présente section F reprend, avec des modifications mises en évidence en italique, les paragraphes 10 à 12 du projet de chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", tels qu'ils figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.8.*]

35. Il est bon que l'accord d'échanges compensés indique les *mesures précises qui doivent être prises* pour que l'engagement d'échanges compensés soit exécuté. Les parties peuvent choisir entre deux approches fondamentales. Selon la première, l'engagement d'échanges compensés est réputé avoir été exécuté une fois qu'un contrat de fourniture est conclu. Dans ce cas, la violation d'une obligation en vertu du contrat de fourniture ouvrira droit aux moyens de recours prévus dans ledit contrat. Les parties peuvent convenir que, si le contrat de fourniture n'est pas exécuté pour une raison imputable à l'une des parties, le montant du contrat non exécuté pourra, au gré de l'autre partie, être rajouté à l'engagement d'échanges compensés.

36. Selon la *seconde* approche, l'engagement est réputé avoir été exécuté à un stade convenu de l'exécution du contrat de fourniture. Par exemple, il peut être convenu que l'acheteur a exécuté son engagement lorsque la lettre de crédit est ouverte, ou lorsque les fonds ont été transférés au fournisseur et que le fournisseur s'est acquitté de son engagement lorsque les marchandises sont livrées à l'acheteur ou mises à sa disposition de la manière convenue. Dans ces cas, s'il y a violation du contrat de fourniture, la partie *lésée* pourra intenter un recours non seulement pour violation dudit contrat, mais également pour violation de l'accord d'échanges compensés, si l'engagement d'échanges compensés n'a pas été exécuté. *Un inconvénient de la seconde approche est qu'elle est plus compliquée et plus incertaine que la première, dans le cadre de laquelle l'exécution est réputée achevée tout simplement au moment de la conclusion d'un contrat de fourniture. Cette seconde approche pourrait être source d'incertitudes lorsqu'en raison d'empêchements exonératoires une partie ne peut prendre les mesures nécessaires, dans l'exécution d'un contrat de fourniture, pour assurer l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Afin d'éviter ces incertitudes, il faudrait inclure dans l'accord d'échanges compensés des dispositions supplémentaires portant sur l'effet de tels empêchements.*

37. Les parties voudront peut-être traiter des effets qu'a la non-conclusion ou la non-exécution d'un contrat de fourniture sur l'engagement d'échanges compensés. Elles peuvent par exemple convenir, lorsqu'une telle défaillance est imputable à l'une des parties, que l'engagement d'échanges compensés non encore exécuté par l'autre partie peut, au gré de cette dernière, être réputé avoir été exécuté pour le montant de l'offre non acceptée ou du contrat non exécuté (voir le chapitre XIII, *"Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés"*, par. ___).

G. Définition des conditions des futurs contrats de fourniture

[*La présente section G est une version restructurée de la section C (par. 37 à 61) du projet de chapitre III, "Approche contractuelle", telle qu'elle figurait dans le document A/CN.9/332/Add.2. Les paragraphes 39 à 41 de l'ancienne section C du document A/CN.9/332/Add.2, qui constituaient la sous-section intitulée "Procédures de négociation", ont été inclus à la fin de la sous-section 2 ci-après.*]

1. Conditions des futurs contrats de fourniture

38. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 43*] Les engagements à conclure les contrats de fourniture énoncent rarement de manière précise *toutes* les conditions de ces contrats. *Quelquefois*, les parties *n'ont pas encore décidé* quels types de marchandises feront l'objet des futurs contrats de fourniture ou quelles seront les conditions de livraison. Même si elles sont à même d'énoncer dans l'accord d'échanges compensés les conditions de futurs contrats de fourniture, elles s'abstiennent parfois de le faire, s'attendant à ce que chaque partie tienne son engagement en concluant un contrat, bien que les conditions de ce contrat ne soient pas définies très en détail dans l'accord d'échanges compensés.

39. [*Nouveau paragraphe*] L'imprécision de l'engagement d'échanges compensés risque d'avoir pour conséquences des retards ou des incertitudes lors de la négociation d'un contrat de fourniture, étant donné l'ampleur possible du champ de la négociation. Il serait donc bon que les parties, dans la mesure du possible, incluent dans l'accord d'échanges compensés les conditions du futur contrat ou prévoient les moyens de les déterminer ultérieurement (voir les paragraphes 44 à 56 ci-après). En outre, les parties voudront peut-être traiter dans l'accord des procédures à suivre dans leurs négociations (voir les paragraphes 57 à 60 ci-après). Elles faciliteront ainsi les négociations et accroîtront les chances de conclusion d'un contrat de fourniture et la partie intéressée par la conclusion du contrat aura plus de chances d'être en mesure de tenir l'autre partie responsable en cas de refus de conclure ledit contrat. Si, par exemple, l'accord d'échanges compensés spécifie les marchandises qu'une partie s'est engagée à acheter ou, au moins, contient une liste de marchandises devant servir de base pour les négociations, le contre-exportateur a des chances de pouvoir démontrer que le refus par le contre-importateur d'acheter des marchandises constitue une violation de l'engagement d'échanges compensés. Si les marchandises sont spécifiées, il est bon de prévoir un mécanisme pour déterminer le prix; cela est particulièrement important lorsque les marchandises ne sont pas d'un type normalisé et qu'il peut y avoir désaccord quant à la détermination du juste prix du marché.

40. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 46*] Plus l'accord d'échanges compensés sera précis quant aux conditions essentielles à l'existence d'un contrat applicable, plus l'on se rapprochera du point où les parties auront réglé dans l'accord toutes les conditions de contrat de fourniture, ne retardant que la *conclusion* même dudit contrat. *Lorsque l'accord d'échanges compensés énonce les conditions essentielles du futur contrat pour l'achat de marchandises, il est possible, dans certains systèmes juridiques, qu'un tel accord puisse être considéré comme un contrat de vente applicable. Afin d'éviter des désaccords, il est bon que les parties, lorsqu'elles concluent un accord d'échanges compensés qui énonce les conditions essentielles du contrat à conclure, stipulent clairement si un contrat distinct doit être exécuté en application de l'accord.*

41. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 47*] De nombreux systèmes juridiques comportent des règles auxquelles les parties peuvent recourir pour préciser une clause contractuelle. Par exemple, nombre d'entre eux prévoient une solution lorsque les parties n'ont pas fixé le prix des marchandises; par exemple, le prix doit être celui qui est "habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables" (art. 55 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises). La règle relative à la qualité des marchandises à fournir en vertu du contrat, lorsque le contrat n'a pas réglé cette question, en est un autre exemple; la règle énoncée à l'article 35-2 *a* de la convention susmentionnée stipule que les marchandises doivent être "propres aux usages auxquels serviraient habituellement des marchandises du même type". Dans quelques systèmes juridiques, les parties peuvent, dans certaines limites, recourir à un tribunal aux fins de déterminer cet élément du contrat. Dans d'autres, toutefois, les tribunaux ne sont pas habilités à intervenir de cette manière dans une relation contractuelle.

42. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 48*] Bien qu'il existe dans nombre de systèmes juridiques de tels mécanismes de complètement des contrats, ils ne prévoient normalement pas de solution pour tous les cas d'imprécision. Les éléments du contrat qui n'auront pas été précisés dans l'accord d'échanges compensés ne pourront peut-être pas tous être précisés davantage par référence à la loi applicable. Par exemple, si les parties n'ont pas convenu du type de marchandises à contre-exporter, il sera probablement impossible de le déterminer grâce à la loi applicable. Lorsque le type de marchandises a été déterminé, les critères énoncés par la loi applicable concernant le prix des marchandises peuvent ne pas permettre d'aboutir à une solution claire. En outre, les mécanismes de complètement des contrats sont sources d'incertitudes, en raison des divergences entre les systèmes juridiques quant aux techniques de complètement, quant au rôle des tribunaux *ou des tribunaux arbitraux dans la détermination des dispositions manquantes*, quant au rôle des parties ou quant au contrôle judiciaire des résultats de l'opération de complètement*. C'est pourquoi les parties voudront peut-être envisager les mécanismes contractuels examinés ci-après lorsqu'elles désireront préciser une disposition contractuelle non définie dans l'accord d'échanges compensés.

43. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 49*] Les dispositions qui ne sont en général pas précisées dans l'accord d'échanges compensés et pour lesquelles il peut être particulièrement utile de disposer de mécanismes contractuels permettant de les préciser sont le type, la qualité, le prix et la quantité des marchandises à échanger. Les mécanismes que les parties pourront envisager d'utiliser à ces fins sont examinés en termes généraux dans les alinéa *a* à *c* ci-dessous. Dans d'autres parties du guide juridique, il sera fait référence à ces mécanismes dans des contextes précis.

a) *Normes ou directives*

44. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 50*] Les parties voudront peut-être énoncer des normes ou directives qui seront utilisées pour déterminer telle ou telle condition contractuelle. En recourant à une norme, les parties pourront déterminer une disposition au moyen d'un calcul ou par toute autre méthode objective indépendante d'elles. Il peut s'agir par exemple d'une formule, d'un tarif, d'une cotation, d'un taux, d'un index, d'une statistique ou de tout autre critère sur lequel aucune des parties n'exerce une influence. Par exemple, le prix des marchandises à échanger pourra être déterminé par référence au prix auquel des marchandises du même type sont vendues sur un marché particulier, ou la qualité des marchandises pourra être définie par référence à une norme de qualité nationale ou internationale. De nombreux systèmes juridiques reconnaissent la validité de dispositions stipulant que le prix ou tout autre disposition contractuelle seront déterminés par référence à une norme.

45. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 45 et 51*] Les directives énoncent, quant à elles, des paramètres grâce auxquels une disposition doit être déterminée et laissent donc une certaine latitude. Par exemple, l'accord d'échanges compensés peut

déterminer la fourchette dans laquelle devra se situer le prix que les parties négocieront, ou il peut être convenu que le prix sera "raisonnable" *(de telles clauses relatives au prix sont examinées plus avant au chapitre VII, "Etablissement du prix des marchandises" par. ___).* [*Le texte en italique ci-après est repris du paragraphe 45 du document A/CN.9/332/Add.2 :*] *Parfois, les parties ne sont pas à même d'être plus précises quant aux conditions du contrat de fourniture prévu; elles ne peuvent que stipuler que les conditions du contrat doivent être équitables, ou conformes aux conditions du marché. De telles dispositions peuvent être utiles lorsque l'on convient d'échanger des marchandises de qualité standard, car elles permettent de déterminer un prix équitable. Toutefois, si le type des marchandises à échanger n'est pas déterminé, ou si les marchandises sont des produits qui n'ont pas de prix standard, un tel engagement à adopter des "conditions équitables" ne renforcera pas sensiblement la position de la partie désireuse d'obtenir la conclusion du contrat. Dans de tels cas, les opinions peuvent diverger lorsqu'il s'agit de déterminer si une condition contractuelle est équitable, ce qui entraîne une prolongation des négociations et rend incertain l'aboutissement d'une action contre la partie refusant de conclure le contrat.* Si le type des marchandises n'a pas été déterminé, les parties pourront convenir d'une liste de marchandises sur laquelle les négociations devraient être axées ou à laquelle elles devraient être limitées (ces listes sont examinées au chapitre VI, "Type, qualité et quantité des marchandises"). Quant aux autres dispositions du contrat futur, telles que la livraison, les parties pourront convenir que le contrat de fourniture devra être négocié sur la base des conditions prévalant sur le marché. Lorsqu'il est fait référence aux conditions du marché, il est bon que les parties précisent de quel marché il s'agit.

46. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 52*] En raison de la latitude laissée aux parties, l'inclusion d'une directive dans l'accord d'échanges compensés pour la détermination d'une condition donnée du contrat futur ne garantit pas que l'on pourra arriver à une solution. Néanmoins, le fait de déterminer une fourchette étroite dans laquelle devra se situer la condition convenue par les parties, ou d'énoncer des directives précises limitant la latitude donnée aux négociateurs, non seulement rendra plus probable la conclusion d'un contrat, mais permettra de démontrer plus aisément qu'une partie, en refusant une offre de contrat donnée, a violé l'engagement d'échanges compensés.

b) *Détermination d'une disposition contractuelle par un tiers*

47. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 53*] Parfois, les parties conviennent qu'une disposition contractuelle donnée sera déterminée par un tiers. Si une telle approche permet d'être quasiment certain que la disposition sera précisée, elle est rarement mise en pratique, sans doute parce que les parties répugnent à céder leur pouvoir de détermination d'une disposition. Lorsque l'on a recours à une telle méthode, c'est en général à propos du prix des marchandises (voir chap. *VII, par. ___ et ___*). Les parties seront peut-être disposées à convenir d'une telle méthode si des directives claires — *et de préférence strictes* — sont établies, en application desquelles le tiers doit trancher, ou si l'intervention du tiers n'est autorisée qu'en dernier ressort, lorsque les autres mécanismes convenus ont échoué (par exemple, négociation, application d'une norme convenue). Si les parties ne souhaitent pas confier une telle décision à un tiers, mais désirent toutefois bénéficier de son avis, il peut être convenu que la détermination effectuée par ce tiers n'aura valeur que de recommandation.

48. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 54*] Un certain nombre de systèmes juridiques reconnaissent le droit des parties de confier à un tiers la détermination d'une disposition contractuelle. En particulier, le recours des parties à un tiers pour la détermination du prix est souvent traité dans les systèmes juridiques. Il existe toutefois des divergences. Par exemple, si certains systèmes admettent qu'un tribunal arbitral ou même un tribunal soit chargé de déterminer une disposition contractuelle, d'autres n'autorisent une telle détermination que si elle n'est pas effectuée dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire. Les systèmes juridiques divergent également quant aux conséquences d'un défaut d'accord des parties sur le tiers ou d'une défaillance du tiers. Dans certains systèmes, les parties ne pourront recourir à une procédure de désignation ou de remplacement de la personne et devront accepter que la disposition contractuelle en question ne soit pas déterminée. Dans d'autres systèmes, si c'est le prix que le tiers devait déterminer, l'affaire pourra être traitée comme si les parties avaient convenu que le prix serait raisonnable. Les approches divergent également quant à la possibilité et l'ampleur d'un contrôle judiciaire de la décision prise par un tiers.

49. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 55*] On trouvera dans les paragraphes ci-après une liste des questions que les parties voudront peut-être traiter dans une stipulation habilitant un tiers à déterminer une disposition contractuelle.

50. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 56*] *Personne pouvant demander la détermination d'une disposition.* Les parties voudront peut-être traiter la question de savoir si, lorsqu'elles ne peuvent convenir d'une disposition, chacune d'entre elles sera habilitée à demander au tiers de déterminer cette disposition, ou si le tiers ne pourra agir que sur la demande des deux parties.

51. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 57*] *Identité du tiers ou procédure de nomination.* Les parties voudront peut-être désigner, dans l'accord d'échanges compensés, la personne qui sera chargée de déterminer la disposition contractuelle. Dans ce cas, elles voudront peut-être également prévoir une procédure de nomination à utiliser au cas où la personne désignée n'agirait pas ou serait dans l'impossibilité d'agir. Si les parties ne souhaitent pas désigner cette personne par avance, il peut être bon qu'elles conviennent qu'elles désigneront le tiers lorsqu'elles se verront dans l'impossibilité de s'accorder sur ladite disposition. Dans ce cas, les parties voudront peut-être convenir d'une procédure de nomination, qui sera appliquée si elles ne peuvent s'accorder sur la nomination du tiers.

52. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 58*] *Directives ou normes devant être observées par le tiers.* Il est conseillé aux parties de délimiter le mandat du tiers en énonçant des directives ou normes qu'il devra observer lors de la détermination de la disposition contractuelle. Ces directives

et normes sont traitées de manière générale aux paragraphes 50 à 52 ci-dessus et, pour ce qui est du prix, au *chapitre VII*, "Etablissement du prix des marchandises", *paragraphes* ____ *à* ____.

53. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 59*] *Nature de la décision du tiers.* Les parties pourront convenir que la décision du tiers aura force obligatoire, au même titre qu'une stipulation contractuelle des parties. Elles pourront également stipuler que la détermination faite par le tiers aura valeur de recommandation, qui sera examinée de bonne foi par les parties.

54. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 60*] *Procédure de contestation de la décision prise par le tiers.* Dans certains cas, par exemple, lorsque la détermination de caractère impératif effectuée par le tiers porte sur une question présentant un intérêt économique particulier, les parties voudront peut-être prévoir la possibilité d'une contestation de la décision par recours à une autre personne, à un groupe de personnes ou à une institution. Pour ce qui est de la nature de la décision sur ladite contestation, il pourra être stipulé que cette décision obligera les parties, ou qu'elle n'aura valeur que de recommandation. Les parties voudront peut-être déterminer le mandat qui sera donné à la personne devant prendre une décision sur la contestation (par exemple confirmer ou rejeter la contestation ou modifier la décision contestée). Elles voudront peut-être indiquer comment, au cas où la décision contestée serait annulée, la détermination de la disposition en question sera effectuée (par exemple, par les parties elles-mêmes, par le même tiers ou par un autre tiers).

c) *Détermination de la disposition contractuelle par une partie au contrat*

55. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 61*] Parfois, l'accord d'échanges compensés confie à l'une des parties à l'accord la détermination d'une disposition. *Une extrême prudence est alors recommandée, car une telle solution laisse le soin de déterminer la disposition contractuelle à une personne qui peut tirer un intérêt du résultat de la détermination.*

56. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 61*] *Les parties devraient savoir que dans de nombreux systèmes juridiques une clause habilitant une partie au contrat à déterminer une disposition dudit contrat n'est pas reconnue. Lorsqu'elle est reconnue, elle n'est applicable qu'à certaines conditions strictes.* Si l'objet de la détermination est le prix, un certain nombre de systèmes reconnaîtront un tel droit conféré à une partie, si son exercice est limité par des normes fondées par exemple sur la raison, la bonne-foi ou l'équité. Certains de ces systèmes interpréteront des accords ne faisant pas *expressément référence à de telles normes comme y faisant implicitement référence.* Dans d'autres systèmes, la liberté de déterminer le prix doit être limitée par une norme plus précise, *telle que des prix du marché objectivement vérifiables, des moyennes de prix ou des limites absolues stipulées par les parties. Des restrictions analogues s'appliquent à la détermination de conditions touchant par exemple la quantité de marchandises à livrer en application d'un contrat ou le moment de l'exécution du contrat.*

2. *Procédures de négociation*

57. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 39*] Les accords d'échanges compensés peuvent décrire, avec plus ou moins de détails pratiques, la manière dont les négociations doivent avoir lieu. En précisant ainsi les procédures de négociation, on augmente les chances de voir les négociations aboutir. Cela est particulièrement vrai lorsque la nature des négociations risque d'être compliquée, en raison soit de l'objet des contrats éventuels, soit du nombre de personnes pouvant participer à ces négociations.

58. [*Nouveau paragraphe*] Il faudrait veiller à énoncer les procédures de négociation dans un engagement ferme à conclure un contrat de fourniture. Si l'engagement se limite à une simple obligation de négocier, les parties, ainsi qu'on l'a noté plus haut au paragraphe 2, auront peu de garanties quant à la réalisation des objectifs de l'opération. Même si elles sont associées à un engagement ferme d'échanges compensés, les procédures de négociation ne garantiront pas à elles seules le succès des négociations. Le moyen le plus efficace d'accroître les chances de succès des négociations serait, soit d'énoncer dans l'accord d'échanges compensés les conditions du futur contrat, soit, si cela n'est pas possible, de se mettre d'accord sur les moyens de préciser l'engagement d'échanges compensés. Ces moyens sont examinés plus haut, en particulier aux paragraphes 44 à 56.

59. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 40*] Au minimum, l'accord d'échanges compensés pourrait stipuler qu'une partie sera tenue de répondre aux propositions de contrat présentées par l'autre partie. Des procédures plus précises pourront traiter, par exemple, des questions suivantes : parties devant soumettre une offre de contrat; questions à traiter dans l'offre; délais de soumission; forme, mode ou fréquence des communications; délais de réponse; date à laquelle un accord doit être conclu et au-delà de laquelle les négociations seront considérées comme ayant échoué. En outre, les parties peuvent stipuler que, dans certaines circonstances, une partie sera libérée de son obligation de négocier (par exemple, lorsqu'elle a fait une offre répondant aux conditions requises et que cette offre n'a pas été acceptée ou, si c'est l'autre partie qui devait présenter une offre, lorsqu'aucune offre n'a été faite).

60. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 41*] Si l'on stipule des procédures de négociation telles que celles qui sont mentionnées au paragraphe précédent, la partie qui n'aura pas négocié de bonne foi courra davantage de risques d'être tenue responsable de la non-conclusion d'un contrat. Ces procédures peuvent permettre à la partie lésée de démontrer, par exemple, que l'autre partie a refusé de négocier, a imposé des conditions qu'elle n'aurait pas dû normalement imposer, a recouru de manière injustifiée à des manœuvres dilatoires, a rouvert la discussion sur des questions déjà réglées, a négocié avec d'autres parties lorsqu'il n'était pas approprié de le faire ou a prématurément rompu les négociations.

H. Contrôle et enregistrement de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés

[*La présente section H reprend, avec certaines modifications mises en évidence en italique, les paragraphes 31 à 44 du projet de chapitre VII, "Exécution de l'engagement*

d'échanges compensés", tels qu'ils figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.8.]

61. Les parties voudront peut-être envisager d'établir des procédures de contrôle et d'enregistrement des progrès réalisés dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. De telles procédures peuvent être particulièrement utiles dans les opérations à long terme prévoyant des expéditions multiples dans l'une ou l'autre direction.

1. Echange d'informations

62. Les parties voudront peut-être mettre en place des procédures relatives à l'échange d'informations sur les progrès réalisés dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Ces procédures sont utiles en particulier dans les opérations de compensation industrielle indirecte (chap. II, *par. 17*), car l'engagement d'échanges compensés est alors dû à une personne qui ne fait pas office de fournisseur des marchandises et les fournisseurs éventuels ne sont donc pas parties à l'engagement. Un mécanisme d'échange d'informations est également utile lorsque les parties effectuent entre elles des échanges importants, notamment lorsqu'une certaine proportion de ces échanges seulement s'inscrit dans le cadre de l'accord d'échanges compensés.

63. Les parties peuvent inclure dans l'accord d'échanges compensés des directives concernant la teneur des informations à échanger, ainsi que la fréquence et le calendrier de ces échanges. Les informations pourront porter, par exemple, sur les contrats qui ont été conclus et qui peuvent être pris en compte pour l'exécution (notamment lorsqu'ils ont été conclus avec un tiers), les expéditions qui ont été faites, les paiements qui ont été effectués conformément aux procédures convenues et les achats qui sont envisagés pour la sous-période à venir du délai d'exécution. En outre, les parties à l'accord d'échanges compensés jugent parfois utile de se rencontrer périodiquement pour évaluer les progrès réalisés. Ces réunions peuvent permettre d'examiner le statut des contrats qui ont été conclus et de ceux qui sont en cours de négociation et d'envisager les modifications qui pourront être apportées à l'accord d'échanges compensés. L'accord pourra traiter de questions telles que la fréquence et le lieu de ces réunions et la représentation des parties.

64. Dans les opérations particulièrement complexes qui exigent un contrôle et une coordination permanents, les parties voudront peut-être prévoir dans l'accord d'échanges compensés la création d'un comité mixte de coordination. Il est bon que les parties traitent de questions telles que la fréquence et le lieu des réunions, la représentation des deux parties, la manière dont les résultats des réunions seront rapportés et le mandat du comité. Ce mandat consistera en général à évaluer les progrès réalisés dans l'exécution de l'opération, à analyser les difficultés et à envisager des solutions, à créer des groupes de travail pour traiter de problèmes précis et à examiner des propositions de modification de l'accord d'échanges compensés.

2. Confirmation de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés

65. Les parties pourront convenir que l'acheteur a le droit d'obtenir de la partie à laquelle l'engagement est dû une confirmation écrite de l'exécution de l'engagement. Cette confirmation peut prendre la forme d'une déclaration du fournisseur (parfois appelée "certificat libératoire"). Les parties pourront convenir que le certificat libératoire est une condition du paiement dû au titre du contrat de fourniture conclu en l'application de l'engagement (par exemple, les dispositions de la lettre de crédit peuvent spécifier que le certificat libératoire doit figurer parmi les documents à présenter à la banque pour obtenir paiement). L'exécution de l'engagement peut également être *prouvée* par une clause du contrat de fourniture disposant que le contrat est conclu en exécution de l'engagement d'échanges compensés.

66. La confirmation écrite de l'exécution vise à éviter les désaccords qui peuvent se produire après qu'un contrat de fourniture donné a été exécuté, lorsqu'il s'agit de déterminer si ledit contrat doit être ou non pris en considération pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Elle peut également être utile à une partie qui souhaite démontrer (par exemple lorsqu'elle négocie d'autres accords d'échanges compensés) qu'elle s'acquitte comme il convient de ses engagements en la matière.

67. Lorsque des confirmations écrites sont envisagées dans le cadre d'une opération multiparties (voir le chapitre VIII, "Participation de *tiers*", par. ___ à ___), il est bon que l'accord d'échanges compensés indique si l'exécution de l'engagement doit être confirmée par le fournisseur des marchandises ou par la partie envers laquelle l'engagement a été pris. Faute d'une telle indication, il peut y avoir désaccord entre l'acheteur et la partie envers laquelle l'engagement a été pris quant à la portée d'une déclaration faite par un fournisseur tiers, selon laquelle un contrat de fourniture s'inscrit dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés, ou d'une clause à cet effet figurant dans un contrat de fourniture conclu avec un fournisseur tiers.

3. Comptes de relevé des opérations

68. Les parties peuvent convenir que les *contrats de fourniture dans les deux directions* doivent faire l'objet d'inscriptions dans un registre qu'elles tiendront elles-mêmes, ou qui sera tenu par une banque ou par un organisme de contrôle. Ce registre est appelé ci-après "compte de relevé des opérations", expression fréquemment utilisée dans la pratique. *On peut également rencontrer dans la pratique des expressions telles que "compte d'enregistrement" ou "compte des opérations commerciales"*. Ce compte n'est pas un mécanisme de paiement. Il est en fait utilisé pour enregistrer la conclusion, l'exécution et la valeur des contrats de fourniture, le financement et le paiement étant organisés séparément. Avec un compte de relevé des opérations, les parties prennent un engagement d'échanges compensés d'une valeur donnée, puis concluent des contrats de fourniture dans les deux directions, sans avoir à négocier un engagement d'échanges compensés pour chaque contrat. Ces comptes peuvent être utilisés quand il y a plusieurs parties d'un côté ou des deux côtés de l'opération. Ils sont particulièrement utiles dans les opérations d'échanges compensés à long terme pour contrôler la valeur cumulée des achats effectués dans les deux directions et donc aider les parties à remédier aux déséquilibres qui pourraient se produire.

69. L'utilisation d'un compte de relevé des opérations peut être soumise à une réglementation nationale indiquant de quelle manière doit fonctionner un tel compte et disposant que ce compte doit être géré par un organisme de contrôle, tel que la banque centrale ou une banque du commerce extérieur. Si le compte de relevé des opérations est géré par un organisme de contrôle, l'acheteur peut avoir accès à une plus grande diversité de marchandises et de partenaires commerciaux. Les réglementations nationales peuvent également disposer que ces comptes sont soumis à autorisation. Cette autorisation pourra n'être donnée que pour des opérations d'échanges compensés dépassant un niveau minimum et à condition que les parties soient effectivement présentes dans un pays donné. Dans certains cas, le compte est autorisé à condition que les achats effectués par des tiers ne soient pas pris en compte pour l'exécution de l'engagement; une telle restriction peut être imposée lorsque ce compte est autorisé afin de permettre l'établissement de relations commerciales à long terme avec une partie donnée. Les marchandises à échanger peuvent être limitées à celles qui ont été convenues par les parties ou à celles que l'organisme de contrôle souhaite promouvoir.

70. Lorsque les parties sont libres de créer un compte de relevé des opérations, elles peuvent décider de gérer ce compte elles-mêmes, ou d'engager une banque ou des banques à cette fin. Diverses structures sont possibles, selon que le compte est géré par une partie, par les deux parties, ou par une ou plusieurs banques engagées par les parties. Par exemple, des comptes parallèles pourront être créés par une partie ou une banque pour chaque côté de l'opération, comptes sur lesquels les fournitures seront créditées et les achats débités. Chaque compte parallèle pourra comporter deux registres, l'un faisant la liste des contrats conclus dans chaque direction, l'autre indiquant les paiements effectués. Si des banques doivent gérer le compte, les parties voudront peut-être faire appel à celles qui gèrent le paiement des contrats de fourniture.

71. L'accord d'échanges compensés devrait spécifier les documents requis pour que des écritures soient portées sur le compte de relevé des opérations (par exemple, copies de contrats, preuve de l'ouverture de lettres de crédit, ou documents d'expédition). Ces exigences documentaires doivent être conformes aux dispositions de l'accord d'échanges compensés concernant le moment auquel l'engagement est réputé avoir été exécuté (voir les *paragraphes 35 à 37* ci-dessus). Afin de réduire au minimum les problèmes administratifs, les parties voudront peut-être aligner dans toute la mesure possible les conditions documentaires relatives au compte de relevé des opérations sur celles énoncées par tout organisme gouvernemental contrôlant l'opération d'échanges compensés.

72. Il est bon que les parties traitent dans l'accord d'échanges compensés de la question des écarts par rapport au ratio convenu entre la valeur des expéditions faites dans une direction et celle des expéditions dans l'autre direction. *Il pourra être décidé que le ratio convenu devra être atteint à la conclusion du délai d'exécution ou à des étapes spécifiées de ce délai, mais que la valeur des expéditions pourra s'écarter du ratio convenu durant le délai d'exécution ou entre les étapes spécifiées de ce délai.* Les parties pourront en outre convenir que tout écart durant le délai d'exécution devra rester dans des limites données. Par exemple, la valeur des expéditions dans une direction ne devra pas être inférieure à 60 % ou supérieure à 120 % de la valeur des expéditions dans l'autre direction. Il pourra être convenu que, *si une partie ne conclut pas les contrats de fourniture requis pour arriver au ratio convenu, l'autre partie aura le droit de suspendre la conclusion des contrats, ou de suspendre l'expédition des marchandises dans l'autre direction jusqu'à ce que le ratio soit atteint (voir aussi le chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", par. ___). Il peut aussi être convenu que des sanctions seront encourues si le ratio convenu n'est pas atteint* (voir les chapitres XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", et XII, "Garantie de bonne exécution"). Il est bon de préciser dans l'accord d'échanges compensés quels seront les écarts qui seront tolérés.

73. Afin de réduire au minimum les erreurs ou incohérences dans le compte de relevé des opérations, *il est bon que* les parties conviennent *de* vérifier à des moments donnés les informations qui y sont portées.

74. Lorsque deux banques sont chargées de gérer le compte de relevé des opérations, les détails techniques relatifs à la tenue de compte peuvent faire l'objet d'un accord interbanques. Les parties ont intérêt à connaître la teneur d'un tel accord, bien qu'elles n'y soient normalement pas parties. Il est donc bon qu'elles consultent les banques, afin de s'assurer que le compte créé par les banques est acceptable pour elles.

A/CN.9/362/Add.5]

V. REMARQUES GÉNÉRALES SUR LA RÉDACTION

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Remarques générales	1-9
B. Langues à utilises	10-12
C. Parties à l'opération	13-15
D. Notifications	16-20
E. Définition	21-24

[*Note des rédacteurs.* Le présent projet de chapitre V est une version révisée du projet de chapitre IV qui portait le même titre et qui a été publié sous la cote A/CN.9/332/Add.3. Lorsque la numérotation d'un paragraphe a changé, l'ancien numéro apparaît entre crochets au début dudit paragraphe. Les modifications apportées aux paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.3 sont en italique.]

A. Remarques générales

1. Une opération d'échanges compensés est en général le résultat de multiples communications écrites et orales entre les parties. Chaque partie pourra juger souhaitable d'établir une liste récapitulative des mesures à prendre lors de la négociation et de l'élaboration des contrats constitutifs de l'opération (l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture). Une telle liste permettra de réduire les risques d'omission ou d'erreur durant les étapes précédant la passation du contrat. Une partie voudra peut-être également envisager de recourir à des conseillers juridiques ou techniques qui l'aideraient à rédiger le contrat. Si les opérations d'échanges compensés deviennent rapidement routinières pour les parties ayant l'expérience de tels échanges, même des opérations simples peuvent poser des problèmes aux nouveaux venus, qui devront faire appel à de tels conseillers. Pour les opérations complexes, même des parties expérimentées pourront avoir besoin de ces conseils.

2. La mise sur pied de l'opération d'échanges compensés pourra être facilitée si les parties conviennent que des négociations sur les principales questions techniques et commerciales précéderont l'élaboration du premier projet d'accord d'échanges compensés et de tout contrat de fourniture. Par la suite, une des parties pourra être priée de soumettre un premier projet, fondé sur les éléments qui auront été convenus durant ces négociations. Ce premier projet pourra alors être examiné et modifié et l'on établira ainsi un jeu préliminaire de documents contractuels qui, après révision et mise au point, régiront la relation entre les parties.

3. Les règles juridiques applicables à l'accord d'échanges compensés peuvent imposer la forme écrite. Même si cette forme n'est pas obligatoire, il est *recommandé* que les parties expriment leur accord par écrit, afin d'éviter tout litige quant aux conditions effectivement convenues. Si les parties décident que toute modification à l'accord sera sous forme écrite, il est bon que cette condition soit énoncée dans l'accord. *Cependant, même si une telle condition a été énoncée dans l'accord d'échanges compensés, il peut y avoir des cas où une modification peut être faite autrement que par écrit. Dans un certain nombre de systèmes juridiques, il existe des règles, comparables à celles du paragraphe 2 de l'article 29 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, en vertu desquelles le comportement de l'une des parties peut l'empêcher d'invoquer une clause d'un contrat disposant que toute modification ou résiliation dudit contrat doit être faite par écrit si l'autre partie s'est fondée sur ce comportement.*

4. *Il est souhaitable que les parties précisent* les rapports entre les documents contractuels d'une part et les échanges verbaux, échanges de correspondance et projets de documents se situant dans le cadre des négociations d'autre part. Elles voudront peut-être stipuler que ces communications et projets de documents ne font pas partie du contrat. Elles peuvent en outre énoncer qu'ils ne sauraient être utilisés pour interpréter le contrat, ou bien qu'ils pourront être utilisés à cette fin, dans la mesure où la loi applicable le permet. En vertu de la loi applicable au contrat, les échanges verbaux, *les déclarations et le comportement d'une partie, ainsi que* les échanges de correspondance peuvent être utilisés pour l'interprétation du contrat, même s'ils sont postérieurs à la conclusion du contrat.

5. Les parties devront veiller à ce que les dispositions contractuelles exprimées par écrit soient dénuées de toute ambiguïté et ne suscitent pas de divergences et que les rapports entre les différents documents constitutifs de l'opération soient clairement établis. Ce souci de précision peut revêtir une importance particulière lorsque les opérations d'échanges compensés doivent être exécutées sur une longue période et peuvent devoir être administrées par des personnes n'ayant pas participé aux négociations durant les premières étapes de l'opération (par exemple dans le cas d'opérations d'achat en retour ou de compensation industrielle). Chacune des parties pourra juger utile de désigner une personne qui sera chargée avant tout de surperviser l'établissement des documents contractuels. Il est bon que cette personne soit un rédacteur compétent ayant une connaissance approfondie des opérations internationales d'échanges compensés. Dans la mesure du possible, il serait bon qu'elle soit présente durant les négociations importantes. Chaque partie pourra juger utile de faire examiner les documents contractuels définitifs par une équipe ayant les connaissances voulues dans les domaines sur lesquels portent les documents en vue d'en assurer l'exactitude et la cohérence sur le plan tant de la forme que du fond.

6. Les règles juridiques applicables peuvent contenir des dispositions relatives à l'interprétation des contrats, ainsi que des présomptions quant au sens à donner à certains termes ou expressions tels que "prix raisonnable" (chap. VII, "Etablissement du prix des marchandises", par. 24), "*trust*" et "compte fiduciaire" (chap. IX, "Paiement", par. 16) et "pénalités" (chap. XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", par. ____). Il est conseillé aux parties de rédiger les contrats compte tenu de la loi applicable, afin de s'assurer que les expressions utilisées aient bien le sens voulu. Une formule possible est que la loi applicable soit déterminée tout au début des relations entre les parties (par exemple lors de l'ouverture des négociations). L'opération d'échanges compensés peut alors être négociée et élaborée compte tenu de cette loi. Selon une autre formule, les parties ne détermineront la loi applicable qu'après avoir mené des négociations sur les principales questions d'ordre technique et commercial et être parvenues à un certain degré d'accord. Elles peuvent ensuite revoir les avant-projets relatifs à l'opération — reflétant l'accord auquel elles sont parvenues — eu égard à la loi applicable, afin de veiller à ce que les dispositions convenues tiennent compte de cette loi. *L'opportunité de stipuler la loi applicable à l'accord d'échanges compensés et aux contrats de fourniture correspondants est examinée au chapitre XIV.*

7. Les parties devraient prendre en considération les règles juridiques impératives de nature administrative ou fiscale, ou de tout autre caractère public, qui sont en vigueur dans le pays de chaque partie et qui sont applicables à l'opération d'échanges compensés. Elles devraient également tenir compte des règles juridiques impératives de cet ordre en vigueur dans d'autres pays, lorsqu'elles sont applicables à l'opération. Certaines règles peuvent porter sur des aspects techniques de l'accord d'échanges compensés (par exemple, normes de sécurité applicables aux marchandises échangées, ou règles relatives à la protection de l'environnement) et les dispositions de l'accord ne devraient pas être incompatibles avec ces règles. D'autres règles peuvent imposer des restrictions à l'exportation ou à l'importation, ou un contrôle des changes (par exemple, elles peuvent stipuler que certains droits et obligations n'exerceront leurs effets qu'après que des licences d'importation ou d'exportation auront été accordées, ou que des paiements ou l'utilisation d'un mécanisme de paiement donné auront été approuvés). Les règles juridiques relatives à la fiscalité devront sans doute être prises en considération et les parties voudront peut-être inclure dans l'accord d'échanges compensés des dispositions relatives à l'assujettissement à l'impôt. *La question des dispositions impératives est aussi examinée au chapitre XIV, "Choix de la loi applicable", paragraphes ___ à ___.*

8. Les parties voudront peut-être étudier si l'accord d'échanges compensés doit comporter des exposés introductifs. Ces exposés peuvent énoncer les considérations présentées par l'une des parties ou les deux, qui les ont amenées à conclure l'accord. Ils peuvent aussi *énoncer les objectifs commerciaux à atteindre grâce à l'opération ou* décrire le contexte dans lequel l'accord a été conclu. La mesure dans laquelle ces exposés peuvent être utilisés pour l'interprétation des dispositions de l'accord qu'ils introduisent varie selon les systèmes juridiques, et leurs incidences sur l'interprétation peuvent être incertaines. C'est pourquoi, si les parties veulent que les exposés soient pris en considération pour l'interprétation ou l'exécution de l'accord, il sera peut-être préférable d'en reprendre la teneur dans les dispositions de l'accord.

9. Les parties jugeront peut-être utile d'examiner des formules types d'accords d'échanges compensés, des conditions générales, des clauses types ou des accords d'échanges compensés conclus précédemment, afin de s'en inspirer pour l'établissement des documents contractuels. Ces textes pourront aider les parties à préciser les points à traiter dans leurs négociations. Toutefois, il ne serait pas judicieux d'adopter telles quelles des dispositions figurant dans ces documents sans procéder à un examen critique. Il se peut que ces dispositions, dans leur ensemble, ne permettent pas d'obtenir l'équilibre des intérêts souhaité ou ne reflètent pas fidèlement les conditions convenues par les parties. Celles-ci jugeront peut-être bon de comparer les méthodes adoptées dans ces formules, conditions ou accords avec celles que recommande le guide juridique.

B. Langues à utiliser

10. Les contrats constitutifs de l'opération d'échanges compensés (c'est-à-dire l'accord d'échanges compensés et les différents contrats de fourniture) peuvent être tous rédigés dans une seule langue (qui peut être la langue de l'une ou l'autre des parties, mais pas nécessairement), ou dans les langues des deux parties si elles sont différentes, ou encore l'accord d'échanges compensés peut être rédigé dans une langue et les contrats de fourniture dans une autre. Lorsque la conclusion de l'accord d'échanges compensés précède celle des contrats de fourniture dans les deux directions (chap. III, "Approche contractuelle", par. 19), ou lorsqu'elle précède la conclusion du contrat de contre-exportation (chap. III, par. 12 à 18), il est bon que l'accord spécifie la langue des contrats. Une telle spécification avant le début de la négociation d'un contrat de fourniture peut faciliter la préparation de ces négociations et permettre d'éviter des désaccords.

11. L'élaboration d'un contrat dans une seule langue réduira les risques de conflit concernant l'interprétation d'une de ses dispositions. La rédaction de tous les contrats constitutifs de l'opération dans la même langue permettra de réduire les risques de conflits entre deux contrats connexes. Par contre, chaque partie comprendra sans doute mieux ses droits et obligations s'il existe une version du contrat dans sa langue. En outre, lorsque des instructions détaillées ou complexes, découlant directement du contrat, doivent être données au personnel de l'une ou l'autre partie, il pourra être particulièrement important que le contrat soit dans la langue dans laquelle les instructions doivent être données. *Les parties peuvent décider que certaines annexes de l'accord d'échanges compensés ou d'un contrat de fourniture (par exemple, celles où sont énoncées les spécifications techniques), seront rédigées ou traduites dans une langue particulière. Si des traductions sont envisagées, il est bon de déterminer qui prendra en charge les dépenses correspondantes.* Si une seule langue doit être utilisée, les parties voudront peut-être tenir compte des facteurs suivants pour choisir cette langue : il serait bon que la langue retenue soit comprise par les cadres de chaque partie qui seront chargés d'exécuter le contrat; il serait utile que la langue soit une langue couramment employée dans le commerce international; le règlement des litiges sera sans doute facilité si la langue choisie est la langue dans laquelle la procédure sera menée, ou la langue — ou l'une des langues — du pays dont la loi est applicable.

12. Si les parties n'établissent pas les contrats dans une seule langue, il serait bon de spécifier dans ces contrats quelle version linguistique prévaudra en cas de conflit entre deux versions. Par exemple, si les négociations doivent être menées dans l'une des langues, les parties voudront peut-être stipuler que c'est la version établie dans la langue dans laquelle les négociations auront été menées qui prévaudra. Une disposition stipulant que l'une des langues prévaudra incitera sans doute les parties à préciser autant que possible le texte établi dans cette langue. Les parties voudront peut-être qu'une langue prévale pour certains segments de l'opération ou pour certains documents contractuels (par exemple, l'accord d'échanges compensés ou des documents techniques relatifs à l'accord ou à un contrat de fourniture) et qu'une autre langue prévale pour les autres contrats ou documents. Lorsque les parties stipulent que les deux langues auront le même statut, elles devront s'efforcer d'énoncer des directives en cas de divergence entre les deux versions linguistiques. Elles pourront stipuler, par

exemple, que l'accord sera interprété conformément aux pratiques que les parties auront convenues entre elles et aux usages normalement suivis dans le commerce international en ce qui concerne les accords de cet ordre. Les parties voudront peut-être également énoncer que, lorsqu'un terme du contrat n'est pas clair dans une langue, on pourra se référer au terme correspondant dans l'autre langue pour le préciser.

C. Parties à l'opération

13. Lorsqu'un contrat relatif à l'opération (l'accord d'échanges compensés ou un contrat de fourniture) consiste en plusieurs documents, les parties voudront peut-être se définir et se décrire elles-mêmes dans un document principal, venant en premier dans l'ordre logique des documents constituant le contrat. Ce document devrait énoncer, sous une forme juridiquement exacte, le nom des parties, indiquer leur adresse, consigner le fait que les parties ont passé un contrat, exposer brièvement l'objet du contrat et être signé par les parties. Il devrait aussi consigner la date et le lieu auxquels le contrat a été signé, ainsi que la date prévue pour son entrée en vigueur. Toute mention ultérieure des parties dans le contrat se trouverait sans doute facilitée s'il était spécifié dans le document principal que, dans ce document et dans les documents secondaires, les parties seront désignées par les abréviations convenues ou par des expressions telles que l'exportateur, l'importateur, le contre-exportateur, le contre-importateur, la société de commerce. Il se peut qu'une partie ait plusieurs adresses (par exemple, l'adresse de son siège ou l'adresse d'une succursale par l'intermédiaire de laquelle le contrat a été négocié) et il est préférable en pareil cas de spécifier dans le document l'adresse à laquelle les notifications destinées à l'une des parties doivent être expédiées.

14. Les parties aux opérations d'échanges compensés sont en général des personnes morales. En pareil cas, le contrat pourra indiquer sur quelles bases se fonde leur statut juridique (par exemple, constitution en société en application de la loi de tel ou tel pays). Il se peut que la capacité des personnes morales à passer des contrats soit limitée. Aussi une partie souhaitera-t-elle peut-être, à moins d'être certaine de la capacité de l'autre partie à passer le contrat, demander à cette dernière de fournir la preuve de sa capacité. Si une partie au contrat est une personne morale, l'autre partie voudra peut-être avoir la preuve que l'employé de cette personne morale qui signe le contrat a qualité pour engager ladite personne morale. *Lorsqu'un organisme public est partie à l'opération d'échanges compensés, une autorisation spéciale peut être nécessaire pour conclure l'accord d'échanges compensés ou le contrat de fourniture. Un organisme public peut aussi avoir besoin d'une autorisation spéciale pour conclure une convention d'arbitrage et y inclure une clause selon laquelle il accepte de se conformer à la sentence rendue par le tribunal arbitral.*

15. [*Paragraphe 14, dernière phrase*] Si le contrat est conclu par un représentant au nom d'un mandant, le nom, l'adresse et le statut du représentant et du mandant peuvent être spécifiés et il peut être souhaitable de joindre en annexe au contrat la preuve des pouvoirs du mandant habilitant le représentant à passer le contrat en son nom.

D. Notifications

16. [15] Dans le cadre des opérations d'échanges compensés, l'une des parties est souvent tenue de notifier à l'autre partie certains faits ou circonstances. Ces notifications peuvent être requises, par exemple, aux fins suivantes : ouvrir des négociations pour la conclusion d'un contrat de fourniture, faciliter la coopération dans l'exécution du contrat, permettre à une partie à laquelle notification est donnée de prendre des mesures, soit en tant que condition de l'exercice d'un droit, soit en tant que moyen d'exercer ce droit. Les parties voudront peut-être examiner et régler dans leur contrat certaines questions qui se posent à propos de ces notifications.

17. [16] Afin d'éviter toute incertitude, il est souhaitable d'exiger que toutes les notifications prévues dans l'opération d'échanges compensés soient faites par écrit, encore que, dans certains cas exigeant une action immédiate, les parties souhaiteront peut-être stipuler que les notifications pourront être faites verbalement — directement ou par téléphone — et confirmées ultérieurement par écrit. Les parties voudront peut-être définir ce qu'il faut entendre par "écrit" (voir le paragraphe 21 ci-après) et spécifier quels sont les moyens acceptables pour l'acheminement des notifications (voie de surface, courrier aérien, télex, télégraphe, télécopie, échange électronique de données). Toutefois, il faudrait s'efforcer de ne pas limiter les moyens de notification au point que, au cas où les moyens spécifiés ne seraient pas utilisables, aucune notification valide ne puisse être faite. Les parties voudront peut-être également spécifier la langue dans laquelle les notifications devront être faites (par exemple, la langue du contrat).

18. [17] Pour ce qui est du moment auquel une notification exerce ses effets, deux solutions peuvent être envisagées. Selon la première, la notification est valable dès son expédition par la partie notifiante, ou après l'expiration d'un délai donné à compter de l'expédition. Selon l'autre solution, les parties peuvent stipuler que la notification n'est valable que lorsqu'elle est remise à la partie destinataire (voir le paragraphe 21 ci-après). Dans le premier cas, le risque de défaut d'acheminement ou d'erreur de l'organisme chargé de l'acheminement incombe à la partie à laquelle la notification est adressée, alors que, dans le second cas, il incombe à la partie expédiant la notification. Les parties jugeront peut-être avantageux de choisir un mode de transmission de la notification qui fournisse la preuve de l'expédition ou de la remise et du moment auquel la notification a été expédiée ou remise. Il est également possible de stipuler que la partie à laquelle notification est donnée doit accuser réception de la notification. Il est peut-être bon d'énoncer dans le contrat une disposition générale selon laquelle, sauf disposition contraire, l'une ou l'autre des deux solutions concernant le moment auquel une notification produit effet (à l'expédition ou à la remise) s'appliquera aux notifications mentionnées dans le contrat. Des dérogations à la solution d'ensemble retenue peuvent se révéler pertinentes pour certaines notifications.

19. [Nouveau paragraphe] Les parties voudront peut-être spécifier les adresses des services de société ou des représentants des parties auxquels les notifications devront

être envoyées. Des destinataires différents pourront être spécifiés selon les types de notifications.

20. [18] Les parties voudront peut-être spécifier les conséquences juridiques d'un défaut de notification. Elles voudront peut-être également spécifier les conséquences d'un défaut de réponse à une notification supposant une réponse. Par exemple, lorsque les parties envisagent une série d'expéditions *dans une direction ou dans les deux directions*, elles pourront stipuler que, si le fournisseur informe l'acheteur qu'une quantité donnée de marchandises pourra être expédiée à une date donnée, l'acheteur sera réputé avoir accepté, s'il ne fait pas d'objection.

E. Définitions

21. [19] *Il est bon* de définir certains termes ou concepts clefs fréquemment utilisés dans l'accord d'échanges compensés ou dans un contrat de fourniture. Les définitions sont particulièrement utiles dans les contrats entre des parties de pays différents, même si elles utilisent la même langue, car certains termes ou concepts n'auront sans doute pas exactement le même sens dans les deux pays. Elles sont également utiles lorsque les contrats sont rédigés dans deux langues, car elles permettent de réduire les risques d'erreur de traduction. L'insertion d'une définition garantit que le terme ou concept défini est pris dans la même acception partout où il apparaît dans l'accord ou dans le contrat et elle dispense d'avoir à préciser le sens qu'on lui donne à chaque fois qu'il est employé. Une définition est souhaitable si un terme qui doit être employé est ambigu. Les définitions sont parfois assorties d'une réserve, selon laquelle les termes définis ont le sens que le contrat leur donne, "à moins que le contexte n'exige une interprétation différente". Cette réserve couvre l'éventualité où un mot défini aurait été employé par inadvertance dans un contexte où il ne pourrait avoir le sens que la définition lui donne. Il est bon que les parties examinent le contrat avec le plus grand soin pour s'assurer que les termes définis ont le sens qui leur a été donné, *quel que soit l'endroit où ils figurent.*

22. [20] Etant donné qu'une définition est en général conçue comme devant s'appliquer d'un bout à l'autre d'un accord ou d'un contrat, la liste des définitions peut être incluse dans le document principal. Toutefois, si un terme qu'il convient de définir n'est employé que dans une disposition ou une section données de l'accord ou du contrat, il peut être plus commode de faire figurer la définition dans la disposition ou la section en question.

23. [21] *Les parties souhaiteront peut-être* définir des termes tels que "accord d'échanges compensés", "écrit", "expédition d'une notification" et "remise d'une notification". Elles souhaiteront peut-être examiner les exemples ci-après :

> *Accord d'échanges compensés.* L'expression "accord d'échanges compensés" désigne les documents suivants : *a)* présent document; *b)* liste des marchandises à échanger; *c)* ... . Elle est utilisée dans ce sens dans tous lesdits documents.
>
> *Ecrit.* Le terme "écrit" s'entend des déclarations figurant dans un message télex, un message télécopié, un télégramme ou tout autre mode de télécommunication permettant de conserver un enregistrement de la teneur de ces déclarations.
>
> *Expédition d'une notification.* Il y a "expédition d'une notification" par une partie lorsque ladite notification est dûment adressée et transmise à l'entité compétente pour acheminement par un mode autorisé aux termes du contrat.
>
> *Remise d'une notification.* Il y a "remise d'une notification" à une partie lorsque celle-ci est remise à ladite partie ou lorsqu'elle est déposée à l'adresse de ladite partie à laquelle, aux termes du contrat, la notification peut être déposée, que la notification soit ou non portée à l'attention de la personne chargée d'y donner suite.

24. [22] Les parties jugeront peut-être utile, lorsqu'elles établiront leurs propres définitions, d'examiner les définitions données dans le présent guide des différents concepts couramment utilisés dans les opérations d'échanges compensés. Ces définitions peuvent être retrouvées à partir de l'index figurant dans le Guide.

[A/CN.9/362/Add.6]

VI. TYPE, QUALITÉ ET QUANTITÉ DES MARCHANDISES

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Remarques générales	1-2
B. Type des marchandises	3-23
1. Remarques générales	3-6
2. Liste des marchandises possibles	7-14
3. Services	15
4. Technologie	16-23

	Paragraphes
C. Qualité des marchandises	24-32
1. Spécification de la qualité	25-28
2. Contrôle précontractuel de la qualité	29-32
a) Identité de l'inspecteur	30
b) Procédures d'inspection	31
c) Suite donnée au rapport d'inspection	32
D. Quantité des marchandises	33-39
E. Modification des dispositions relatives au type, à la qualité et à la quantité des marchandises	40-41

[*Note des rédacteurs*. Le présent projet de chapitre VI est une révision du projet de chapitre V, "Type, qualité et quantité des marchandises", publié sous la cote A/CN.9/332/Add.4. La note entre crochets figurant au début de chaque paragraphe indique qu'il s'agit d'un nouveau paragraphe ou rappelle le numéro sous lequel ce paragraphe figurait dans le document A/CN.9/332/Add.4. Les révisions de paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.4 sont en italique. Un astérisque indique les endroits où un passage a été supprimé sans être remplacé par un nouveau texte.]

A. Remarques générales

1. [*Nouveau paragraphe*] Comme indiqué au paragraphe 2 du chapitre II, les considérations relatives aux "marchandises" s'appliquent d'une manière générale aux services et à la technologie. Chaque fois que nécessaire, le présent chapitre traite de certaines questions spéciales concernant les services et la technologie.

2. [1] Les parties peuvent soit déterminer dans l'accord d'échanges compensés le type de marchandises qui fera l'objet du contrat de fourniture, en ne faisant peut-être référence qu'à de grandes catégories de marchandises, soit ne pas stipuler ce type. Plus l'accord d'échanges compensés sera précis quant au type de marchandises, plus il sera aisé de préciser dans l'accord la quantité et la qualité des marchandises. Et plus le type, la qualité et la quantité des marchandises seront précisés, plus le contrat de fourniture aura de chances d'être conclu. Parfois, bien que le type des marchandises soit déterminé dans l'accord d'échanges compensés, la détermination de la qualité et de la quantité est laissée à plus tard, parce que les éléments sur lesquels les parties souhaitent fonder leur décision en la matière ne sont pas encore pleinement connus*.

B. Type des marchandises

1. Remarques générales

3. [2] Diverses considérations peuvent être prises en compte pour le choix du type de marchandises. Le fournisseur préférera qu'il s'agisse de marchandises qui soient aisément disponibles, ou qu'il souhaite introduire sur un nouveau marché, alors que l'acheteur voudra acheter des marchandises dont il a besoin, ou qui pourront être aisément revendues. La liberté qu'ont les parties de convenir du type de marchandises à échanger dans une direction, ou dans les deux, peut être limitée par des règlements nationaux *visant spécifiquement les types de marchandises susceptibles d'être concernées par des opérations d'échanges compensés*. Par exemple, dans certains pays, la réglementation interdit que certains types de marchandises soient offerts dans le cadre d'une opération d'échanges compensés si le *paiement n'est pas effectué en devises au compte de l'exportateur**. De telles réglementations peuvent également énoncer que l'importation de certains types de marchandises n'est autorisée que si l'exportateur convient d'acheter des marchandises en retour.

4. [3] Le choix des parties quant au type de marchandises peut également être limité par des règlements nationaux prescrivant que les marchandises doivent provenir du pays, ou d'une région donnée du pays, ou doivent être achetées à un secteur économique, ou à un groupe de fournisseurs donnés. Ces restrictions quant à l'origine et à la source des marchandises se rencontrent en particulier lorsque la partie qui sollicite un engagement d'échanges compensés est une entité du secteur public*. Les clauses de l'accord relatives à de telles restrictions sont traitées au chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", paragraphes 26 à 28, et au chapitre VIII, "Participation de tiers", paragraphes ___ à ___. *Outre les règlements concernant spécifiquement les échanges compensés dont il a été question dans les deux paragraphes qui précèdent, il peut exister des restrictions générales applicables aux exportations et aux importations de marchandises qui peuvent affecter la liberté qu'ont les parties de choisir les marchandises à échanger dans le cadre d'opérations d'échanges compensés.*

5. [*Nouveau paragraphe*] Les parties voudront peut-être s'assurer, avant de s'engager dans une opération d'échanges compensés, qu'il n'existe en principe aucun obstacle à l'obtention des licences d'exportation et d'importation requises si les conditions prescrites sont remplies. Une telle assurance, qui peut être donnée par une partie à l'opération ou par un tiers, peut être justifiée, par exemple, dans le cas d'opérations d'échanges compensés qui demandent la mobilisation d'une proportion importante des capacités de production ou la divulgation d'informations technologiques. Dans des opérations de ce genre, le refus d'une licence pourrait causer de plus grandes difficultés que dans le cas d'une opération de vente ordinaire.

6. [*Nouveau paragraphe*] Si les pouvoirs publics imposent une restriction à l'importation ou à l'exportation

des marchandises après que les parties se sont mises d'accord sur le type de celles-ci, les parties se trouveront empêchées d'honorer un engagement d'échanges compensés ou un contrat de fourniture. Ces empêchements sont examinés au chapitre XIII, "Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés", par. ___.

2. *Liste des marchandises possibles*

7. [4] Lorsque les parties concluent un accord sans déterminer le type de marchandises, elles voudront peut-être inclure dans l'accord une liste de marchandises possibles, dont l'achat s'inscrira dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés. Lorsque l'accord est conclu avant les contrats de fourniture dans les deux directions (voir le chapitre III, "Approche contractuelle", par. 20 et 21), il peut y avoir deux listes, une pour chaque direction. La liste des produits peut être jointe à l'accord d'échanges compensés au moment de la signature, ou elle peut être convenue ultérieurement.

8. [5] L'accord d'échanges compensés devrait bien préciser la nature et la portée de l'engagement pris par les parties en ce qui concerne la liste des marchandises possibles. Le fournisseur peut s'engager à offrir tous les types de marchandises figurant sur la liste, auquel cas l'acheteur sera libre de choisir parmi ces différents types, à moins que l'accord ne limite son choix. Il peut par exemple limiter le nombre des différents types de marchandises pouvant être achetés, ou imposer un niveau minimum ou maximum pour l'achat de certains types de marchandises.

9. [6] L'engagement pris par le fournisseur quant à la disponibilité des marchandises peut être limité à certains types de marchandises figurant sur la liste, auquel cas l'acheteur sera libre de choisir parmi les marchandises dont l'accord d'échanges compensés stipule qu'elles sont disponibles. L'achat d'autres types de marchandises dont la disponibilité n'est pas garantie, pourra faire l'objet de négociations ultérieures.

10. [7] Il peut être convenu que l'engagement d'échanges compensés pris par l'acheteur sera réduit dans la mesure où le fournisseur ne mettra pas à sa disposition les types de marchandises dont l'accord d'échanges compensés stipule qu'ils doivent être disponibles (voir le chapitre XIII, "Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés", par. ___). En outre, l'engagement pris par le fournisseur d'offrir les marchandises figurant sur une liste peut être confirmé par une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale (voir le chapitre XI, "Dommages-intérêts spécifiés et pénalités") ou par une garantie (voir le chapitre XII, "Garantie de bonne exécution").

11. [8] Lorsque le fournisseur ne prend pas d'engagement quant à la disponibilité de tel ou tel type de marchandises figurant sur la liste, la détermination des types de marchandises effectivement disponibles se fera lors de négociations ultérieures. Si le fournisseur n'offre aucune des marchandises figurant sur la liste, l'acheteur ne sera pas tenu responsable de la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir le chapitre XIII, "Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés", par. ___).

12. [9] Les parties voudront peut-être stipuler dans l'accord d'échanges compensés que l'acheteur est tenu de fournir dans un délai donné des indications permettant de déterminer avec précision les marchandises dont il aura besoin, afin que le fournisseur puisse faire une offre correspondante. L'accord peut indiquer que ces indications seront fournies par un tiers (par exemple, une maison de commerce engagée pour acheter des marchandises, ou un utilisateur final).

13. [10] Les accords d'échanges compensés étant souvent conclus pour créer de nouvelles possibilités d'exportation ou pour ouvrir de nouveaux marchés, le choix des marchandises à échanger pourra être fondé sur la condition suivante : les marchandises doivent être un produit d'exportation non traditionnnel du fournisseur, ou, s'il s'agit d'un produit d'exportation traditionnel, elles doivent être revendues sur un nouveau marché. Lorsque l'acheteur a déjà effectué des achats auprès du fournisseur, ou s'il s'était précédemment engagé à acheter des marchandises au fournisseur, l'accord d'échanges compensés pourra stipuler que l'achat devra porter sur un type nouveau de marchandises et avoir pour conséquences d'élever les ventes au-delà des niveaux précédemment fixés afin de pouvoir être pris en compte pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir également les paragraphes 5 et 6 du *chapitre IV* concernant la notion de "quantité additionnelle" en tant que facteur à prendre en compte pour déterminer *l'étendue de l'engagement d'échanges compensés*). Il est bon que l'accord définisse ce que doivent être les nouveaux produits ou les nouveaux marchés, soit en indiquant ceux qui seront considérés comme nouveaux, soit en précisant ceux qui ne seront pas considérés comme nouveaux.

14. [11] Il peut être utile que l'accord d'échanges compensés prévoie un mécanisme pour la détermination du type des marchandises, notamment dans les opérations à long terme, ou celles mettant en jeu un grand nombre de parties. Par exemple, les parties voudront peut-être constituer un comité mixte qui se réunira à intervalles réguliers pour déterminer les marchandises à échanger et contrôler l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Les mécanismes mis en place à cette fin devront être coordonnés avec le calendrier d'exécution. (Voir le chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 17 à 20; la question des négociations est traitée en termes généraux au chapitre IV, par. *56 à 60*.) On pourra également faire appel à ce comité mixte pour fixer le prix des marchandises (voir le chapitre VII, "Etablissement du prix des marchandises", par. ___).

3. *Services*

15. [*Nouveau paragraphe*] Lorsqu'un contrat de fourniture doit porter sur des services, il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés décrive ceux-ci de manière aussi précise que possible. Même si les parties n'ont pas pu se mettre d'accord sur certains aspects du service envisagé au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, elles faciliteront les négociations ultérieures et augmenteront les chances de conclure le contrat prévu si elles décrivent dans l'accord d'échanges compensés les aspects de ce service sur lesquels elles sont en mesure de se mettre d'accord. Cette description dépendra du type de services

envisagés. Par exemple, si le futur contrat a pour objet un transport, les parties pourront faire figurer dans l'accord d'échanges compensés des points comme : les itinéraires, le type de véhicules ou de navires à utiliser, les équipements spéciaux dont le transporteur doit disposer, les types de marchandises à transporter, des considérations spéciales relatives aux marchandises dangereuses, les autorisations qui peuvent être nécessaires pour effectuer le transport et la partie responsable de l'obtention de ces autorisations. S'il s'agit d'un service de maintenance d'équipements industriels, l'accord d'échanges compensés pourrait, par exemple, indiquer dans leurs grandes lignes certains éléments du programme de maintenance, y compris le niveau d'efficience auquel les équipements doivent être maintenus. Ces éléments pourraient, par exemple, être les suivants : inspection périodique des équipements; manuel et procédures de maintenance; nettoyage; réglage et lubrification; remplacement des pièces défectueuses ou usées; durée pendant laquelle la maintenance doit être assurée; calendriers de maintenance; dossiers de maintenance; obligations des parties en ce qui concerne les pannes et réparations imprévues; modalités de calcul du prix du service.

4. *Technologie*

16. [*Nouveau paragraphe*] Les opérations d'échanges compensés peuvent porter sur le transfert de procédés technologiques nécessaires pour la fabrication de produits ou le transfert de connaissances et de compétences nécessaires pour l'utilisation d'un équipement industriel particulier. La communication de ces procédés, connaissances et compétences est souvent appelée transfert de technologie. Lorsqu'une opération d'échanges compensés comprend un transfert de technologie, celui-ci fait habituellement partie du contrat d'exportation, c'est-à-dire du contrat qui est conclu au moment de la mise en place de l'opération d'échanges compensés en même temps que l'accord d'échanges compensés qui prévoit la conclusion d'un contrat de contre-exportation. Par exemple, les contrats d'exportation conclus dans le cadre d'opérations d'achat en retour et de compensation industrielle indirecte comprennent le transfert de technologie. Dans certaines opérations d'échanges compensés, cependant, l'accord d'échanges compensés envisage la technologie à transférer dans le cadre d'un contrat de fourniture à conclure.

17. [*Nouveau paragraphe*] Le transfert de technologie peut être effectué de différentes manières. Il peut consister en l'octroi de licences d'utilisation de produits ou de procédés industriels qui font l'objet de diverses formes de propriété industrielle. La plupart des systèmes juridiques prévoient un enregistrement, sous certaines conditions, des inventions de produits ou de procédés industriels qui se trouvent ainsi reconnus et protégés par la législation relative à la propriété industrielle en vigueur sur le territoire du pays où l'enregistrement a eu lieu. Le détenteur de la propriété industrielle obtient le droit exclusif d'exploiter les produits ou les procédés qui font l'objet de la propriété industrielle. Une forme habituelle de protection de la propriété industrielle est constituée par les brevets. Lorsqu'un brevet a été accordé, pour une durée limitée qui est fixée par la loi, l'invention faisant l'objet de ce brevet ne peut être exploitée dans le pays qui a accordé le brevet qu'avec l'accord du détenteur de celui-ci. Une personne peut demander l'octroi d'un brevet dans plus d'un pays. Il existe des traités internationaux aux termes desquels l'enregistrement d'une invention auprès du bureau international qu'ils désignent assure une protection équivalente à un brevet national dans les Etats parties auxdits traités; il s'agit, par exemple, de la Convention sur la délivrance de brevets européens de 1973 et du traité établissant l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle de 1962 et 1977. La plupart des systèmes juridiques reconnaissent également d'autres formes de propriété industrielle. Par exemple, un signe distinctif servant à identifier les marchandises et indiquer leur origine (par exemple, un fabricant particulier) peut être protégé par son enregistrement sous la forme d'une marque de fabrique ou de commerce. Une marque protégée ne peut pas être utilisée sans l'autorisation du propriétaire dûment enregistré de celle-ci. Le transfert de technologie peut prendre la forme d'une licence d'utilisation d'une marque. Le détenteur d'un brevet ou le propriétaire d'une marque peut accorder une licence pour l'utilisation du brevet ou de la marque (c'est-à-dire autoriser, contre rémunération et dans les conditions fixées par la licence, l'utilisation du contenu du brevet ou de la marque). Certains systèmes juridiques reconnaissent des formes supplémentaires de propriété industrielle comme les modèles d'utilité et les dessins ou modèles industriels.

18. [*Nouveau paragraphe*] Lorsque l'acheteur a besoin d'une technologie particulière, il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés comporte une description aussi précise que possible de cette technologie. Dans certains cas, cependant, l'acheteur pourra préférer que les obligations du fournisseur de technologie soient principalement définies suivant certains critères relatifs aux résultats que permettrait l'utilisation de la technologie concernée (par exemple, production de marchandises dont la quantité et la qualité sont énoncées dans le contrat). En pareil cas, une description générale de la technologie pourra suffire en ce qui concerne l'accord d'échanges compensés et le fournisseur pourra être requis d'en donner une description détaillée au moment de la conclusion du contrat de fourniture.

19. [*Nouveau paragraphe*] Certains procédés industriels peuvent n'être connus que d'une ou de quelques entreprises. Ces entreprises peuvent n'avoir pas voulu, ou pas pu, protéger ces procédés industriels par voie d'enregistrement conformément à la législation relative à la propriété industrielle. Elles peuvent, par contre, garder à ces connaissances un caractère confidentiel. En pareil cas, le transfert de technologie pourra prendre la forme d'une mise à disposition de ces connaissances (généralement appelées "savoir-faire"). Ce transfert de savoir-faire peut être soumis à des conditions comme le respect du caractère confidentiel de ce savoir-faire par la partie à laquelle il a été transféré. L'information et les compétences nécessaires pour l'exploitation et la maintenance d'une usine peuvent être communiquées par la formation de personnel ou sous la forme d'une documentation. Une opération pourra prévoir le transfert de technologie suivant une ou plusieurs des méthodes décrites dans le présent paragraphe et le paragraphe précédent.

20. [*Nouveau paragraphe*] Le fournisseur de savoir-faire exigera habituellement que ce savoir-faire soit gardé

confidentiel. Cette confidentialité peut être requise à deux stades. Premièrement, le fournisseur pourra communiquer certains renseignements sur le savoir-faire pendant les négociations en vue de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, afin de permettre à l'acheteur de décider s'il souhaite conclure un accord d'échanges compensés et de faire des propositions concernant les conditions contractuelles. Le fournisseur désirera que l'acheteur conserve à ce savoir-faire un caractère confidentiel. Deuxièmement, lorsqu'un contrat de fourniture est conclu en application de l'accord d'échanges compensés, le fournisseur aura besoin que le savoir-faire supplémentaire qu'il communiquera par la suite soit gardé confidentiel. Pour ce faire, il pourra être nécessaire, sous le régime de certains systèmes juridiques, que les parties, avant d'engager des négociations, concluent un accord aux termes duquel l'acheteur s'engage à maintenir la confidentialité du savoir-faire qui sera communiqué durant les négociations et, par la suite, fassent figurer des dispositions concernant la confidentialité dans l'accord d'échanges compensés et dans le contrat de fourniture. Dans d'autres systèmes juridiques, cependant, l'obligation de confidentialité incombant à l'acheteur résulte de l'obligation qui est faite aux parties de négocier de bonne foi. Le fournisseur pourra vouloir examiner s'il est nécessaire de compléter par une disposition expresse l'obligation de confidentialité imposée par la loi.

21. [*Nouveau paragraphe*] La mesure dans laquelle des dispositions contractuelles peuvent imposer à l'acheteur des obligations en matière de confidentialité peut être régie par des règles juridiques impératives. Les points sur lesquels doivent porter ces dispositions contractuelles peuvent être les suivants : définition précise du savoir-faire qui doit être gardé confidentiel, durée pendant laquelle il doit être gardé confidentiel et mesure dans laquelle sa divulgation est autorisée (par exemple, divulgation autorisée dans des circonstances déterminées, ou à des personnes déterminées). Les parties voudront peut-être stipuler que l'obligation de confidentialité, ainsi que l'obligation de payer des redevances, prennent fin lorsque le savoir-faire qui doit être gardé confidentiel tombe dans le domaine public. Les parties voudront peut-être stipuler également, par exemple, qu'une personne engagée par l'acheteur comme conseiller au sujet du contrat de fourniture devra avoir accès au savoir-faire dans la mesure nécessaire pour l'exercice de ses fonctions de conseil. Elles pourront vouloir en outre stipuler que, s'il est mis fin à l'accord d'échanges compensés ou au contrat de fourniture en raison d'une défaillance du fournisseur, et si l'acheteur souhaite réaliser l'objectif du contrat de fourniture en traitant avec un autre fournisseur, l'acheteur sera autorisé à divulguer à l'autre fournisseur toute partie du savoir-faire qui pourra être nécessaire pour réaliser cet objectif. L'acheteur pourra cependant être tenu d'obtenir de son conseiller ou de l'autre fournisseur, avant la divulgation du savoir-faire, un engagement de ne pas divulguer celui-ci à des tiers.

22. [*Nouveau paragraphe*] Une obligation de confidentialité pourra devoir être imposée au fournisseur de technologie, par exemple, lorsque l'acheteur doit avoir l'exclusivité de l'utilisation de la technologie, ou lorsque le fournisseur de la technologie doit bénéficier d'améliorations apportées à celle-ci par l'acheteur. Les considérations exposées dans les deux paragraphes qui précèdent pourront être utiles pour la formulation d'une disposition contractuelle à cet effet.

23. [*Nouveau paragraphe*] Ce Guide juridique ne traite pas de manière exhaustive des négociations contractuelles relatives à l'octroi de licences ou à la fourniture de savoir-faire, car cette question n'est pas particulière aux échanges compensés et a été traitée en détail dans des publications d'organes des Nations Unies[1].

C. Qualité des marchandises

24. [12] La question de la qualité des marchandises pose deux grands problèmes que les parties voudront peut-être traiter dans l'accord d'échanges compensés. Il faut premièrement déterminer le niveau de qualité des marchandises et, deuxièmement, mettre en place des mécanismes pour vérifier, avant la conclusion d'un contrat de fourniture, que les marchandises offertes sont conformes à la qualité spécifiée (inspection précontractuelle). En s'accordant sur ces deux questions, les parties éviteront des désaccords sur d'autres questions : par exemple, la partie s'étant engagée à acheter des marchandises est-elle tenue d'acheter tel ou tel type offert par le fournisseur, ou les marchandises valent-elles le prix auquel elles sont offertes ?

1. Spécification de la qualité

25. [13] Si le type des marchandises n'est pas déterminé dans l'accord d'échanges compensés, ou s'il ne l'est que par référence à des catégories générales, il est impossible de définir précisément la qualité requise. Dans ce cas, les parties devront sans doute se limiter à des généralités du genre "qualité export", "première qualité" ou "qualité commerciale". Lorsque le type de marchandises est déterminé, il est conseillé d'être aussi précis que possible quant aux critères de qualité. *Si les marchandises sont des produits de base ou des produits semi-manufacturés dont le niveau de qualité est normalisé (par exemple, produits tréfilés, tôles d'acier ou produits pétrochimiques), il pourra être suffisant d'utiliser des descriptions générales de la qualité ou des caractéristiques d'une classe particulière de qualité. Dans le cas de produits manufacturés, il est souhaitable de*

[1]La négociation de contrats de licence de propriété industrielle et de fourniture de savoir-faire est traitée de manière détaillée dans le *Guide sur les licences pour les pays en développement* de l'OMPI (publication OMPI n° 620(F), 1977). Les principaux points à prendre en considération dans la négociation et la rédaction de contrats de ce genre sont exposés dans les *Principes directeurs pour l'évaluation des accords de transfert de technologie*, Organisation des Nations Unies pour le développement industriel, série "Mise au point et transfert de techniques", n° 12 (ID/233, 1979), et dans le *Guide sur la rédaction des contrats portant sur le transfert international de know-how (savoir-faire) dans l'industrie mécanique* (publication des Nations Unies, numéro de vente F.70.II.E.15). Deux autres publications traitent également de cette question : le *Manuel sur l'acquisition de la technologie par les pays en développement* (CNUCED/TT/AS/5, 1978) et le *Guide to Guarantee and Warranty Provisions in Transfer-of-Technology Transactions*, Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (établi conjointement par les secrétariats de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel et le Centre international pour les entreprises publiques dans les pays en développement) (ID/355, 1989). Un manuel sur le transfert de technologie est en cours de préparation à l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel.

définir la qualité de manière plus précise, par exemple par référence à une norme de qualité, à l'usage qui doit pouvoir être fait des marchandises, ou à des exigences en matière de conditionnement, de sécurité ou d'environnement.

26. [*Nouveau paragraphe*] Il convient de noter que la qualité des marchandises peut faire l'objet de différentes espèces de normes. Il peut exister des réglementations impératives énonçant certaines normes mesurables auxquelles les marchandises doivent satisfaire. En outre, le niveau de qualité à attendre des marchandises peut correspondre à un usage de la profession pour un marché ou secteur industriel particulier. De plus, des normes de qualité peuvent être énoncées dans des décisions de justice, par exemple lorsqu'un producteur est jugé responsable des dommages causés à l'utilisateur d'un produit parce que, de l'avis du tribunal, la conception de ce produit n'était pas sûre. Il peut également exister des normes ou des recommandations non impératives en matière de qualité qui ont été adoptées par des organes tels que des associations professionnelles, des chambres de commerce ou des associations d'utilisateurs ou de consommateurs. Des normes non obligatoires peuvent également être établies par des services gouvernementaux chargés de la formulation et de la tenue à jour des normes applicables aux marchandises vendues dans le commerce et aux services marchands. Les normes de qualité émanant des sources susmentionnées peuvent être différentes suivant les pays ou les marchés. Ces différences peuvent être importantes en ce qui concerne en particulier les biens de consommation et les services fournis aux consommateurs. Pour éviter des désaccords, il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés spécifie les normes auxquelles doivent satisfaire les marchandises échangées et, s'il existe un risque qu'une norme de qualité puisse être interprétée de manières différentes, il est souhaitable de la définir par référence à un pays ou un marché particulier.

27. [*Nouveau paragraphe*] Lorsqu'un futur contrat de fourniture doit porter sur un type particulier de service, il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés précise les normes de qualité qui devront être observées dans la fourniture de ce service. S'il existe des normes fixées par des organismes professionnels, la qualité du service pourra être décrite par référence à ces normes. En l'absence de normes de ce genre, l'accord d'échanges compensés pourra disposer que le service doit être fourni conformément aux normes qu'observerait un professionnel pour la fourniture de ce type de service. Si les normes professionnelles diffèrent, il est souhaitable que les parties précisent le pays dont les normes professionnelles devront être applicables.

28. [14] Les parties voudront peut-être traiter, dans l'accord d'échanges compensés, *c'est-à-dire préalablement à la conclusion d'un contrat de fourniture,* des moyens de recours à la disposition de l'acheteur au cas où les marchandises livrées au titre d'un contrat de fourniture conclu ultérieurement ne seraient pas conformes aux normes de qualité spécifiées dans l'accord ou dans ledit contrat. En incluant dans l'accord des dispositions à cette fin, les parties pourront éviter d'avoir à négocier la question de ces moyens de recours à chaque fois qu'un contrat de fourniture est conclu.

2. *Contrôle précontractuel de la qualité*

29. [15] Cette section du Guide juridique traite du contrôle précontractuel de la qualité, c'est-à-dire du contrôle de la qualité effectué avant la conclusion d'un contrat de fourniture par la partie s'étant engagée à acheter des marchandises, afin de déterminer si lesdites marchandises sont conformes aux normes de qualité fixées dans l'accord d'échanges compensés. *S'il est prévu plusieurs expéditions de marchandises, les parties pourront convenir que le contrôle précontractuel de la qualité portera sur toutes les marchandises destinées à faire l'objet de futurs contrats de fournitures ou seulement sur certaines parties de ces marchandises.* Un tel contrôle *a des chances de réduire la possibilité* qu'après qu'un contrat de fourniture a été conclu il apparaisse que les marchandises ne sont pas conformes aux normes de qualité convenues. *Il y a lieu de noter qu'un contrat de fourniture peut lui-même prévoir une inspection de la qualité avant l'expédition des marchandises par le fournisseur ("inspection avant expédition"). Cette inspection avant expédition, qui concerne l'exécution d'un contrat de fourniture conclu, n'est pas particulière aux échanges compensés et le Guide juridique ne traite donc pas de cette question.*

a) *Identité de l'inspecteur*

30. [16] Le contrôle précontractuel de la qualité peut être effectué par un inspecteur désigné soit par la partie acheteuse, soit conjointement par les parties. Dans ce dernier cas, les parties voudront peut-être énoncer dans l'accord d'échanges compensés des critères relatifs au choix de l'inspecteur. Lorsque le type des marchandises a été déterminé, il sera plus facile aux parties de nommer l'inspecteur, puisqu'elles sauront dans quel domaine il devra être spécialisé.

b) *Procédures d'inspection*

31. [17] *Il est souhaitable que les* parties conviennent de divers aspects de l'inspection : lieu et date de l'inspection; *délai d'inspection; modalités de notification aux parties des résultats de l'inspection;* dans le cas d'un inspecteur désigné par l'acheteur, communication ou non du mandat de l'inspecteur au fournisseur; obligation de confidentialité de l'inspecteur; délai de soumission du rapport d'inspection; les parties pourront également stipuler qu'une conclusion de non-conformité des marchandises devra être motivée et préciser si les procédures d'échantillonnage et d'essai normalement appliquées dans une branche d'activité donnée suffiront, ou s'il faudra établir des procédures spéciales et si des inspections ou essais supplémentaires seront requis au cas où les résultats d'une inspection seraient contestés (il pourra par exemple être convenu qu'une partie pourra demander qu'une nouvelle inspection soit effectuée par un deuxième inspecteur et *que, pour parvenir à une solution rapide, cette deuxième inspection sera effectuée dans des délais très brefs, qu'un arbitre expérimenté et indépendant sera désigné à cet effet,* et que la deuxième inspection sera déterminante); le coût de l'inspection pourra également être convenu.

c) *Suite donnée au rapport d'inspection*

32. [18] Il peut être convenu que le rapport d'inspection sera considéré comme une opinion sur la base de laquelle les parties envisageront les mesures à prendre. Il pourra aussi être convenu qu'une conclusion de l'inspecteur quant à la qualité des marchandises aura des incidences directes sur la relation contractuelle des parties. Par exemple, un contrat de fourniture sera réputé conclu au cas où l'inspecteur déterminerait que les marchandises sont conformes aux normes de qualité énoncées dans l'accord d'échanges compensés *et où les parties se seraient mises d'accord sur les clauses et conditions essentielles du contrat de fourniture*. Dans le cas contraire, l'offre de conclusion d'un contrat de fourniture présentée par le fournisseur sera réputée non acceptée et le rejet des marchandises en question ne constituera par une rupture de l'engagement d'échanges compensés. *Les parties pourront convenir qu'une conclusion de non-conformité et le refus des marchandises n'affectent pas l'étendue de l'engagement d'échanges compensés. Elles peuvent également convenir que, dans le cas d'une conclusion de non-conformité, ou dans celui où deux offres consécutives du même type de marchandises ont été refusées à la suite d'une conclusion de non-conformité, la partie qui s'est engagée à acheter sera libérée de l'engagement d'échanges compensés à concurrence de la valeur des marchandises refusées (voir également le chapitre XIII, "Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés", par. [6])*. Lorsque l'accord envisage divers niveaux de qualité, il pourra être convenu que les conclusions de l'inspecteur seront prises en compte pour la détermination du prix des marchandises.

D. Quantité des marchandises

33. [19] Lorsque l'engagement d'échanges compensés fait référence à des marchandises d'un type donné, la quantité des marchandises à acheter peut être précisée dans l'accord d'échanges compensés ou n'être déterminée qu'au moment de la conclusion des contrats de fourniture*. Lorsque les parties expriment leur engagement en termes monétaires plutôt qu'en termes quantitatifs, elles souhaiteront peut-être ne déterminer la quantité que lors de la conclusion du contrat de fourniture. Un tel report permettra de tenir compte de fluctuations éventuelles du prix unitaire des marchandises. Une augmentation de ce prix entraînera une réduction de la quantité des marchandises achetées et *vice versa*. Lorsque l'engagement d'échanges compensés est exprimé en unités à acheter, les parties voudront peut-être stipuler une valeur pécuniaire minimum de sorte qu'en cas de baisse de prix unitaire des unités supplémentaires doivent être achetées.

34. [20] Lorsque l'accord d'échanges compensés désigne plusieurs types possibles de marchandises, la quantité de chaque type de marchandises à acheter pourra n'être déterminée qu'au moment de la conclusion des contrats de fourniture. La valeur totale des achats devra être conforme à l'engagement énoncé dans l'accord d'échanges compensés. Cet accord pourra spécifier les pourcentages mininums et maximums de l'engagement devant être atteints pour chaque type de marchandises.

35. [21] Lorsque des parties ne sont pas à même de déterminer la quantité dans l'accord d'échanges compensés, il peut être utile que cet accord fixe une date limite à laquelle la quantité devra avoir été convenue. Les parties peuvent faire référence à une date donnée (par exemple 30 jours avant l'achèvement d'une sous-période de la période d'exécution) ou à un fait lié à l'exécution du contrat dans l'autre direction (par exemple, dans une opération d'achat en retour, il peut être convenu que la quantité sera déterminée lorsque commencera de fonctionner l'installation livrée dans le cadre du contrat d'exportation).

36. [22] Les parties peuvent également convenir qu'à des étapes données de l'exécution de l'engagement, une partie devant effectuer des achats sera tenue de présenter une estimation des quantités de marchandises qu'elle compte acheter durant la période à venir. De même, une partie s'étant engagée à fournir des marchandises pourra convenir de présenter périodiquement une estimation des quantités qui devraient être disponibles. Les parties pourront également convenir des écarts autorisés entre les quantités estimées et les quantités effectivement achetées ou mises à disposition.

37. [23] Lorsque les montants provenant de l'exportation doivent être utilisés pour payer la contre-exportation, il est bon que les parties veillent à ce que la quantité achetée au titre du contrat d'exportation soit telle que les montants provenant de l'exportation permettent de payer la contre-exportation. Les mécanismes de paiement utilisés dans de tels cas sont examinés au chapitre IX.

38. [24] Si les parties prévoient qu'il sera possible d'acheter des quantités supérieures à celles qui sont stipulées dans l'accord d'échanges compensés, elles voudront peut-être étudier si les commandes additionnelles de l'acheteur auront la priorité sur les commandes d'autres acheteurs potentiels. Elles pourront aussi étudier si les quantités additionnelles seront fournies aux mêmes conditions que les quantités envisagées dans l'accord.

39. [25] Les parties pourront décider que la quantité des marchandises sera déterminée compte tenu des besoins de l'acheteur, auquel cas elles voudront peut-être étudier si le fournisseur sera la seule source d'approvisionnement de l'acheteur et si les achats devront s'inscrire dans une fourchette spécifiée dans l'accord d'échanges compensés. La quantité des marchandises pourra également être déterminée sur la base de production du fournisseur. Cette approche peut être utilisée, par exemple, dans les opérations d'achats en retour. Dans ce cas, les parties voudront peut-être stipuler que les achats devront se situer dans une fourchette fixée dans l'accord.

[*Deux paragraphes sur la "quantité additionnelle", qui figuraient dans le projet antérieur de chapitre intitulé "Type, qualité et quantité des marchandises" (A/CN.9/332/Add.4, par. 26 et 27), ont été transférés au chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés" (A/CN.9/362/Add.4), par. 5 et 6.*]

E. Modification des dispositions relatives au type, à la qualité et à la quantité des marchandises

40. [28] Il peut parfois se révéler nécessaire de revoir les dispositions relatives au type, à la qualité ou à la quantité des marchandises parce que les marchandises spécifiées dans l'accord ne sont pas disponibles, parce que l'on souhaite ajouter des produits à la liste, parce que les conditions commerciales à la base de l'opération ont évolué, parce que les objectifs commerciaux des parties ont changé ou qu'une nouvelle réglementation nationale a des incidences sur le choix des marchandises. Il pourrait être convenu, notamment dans les opérations à long terme, que les parties réexamineront les dispositions relatives au type, à la qualité et à la quantité des marchandises, soit à intervalles réguliers, soit en cas de modification des circonstances décrites dans l'accord d'échanges compensés (par exemple, une modification, au-delà d'un certain seuil, du prix des marchandises). Ce réexamen pourrait être effectué dans le cadre d'un mécanisme de contrôle et de coordination de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir le *chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 61 à 74*).

41. [29] Afin d'éviter d'avoir à énoncer une procédure de modification, les parties voudront peut-être stipuler que, dans certaines conditions, un "crédit d'exécution" sera accumulé en cas d'achat de marchandises autres que celles qui avaient été convenues dans l'accord ou qui figuraient sur une liste de marchandises possibles. Par exemple, il pourra être requis que les achats en question représentent des quantités additionnelles (*chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 5 et 6*), ou il pourra être stipulé que ces achats ne permettront d'accumuler un crédit d'exécution qu'à un taux réduit (les clauses autorisant des achats non conformes pouvant être pris en compte pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sont examinées plus en détail au *chapitre IV, par. 30*).

[A/CN.9/362/Add.7]

VII. ÉTABLISSEMENT DU PRIX DES MARCHANDISES

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Observations générales	1-6
B. Monnaie de paiement du prix	7-10
C. Détermination du prix après la conclusion de l'accord d'échanges compensés	11-27
1. Normes	11-20
a) Prix du marché de biens ou services de qualité standard	13
b) Coût de production	14
c) Prix pratiqué par un concurrent	15-18
d) Clause du client le plus favorisé	19
e) Utilisation de plus d'une norme	20
2. Négociation	21-24
3. Détermination du prix par un tiers	25-26
4. Détermination du prix par une partie	27
D. Détermination du prix de services	28-31
E. Détermination du prix d'un transfert de technologie	32-38
F. Révision du prix	39-52
1. Révision par application de la clause d'établissement du prix	44
2. Clauses d'indexation	45-47
3. Changement du taux de change de la monnaie de paiement	48-52
a) Clause sur la monnaie de paiement	48-50
b) Clause sur l'unité de compte	51-52

[*Note des rédacteurs*. Le présent projet de chapitre VII est une révision du projet de chapitre VI, "Etablissement du prix des marchandises", publié sous la cote A/CN.9/332/Add.5. La note entre crochets figurant au début de chaque paragraphe indique que le paragraphe est nouveau ou donne le numéro sous lequel il figurait dans le document A/CN.9/332/Add.5. Les modifications apportées aux paragraphes repris du document A/CN.9/332/Add.5 sont en italique.]

A. Observations générales

1. [1] Il est souhaitable que, dans l'accord d'échanges compensés, les parties indiquent le prix des marchandises qui feront l'objet du futur *contrat de fourniture*. Lorsqu'elles ne peuvent le faire, elles ont intérêt à prévoir *une méthode permettant de déterminer le prix au moment où le contrat de fourniture doit être conclu. Lorsque des contrats doivent être conclus dans les deux directions, il est possible de convenir de méthodes de détermination du prix pour les contrats dans chacune des directions*. Le présent chapitre traite des méthodes permettant de déterminer le prix après que l'accord d'échanges compensés a été conclu. *Il traite également de certains problèmes qui se posent dans le cas de la fourniture de services et du transfert de technologie.* Il traite en outre de la monnaie dans laquelle le prix est exprimé et de la révision du prix.

2. [2] Les parties peuvent devoir ajourner l'établissement du prix, par exemple parce qu'elles ne sont pas en mesure, lorsqu'elles signent l'accord d'échanges compensés, d'identifier le type précis des marchandises qui feront l'objet de l'opération, ou parce qu'une longue période doit s'écouler entre la signature de cet accord et la conclusion d'un contrat de fourniture donné. Dans ce dernier cas, les parties peuvent souhaiter ajourner la fixation du prix dans l'éventualité d'une variation des prix ou d'une modification des conditions économiques durant cette période. Dans certains cas, les parties peuvent fixer le prix d'une première expédition et remettre à plus tard la fixation du prix des expéditions suivantes. En prévoyant une méthode pour déterminer le prix, les parties peuvent dans une certaine mesure éviter que ne naissent, au sujet du juste prix, des différends susceptibles de retarder ou d'empêcher la conclusion des contrats de fourniture. *De tels différends peuvent être aggravés lorsqu'une partie, s'attendant à ce qu'un contrat de fourniture dans une direction ne soit pas profitable, souhaite compenser la perte anticipée en fixant le prix du contrat dans l'autre direction.*

3. [3] Dans une opération de troc, il peut n'être pas nécessaire de fixer un prix parce que les marchandises expédiées dans un sens constituent le paiement des marchandises expédiées dans l'autre. Mais les parties peuvent avoir à discuter du prix si elles décident de mesurer la valeur relative de leurs expéditions en termes pécunaires et pas simplement en termes de quantité et de qualité, ou si les expéditions n'ont pas la même valeur et que la différence doit être réglée en espèces. Il sera aussi nécessaire de fixer le prix lorsque les règlements douaniers requièrent l'indication de la valeur pécunaire des marchandises entrant dans le pays.

4. [4] Lorsqu'elles établissent le prix des marchandises faisant l'objet de l'opération d'échanges compensés, il est souhaitable que les parties précisent si, en sus du prix des marchandises elles-mêmes, ce prix comprend des frais annexes, tels que les frais de transport ou d'assurance, le coût des essais, les droits de douane et autres taxes. Certains des éléments du prix peuvent être indiqués par un terme commercial approprié, tels que ceux qui sont définis dans les *INCOTERMS 1990* de la Chambre de commerce internationale.

5. [5] Les parties pourront vouloir indiquer à quel moment le prix doit être calculé, en particulier quand il s'agit de marchandises dont le prix est sujet à fluctuations. Dans une opération d'échanges compensés ne comprenant aucune expédition ou plusieurs expéditions intervenant dans une période relativement brève, si le prix doit être déterminé une seule fois, les parties peuvent indiquer à quelle date cette détermination interviendra. Dans certains cas, elles peuvent prévoir que le prix sera fixé quand se produira un événement déterminé tel que la passation d'une commande ou, dans le cadre d'une opération d'achat en retour, le commencement de la production. Lorsque de multiples expéditions s'étalent sur une période plus longue, les parties peuvent convenir que le prix sera déterminé plusieurs fois, en indiquant à quelles dates, ou définir un mécanisme de révision du prix initial dans l'accord d'échanges compensés.

6. [6] Les parties doivent être conscientes qu'il peut exister une réglementation contraignante quant au prix qui peut être fixé. Si le prix fixé est plus bas que le prix du marché, par exemple, l'importation des marchandises pourra faire l'objet de restrictions anti-dumping.

B. Monnaie de paiement du prix

7. [7] La monnaie dans laquelle le prix est payé peut présenter certains risques pour une partie en raison de la fluctuation *du taux de change* de la monnaie retenue par rapport à d'autres monnaies. Si le prix doit être payé dans la monnaie du pays du fournisseur, l'acquéreur devra faire face aux conséquences d'une évolution du taux de change de cette monnaie par rapport à la monnaie de son pays. Par contre, c'est le fournisseur qui supportera les conséquences d'une modification du change entre la monnaie de son pays et celle d'un autre pays dans laquelle il doit payer des équipements, des matériaux ou des services nécessaires à la fabrication des marchandises. Si le prix doit être payé dans la monnaie du pays de l'acquéreur, le fournisseur supporte les conséquences d'une modification du taux de change de cette monnaie par rapport à la monnaie de son pays. Si le prix est libellé dans la monnaie d'un pays tiers, chacune d'elles supporte les conséquences d'une modification du taux de change de cette monnaie par rapport à la monnaie de son pays. Lorsqu'un organisme de financement a accordé un prêt à l'acquéreur pour l'achat des marchandises, ce dernier préférera peut-être que le prix soit libellé dans la monnaie dans laquelle le prêt a été accordé.

8. [8] Lorsqu'elles stipulent la monnaie dans laquelle le prix sera payé, les parties devraient tenir compte des réglementations en matière de change et des traités internationaux en vigueur dans le pays du fournisseur et dans celui de l'acquéreur qui, le cas échéant, régissent impérativement cette question. Les parties devraient aussi tenir compte du fait que, dans certains systèmes juridiques, le prix d'un contrat international doit être acquitté dans la monnaie dans laquelle il est libellé, tandis que d'autres systèmes juridiques permettent ou même exigent que le paiement soit effectué dans la monnaie qui a cours au lieu du paiement, même si le prix est libellé dans une monnaie *convertible*.

9. [9] L'accord d'échanges compensés pourrait libeller le prix dans une monnaie que les parties jugent stable ou dans une unité de compte qui n'est pas une monnaie, mais indiquer qu'il sera payé dans une autre monnaie. Le

résultat est semblable en substance à celui que l'on obtient avec une clause sur la monnaie de paiement (voir plus loin, par. *48 à 50*), et les restrictions imposées par la législation applicable à de telles clauses peuvent également s'appliquer à ces dispositions. Si l'on retient cette solution, il est bon de convenir dans l'accord d'échanges compensés que le taux de change qui sera appliqué sera celui en vigueur en un lieu donné à une date donnée.

10. [10] Il n'est pas souhaitable que la totalité du prix soit libellé en plusieurs monnaies et que, soit le débiteur, soit le créancier décide de la monnaie dans laquelle le prix sera payé. De telles clauses ne protègent que la partie qui a le droit de choisir et qui peut en retirer des gains injustifiés.

C. Détermination du prix après la conclusion de l'accord d'échanges compensés

1. Normes

11. [11] L'accord d'échanges compensés peut stipuler que le prix sera déterminé au moyen d'une norme (voir chap. *IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 44*). Une telle méthode permet, au moment de la conclusion du contrat de fourniture, de déterminer le prix objectivement sans qu'intervienne la volonté des parties.

12. [12] Les parties peuvent prévoir la procédure à suivre au cas où la norme qu'elles ont choisie se révèle inapplicable (par exemple, parce que contrairement à ce qu'elles prévoyaient il n'y a pas de prix du marché). Elles peuvent ainsi prévoir que le prix sera déterminé au moyen d'une autre norme ou par un tiers.

a) *Prix du marché de biens ou services de qualité standard* [titre modifié]

13. [13] Lorsque les marchandises visées dans l'accord d'échanges compensés sont des matières premières ou des produits semi-finis (par exemple, des céréales, du pétrole, des métaux ou de la laine) dont le cours est publié régulièrement, les parties peuvent convenir d'en lier le prix au cours ainsi publié. *On peut également recourir à une telle méthode pour déterminer le prix de services si les services en question sont normalisés et s'ils ont un cours publié. Il peut s'agir par exemple des services suivants : transport, moissonnage, nettoyage, triage ou emballage de certains types de marchandises, ou peinture de surfaces standard telles que des navires.* Lorsque *les biens ou services sont cotés sur plusieurs marchés*, les parties ont intérêt à désigner *un marché ou une bourse particuliers.* Pour se protéger contre les variations de prix, elles peuvent retenir comme norme la moyenne des prix publiés à des dates déterminées (par exemple, les prix publiés le premier jour ouvrable du mois pendant les six mois précédant la date de la détermination du prix).

b) *Coût de production*

14. [14] Les parties peuvent convenir que le prix sera fondé sur le coût de production des marchandises augmenté d'un montant correspondant aux frais généraux et à la marge bénéficiaire du fournisseur. Elles peuvent choisir cette méthode lorsqu'elles ne sont pas en mesure de prévoir le coût exact des divers facteurs de production lors de la signature de l'accord d'échanges compensés. Afin de limiter le risque que l'acheteur ait à payer un prix excessif, elles ont intérêt, si possible, à définir quantitativement les facteurs de production (par exemple, matières premières, énergie et main-d'œuvre) nécessaires pour produire une unité des marchandises. Les parties peuvent aussi stipuler que le fournisseur doit tenir des états comptables faisant apparaître les coûts de production sous la forme et selon des procédures définies par l'acheteur, et que ce dernier aura accès à cette comptabilité. *Cette approche peut être retenue lorsque le contrat à conclure prévoit une solution technique qui n'est pas encore tout à fait au point et que le coût exact de cette mise au point ne peut être anticipé.*

c) *Prix pratiqué par un concurrent*

15. [15] Le prix peut être déterminé sur la base du prix pratiqué par un concurrent donné produisant des marchandises du même type que celles qui doivent être livrées en exécution du contrat de fourniture. Si l'accord d'échanges compensés n'identifie pas le concurrent à prendre en considération, il peut énoncer des critères permettant de le faire (par exemple, des critères géographiques ou fondés sur le volume de production des mêmes types de marchandises). Parce qu'un concurrent peut vendre un produit à des prix différents selon les régions et les marchés, il est souhaitable, dans l'accord d'échanges compensés, d'identifier le marché qui sera retenu. La clause relative au prix peut aussi indiquer comment les informations sur le prix seront obtenues et la date à laquelle le prix pratiqué par le concurrent sera déterminé. En outre, les parties peuvent convenir qu'il ne sera pas tenu compte des prix réduits facturés à certains clients tels que les organisations s'occupant des secours en cas de catastrophe ou les employés du fournisseur (prix préférentiels).

16. [16] Le prix pratiqué par un concurrent peut, à défaut d'ajustement, n'être pas approprié s'il a trait à une quantité de marchandises sensiblement supérieure ou inférieure à celle qui doit être achetée en exécution de l'accord d'échanges compensés. Le prix pratiqué par un concurrent peut n'être pas non plus approprié si les marchandises offertes par le concurrent sont d'une qualité différente, s'il est assorti de conditions de paiement (par exemple, paiement différé) que n'offre pas le fournisseur des marchandises à échanger, ou s'il comprend des frais de transport ou d'assurance et des prélèvements d'un montant différent de celui qui sera incorporé à ce titre dans le prix des marchandises à échanger. Il est donc souhaitable de préciser que seuls seront pris en considération les prix d'expéditions comparables à celles du futur contrat de fourniture, quant à la quantité, la qualité, et les conditions de livraison et paiement, ou que certains montants seront ajoutés au prix pratiqué par le concurrent, ou en seront déduits, pour compenser les différences.

17. [17] Les parties peuvent convenir que le prix des marchandises à échanger sera fondé sur celui pratiqué par plusieurs concurrents. Elles peuvent à cet effet identifier ces

concurrents, ou décider que chacune d'entre elles obtiendra auprès d'un nombre déterminé de concurrents des informations quant aux prix pratiqués. Si les concurrents ne sont pas identifiés, il est souhaitable de préciser aux concurrents de quels pays ou régions les parties s'adresseront pour obtenir ces informations. Il est de même souhaitable d'indiquer dans l'accord d'échanges compensés comment le prix sera calculé (par exemple s'il s'agira d'un prix moyen ou médian). Les parties pourront souhaiter définir la période au cours de laquelle les informations relatives aux prix pratiqués devront être recueillies. Elles devront ce faisant tenir compte du délai nécessaire pour obtenir ces informations et de la nécessité de calculer le prix sur la base des prix courants.

18. [18] Lorsqu'une partie fabrique le type de marchandises qu'elle s'est engagée à acheter, les parties peuvent convenir que le prix sera déterminé sur la base du prix pratiqué par l'acheteur ou du coût de fabrication de l'acheteur. Elles peuvent, par exemple, procéder ainsi dans une opération d'achat en retour, à l'occasion de laquelle le producteur d'un certain type de marchandises vend des installations destinées à produire ce type de marchandises en s'engageant à acheter la production future.

d) *Clause du client le plus favorisé*

19. [19] Les parties peuvent convenir que le prix des marchandises faisant l'objet de l'opération d'échanges compensés sera calculé par référence au prix le plus bas que le fournisseur facture à d'autres clients pour le même type de marchandises. Dans certains cas, les parties peuvent restreindre la portée d'une telle disposition à une catégorie limitée de clients (par exemple, les clients établis dans un pays déterminé ou les clients identifiés dans l'accord d'échanges compensés). Les parties pourront souhaiter indiquer comment sera identifié le client le plus favorisé, par exemple en convenant que le fournisseur devra fournir des informations détaillées quant aux prix qu'il facture à d'autres clients. Il est aussi souhaitable de veiller à ce que le prix accordé du client le plus favorisé soit applicable aux expéditions faites en exécution de l'accord d'échanges compensés (voir par. 16 ci-dessus). Les parties pourront aussi indiquer la date à laquelle le prix du client le plus favorisé doit être déterminé, et prévoir qu'il ne sera pas tenu compte des ristournes accordées par le fournisseur à certains clients (prix préférentiels) (voir par. 15 ci-dessus). Elles peuvent en outre élargir la portée de la clause du client le plus favorisé en décidant que le prix sera déterminé sur la base du prix le plus bas facturé par le fournisseur ou par d'autres fournisseurs déterminés pour le même type de marchandises.

e) *Utilisation de plus d'une norme*

20. [20] Les parties peuvent dans l'accord d'échanges compensés stipuler que le prix sera déterminé au moyen d'une formule faisant appel à plusieurs normes. Par exemple, il pourra être calculé en faisant la moyenne des prix déterminés au moyen des normes choisies. Une autre possibilité consiste à comparer le prix obtenu au moyen d'une norme particulière aux prix obtenus au moyen d'une ou plusieurs autres normes. Si la différence entre le prix obtenu au moyen de la norme choisie et les prix obtenus au moyen d'autres normes est inférieure à un montant déterminé, on retiendra le prix obtenu au moyen de la norme choisie. Si la différence dépasse ce montant, le prix finalement retenu sera la moyenne des prix obtenus à l'aide des diverses normes. De telles formules peuvent être utiles lorsque l'on craint que le prix obtenu au moyen d'une seule norme ne reflète pas la valeur marchande d'un produit donné au moment de l'achat.

2. *Négociation*

21. [21] Les parties peuvent *disposer dans l'accord d'échanges compensés que le prix à payer au titre du futur contrat de fourniture sera négocié après la conclusion de l'accord d'échanges compensés.* Il est souhaitable que, dans la mesure du possible, les parties arrêtent des directives pour la détermination du prix. (*On trouvera un examen des procédures de négociation et des directives pour la détermination du prix au chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 44 à 46 et 57 à 60.*)

22. [22] Les *directives pour la détermination du prix* peuvent définir les limites minimum et maximum à l'intérieur desquelles le prix sera négocié. Lorsqu'elles fixent de telles limites, les parties peuvent utiliser les prix de référence visés aux paragraphes 11 à 20 ci-dessus, et convenir par exemple que le prix ne devra pas être supérieur ou inférieur de plus de 5 % au prix pratiqué par un concurrent.

23. [23] A défaut, les directives peuvent seulement fournir un prix de référence à prendre en considération lors des négociations, par exemple l'un de ceux visés aux paragraphes 11 à 20 ci-dessus. Les parties peuvent ainsi convenir que le prix sera négocié compte tenu du prix pratiqué par un concurrent déterminé.

24. [24] Une directive de négociation peut aussi être une déclaration selon laquelle le prix des marchandises devra être "concurrentiel", "raisonnable", ou correspondre au prix pratiqué sur le "marché mondial". Une telle clause peut être acceptable lorsque les marchandises sont standardisées, mais on peut la rendre plus précise en indiquant par exemple si le prix sera fondé uniquement sur ceux payés au fournisseur par d'autres acheteurs ou également sur ceux pratiqués par d'autres fournisseurs, en définissant les périodes que les parties devront retenir pour déterminer ce qui constitue un prix "concurrentiel", "raisonnable", ou correspondant au prix du "marché mondial", et, si des prix différents sont pratiqués sur les divers marchés, quels marchés, types d'acheteurs ou territoires doivent être pris en considération.

3. *Détermination du prix par un tiers*

25. [25] Les parties conviennent parfois que le prix sera fixé par un tiers indépendant (par exemple, un spécialiste du marché des marchandises en question). On trouvera au chapitre *IV, "Engagement d'échanges compensés"*, paragraphes *47 à 54*, un examen de la détermination des clauses contractuelles par des tiers. Une telle méthode peut aussi être utilisée *en combinaison avec une clause de détermi-*

nation du prix par la négociation, de sorte que la détermination du prix soit confiée à un tiers au cas où les parties ne réussiraient pas à négocier ce prix entre elles.

26. [26] *L'accord d'échanges compensés devrait définir* le mandat du tiers en lui donnant des directives du type examiné au sujet de la négociation (par. *21 à 24*) ci-dessus. Les parties voudront peut-être fixer des dates limites pour le renvoi de la question à un tiers, de sorte que le prix puisse être fixé suffisamment à temps pour permettre la conclusion des contrats selon le calendrier prévu.

4. Détermination du prix par une partie

27. [27] Les parties à l'accord d'échanges compensés conviennent parfois que le prix sera déterminé par l'une d'entre elles. *Dans ce cas, la plus grande prudence est recommandée, car la détermination du prix est alors laissée à une personne intéressée aux résultats de cette détermination. Dans de nombreux systèmes juridiques, un tel accord est sans effet. (Cette question est examinée plus en détail au chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 55 et 56.)*

D. Détermination du prix de services

28. [*Nouveau paragraphe*] Lorsque les parties déterminent dans l'accord d'échanges compensés qu'un service fera l'objet du futur contrat de fourniture (par exemple, services de maintenance, de réparation, de transport ou de construction), il est bon qu'elles règlent dans l'accord d'échanges compensés, dans toute la mesure possible, certaines questions liées au prix des services. Ce faisant, elles peuvent faciliter les négociations pour la conclusion du contrat de fourniture envisagé.

29. [*Nouveau paragraphe*] Diverses approches peuvent être retenues pour la détermination du prix des services. Par exemple, on peut convenir de taux unitaires pour des unités de travail. Ces unités peuvent notamment être des unités quantitatives (un mètre carré de travaux de peinture, un kilomètre de transport de marchandises, un mètre cube d'excavation, une heure de travail, etc.). Cette solution peut être appropriée lorsque les services en question sont de caractère routinier ou lorsque la quantité des services requis ne peut être déterminée avec précision au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés. Si aucune révision du prix unitaire n'est prévue en cas d'évolution des coûts, le risque d'une augmentation des coûts et les avantages découlant d'une diminution sont répartis entre les parties. Le fournisseur supporte le risque d'une augmentation du coût des matériaux et de la main-d'œuvre pour chaque unité ou bénéficie d'une diminution de ces coûts.

30. [*Nouveau paragraphe*] Selon une autre approche, le prix peut être exprimé en tant que montant forfaitaire payable pour le service spécifié. Selon cette méthode, l'acheteur connaît le prix total du service et le fournisseur supporte le risque d'un enchérissement du service, mais augmente sa marge bénéficiaire si le coût se révèle inférieur au coût prévu. Comme le montant forfaitaire peut comprendre un montant destiné à dédommager le fournisseur du risque d'une augmentation des coûts, le prix peut être plus élevé dans certains cas que si l'on avait utilisé la méthode du contrat en régie pour le même service (voir le paragraphe suivant). En outre, la méthode du montant forfaitaire exige que l'on détermine avec précision dans le contrat l'ampleur du service fourni. Il peut être bon que l'acheteur traite dans l'accord d'échanges compensés de la manière dont l'exécution sera contrôlée, afin que le fournisseur ne puisse pas réduire ses coûts en utilisant des matériaux ou des méthodes de travail inférieurs aux normes.

31. [*Nouveau paragraphe*] Les parties peuvent enfin disposer que le fournisseur du service recevra des honoraires au titre de ses frais généraux et de sa marge bénéficiaire et qu'il sera dédommagé de ses dépenses sur la base de la méthode des travaux en régie. Il est bon que l'accord d'échanges compensés précise clairement quels coûts sont remboursables et quels coûts devra supporter le fournisseur au moyen de ses honoraires. Les dépenses remboursables peuvent être, par exemple, le salaire des employés participant directement à l'exécution du contrat, le paiement de matériaux ou équipements habituels utilisés pour fournir le service ou les dépenses encourues pour employer des types donnés de sous-traitants. En général, pour que chaque partie soit mieux à même d'évaluer ses dépenses, il est souhaitable d'énumérer les coûts à rembourser et de disposer que tous les autres coûts seront à la charge du fournisseur; toutefois, dans certains cas, les parties décident d'énumérer les coûts qui ne seront pas remboursables et disposent que tous les autres coûts raisonnables seront remboursés.

E. Détermination du prix d'un transfert de technologie

32. [*Nouveau paragraphe*] Parfois, l'accord d'échanges compensés envisage la conclusion ultérieure d'un contrat de fourniture prévoyant un transfert de technologie (voir le chapitre VI, "Type, qualité et quantité des marchandises", par. 16 à 23). Dans ces cas, il est bon que, dans la mesure du possible, les parties traitent, dans l'accord d'échanges compensés, diverses questions liées à la détermination du prix de la technologie, ce qui permet de faciliter la conclusion du contrat de fourniture prévoyant le transfert de technologie. Ces questions, qui sont traitées dans les paragraphes suivants, sont analysées dans des publications traitant en général du transfert de technologie[1].

33. [*Nouveau paragraphe*] Les deux principales méthodes de fixation du prix des transferts de technologie sont le paiement d'un montant forfaitaire et le paiement de redevances. Dans la méthode du paiement forfaitaire, le prix total est déterminé dès le départ. Dans ce cas, il faut notamment décider à quel moment le paiement sera effectué et s'il sera versé en une seule fois ou en plusieurs fois. En vertu de la loi de certains pays, le recours à cette méthode peut être assorti de certaines conditions. Ainsi, les types de transfert (par exemple, achat de droits conférés par

[1]Les différentes méthodes de détermination du prix payable pour une technologie sont examinées en détail dans le *Guide sur les licences pour les pays en développement* (OMPI) et dans les *Principes directeurs pour l'évaluation des accords de transfert de technologie* (ONUDI); voir la note 1 du chapitre VI, "Type, qualité et quantité des marchandises".

un brevet ou types spécifiés de services et d'assistance techniques) ou les secteurs pour lesquels la méthode du paiement forfaitaire peut être utilisée sont parfois limités; la loi peut également déterminer sur quelle base le montant forfaitaire sera calculé et exiger une autorisation des autorités compétentes.

34. [*Nouveau paragraphe*] Si l'on utilise la méthode des redevances, le prix payable (c'est-à-dire la redevance) est fixé par référence à un résultat économique de l'utilisation de la technologie transférée. La législation de certains pays impose le recours à cette méthode pour certains types de licences de propriété intellectuelle ou d'accords de transfert de technologie. La redevance est normalement liée à la production, aux ventes ou aux bénéfices découlant de l'utilisation de la technologie. Lorsque le volume de la production sert de référence, la redevance peut être déterminée, par exemple, sur la base d'un montant fixe par unité ou quantité produite (par exemple, par tonne ou par litre). La législation de certains pays limite la liberté des parties de convenir de revedances fondées sur la production. Par exemple, elle peut disposer que, pour certains types de licences ou de transferts de technologie, les redevances seront liées au volume des ventes.

35. [*Nouveau paragraphe*] La détermination des redevances sur la base du volume des ventes présente l'avantage de ne pas imposer au bénéficiaire de la technologie l'obligation de payer une redevance pour des marchandises qui ont été produites mais non vendues. Les parties désireuses de retenir cette solution devront décider si la redevance sera calculée sur la base du prix de vente brut ou du prix de vente net. Dans ce dernier cas, il est possible d'exclure du calcul de la redevance un certain nombre d'éléments qui sont inclus dans le prix de vente mais ne sont pas liés à la technologie ou ont déjà été une source de bénéfices pour le fournisseur de la technologie. Il peut s'agir par exemple des dépenses d'emballage, des taxes, des frais de transport et d'assurance, du coût des matières premières et du pourcentage du prix correspondant à la redevance. La législation de certains pays peut définir les éléments qu'il est possible d'inclure dans le prix de vente net. En outre, les parties voudront peut-être disposer que la redevance sera fondée sur le juste prix du produit sur le marché, ce qui permettra au fournisseur de la technologie de se prémunir du risque de voir son profit diminuer au cas où le bénéficiaire vendrait le produit en question à bas prix à une partie avec laquelle il aurait une relation particulière. Il existe diverses méthodes permettant de définir le juste prix sur le marché. La détermination des redevances sur la base des ventes soulève d'autres questions, notamment le moment où le produit est réputé vendu et le moment où la redevance est due.

36. [*Nouveau paragraphe*] On peut également calculer la redevance sur la base des bénéfices que tire le bénéficiaire de l'exploitation de la technologie transférée. Parmi d'autres méthodes utilisées pour le calcul des redevances, on notera les arrangements prévoyant un plancher pour les redevances, en vertu desquels un versement minimum est dû quel que soit le niveau de la production, des ventes ou des bénéfices, les arrangements prévoyant des redevances décroissantes, aux termes desquels le montant de la redevance diminue au fur et à mesure que la production ou les ventes augmentent, et la méthode de plafonnement des redevances. Le recours à l'un ou l'autre de ces arrangements peut, dans certains cas, être impératif ou, dans d'autres cas, limité en application de la loi de certains pays. Par exemple, dans certains pays, les arrangements prévoyant une redevance minimum pourront ne pas être autorisés lorsque la redevance est liée à la production, aux ventes ou aux bénéfices, des redevances décroissantes pourront être impératives et un plafonnement imposé pour certains types de transfert de technologie. Les parties devront également déterminer laquelle des parties sera tenue de payer les taxes sur les redevances. On notera que la législation de certains pays régit cette question (par exemple, les parties peuvent être tenues de spécifier dans le contrat de transfert de technologie qui paiera les taxes).

37. [*Nouveau paragraphe*] Lorsqu'elles choisiront entre la méthode du montant forfaitaire et la méthode des redevances, les parties devront garder présent à l'esprit, outre les dispositions de la loi applicable, que chaque méthode de calcul des prix peut présenter certains avantages et inconvénients selon le type d'opérations et les circonstances économiques. Si, par exemple, des redevances doivent être payées pendant une longue durée, les circonstances économiques peuvent évoluer durant cette période et avoir des incidences sur le volume des ventes et donc sur les redevances payables; dans une coentreprise, lorsque le fournisseur de la technologie est un des partenaires, on pourra juger que des redevances liées au volume des ventes seront préférables à un montant forfaitaire car elles inciteront le fournisseur à promouvoir ces ventes. Dans certains cas, il peut être bon de combiner les deux méthodes (par exemple, un paiement forfaitaire initial suivi du versement de redevances). La manière dont l'arrangement relatif aux redevances sera structuré devra sans doute être fonction des circonstances économiques et des obligations contractuelles en jeu. Par exemple, si le bailleur de licence ou le fournisseur de la technologie doit contribuer à la vente des produits résultant du transfert, il ne serait peut-être pas prudent d'adopter un arrangement prévoyant des redevances décroissantes qui risquerait d'avoir pour effet de dissuader le fournisseur de faire tous les efforts possibles pour augmenter les ventes. Si la solution des redevances est retenue, les parties conviendront normalement de la méthode de collecte des données variables (par exemple, volume de la production, ventes ou bénéfices) servant de base au calcul de la redevance. Il est en général prévu que le bénéficiaire devra tenir certains dossiers et que le fournisseur aura la possibilité de les examiner.

38. [*Nouveau paragraphe*] Lors de la négociation de la clause relative au prix de la technologie, il faudra peut-être déterminer si des honoraires distincts devront être payés pour l'assistance ou les services techniques particuliers qu'offrira le fournisseur de la technologie. Il peut s'agir par exemple de stages de formation pour le personnel du bénéficiaire d'un brevet ou d'une marque de fabrique, de la fourniture d'experts techniques par le bailleur de licence ou le fournisseur de la technologie, de divers services techniques liés à l'achat de biens d'équipement et de services de gestion, de planification ou de recherche-développement. Certains pays ont énoncé des dispositions relatives à cette question.

F. Révision du prix

39. [28] Lorsque des expéditions s'étalent sur une certaine durée, il peut être nécessaire de réviser le prix pour tenir compte de l'évolution des conditions économiques. Les parties peuvent convenir que le prix sera révisé à des dates définies. Ces dates doivent être coordonnées avec le calendrier d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (la révision aura lieu par exemple quatre semaines avant le commencement d'une sous-période).

40. [29] Selon une autre méthode, les parties peuvent convenir que le prix sera révisé pour répondre à certaines modifications des conditions économiques (par exemple, une variation du taux de change supérieure d'un certain pourcentage à un cours de référence en vigueur à la date où l'accord d'échanges compensés a été conclu ou une modification dépassant un seuil convenu du prix de certains facteurs de production tels que les matières premières ou la main-d'œuvre). Dans certains systèmes juridiques, les dispositions contractuelles relatives à la révision du prix en raison d'une modification de la valeur de la monnaie dans laquelle le prix doit être payé sont soumises à une réglementation contraignante; les parties devront donc se demander si la clause qu'elles veulent incorporer à l'accord d'échanges compensés est autorisée par la législation de leurs pays respectifs.

41. [30] Une autre approche consiste à prévoir qu'outre les révisions provoquées par certaines modifications des conditions économiques, le prix sera révisé à intervalles réguliers (par exemple tous les six mois). Pour limiter la fréquence des révisions du prix, les parties peuvent convenir qu'aucune révision non prévue ne pourra avoir lieu dans un certain délai suivant une révision régulière, ou dans un certain délai précédant une telle révision. Une autre méthode peut consister à déclencher la procédure de révision du prix lorsqu'une fraction déterminée de la quantité totale de marchandises devant être achetées a été livrée.

42. [31] L'accord d'échanges compensés peut disposer que la clause de révision du prix ne s'appliquera que si la révision doit entraîner une modification du prix dépassant un certain pourcentage.

43. [32] Lorsque l'accord d'échanges compensés contient une clause de révision du prix, les parties peuvent souhaiter indiquer à quelles expéditions le prix révisé s'appliquera. Elles peuvent par exemple convenir que le prix à retenir pour une expédition déterminée sera le prix en vigueur à la date où les marchandises seront commandées ou la lettre de crédit émise.

1. *Révision par application de la clause d'établissement du prix*

44. [33] Les parties peuvent stipuler dans l'accord d'échanges compensés que le prix sera révisé au moyen de la méthode employée pour déterminer le prix initial [prix de référence (par. 11 à 20), négociation (par. 21 et 24), détermination du prix par un tiers (par. 25 et 26) ou détermination du prix par une partie (par. 27)].

2. *Clauses d'indexation*

45. [34] Les clauses d'indexation permettent la révision du prix des marchandises en liant le prix aux niveaux des prix de certains biens ou services en vigueur à une date donnée. *En général, on se fonde sur le prix des matières premières ou services utilisés pour la production des marchandises faisant l'objet de l'accord.* L'évolution des indices choisis entraîne automatiquement une modification du prix. Lors de l'élaboration de la clause d'indexation, il est conseillé d'utiliser une formule algébrique permettant de déterminer la manière de répercuter sur le prix le mouvement des indices de référence. Plusieurs indices, chacun avec des coefficients de pondération différents, peuvent être utilisés en combinaison dans cette formule de manière à refléter la part des différents éléments (par exemple, matériaux ou services) dans le coût total *des marchandises.* Plusieurs indices reflétant chacun le coût des différents matériaux et services peuvent être agrégés dans une formule unique. Lorsque les sources d'un même élément de calcul se trouvent dans des pays différents (par exemple, main-d'œuvre ou énergie), des indices distincts pourront en outre être utilisés dans une formule unique pour cet élément.

46. [35] Plusieurs facteurs peuvent influer sur le choix des indices à utiliser. Les indices devraient être largement diffusés (par exemple, être publiés régulièrement). Ils devraient être fiables. Les indices publiés par des organismes reconnus (tels que des chambres de commerce ou des organismes gouvernementaux ou intergouvernementaux) pourront être retenus. Les parties devraient faire preuve de prudence si elles utilisent des indices fondés sur différentes monnaies car la modification du rapport entre les monnaies risque d'avoir des répercussions nullement prévues sur l'application de la formule.

47. [36] Dans certains pays, en particulier les pays en développement, le choix des indices susceptibles d'être retenus pour une clause d'indexation est parfois restreint. Si l'indice correspondant à un certain élément de calcul des coûts n'existe pas, les parties pourront utiliser l'indice correspondant à un autre élément. Cet élément devra être tel que son prix ait toutes les chances d'évoluer dans des proportions comparables et en même temps que celui qui sera utilisé. Ainsi, lorsque l'on souhaite utiliser un indice des coûts salariaux, on choisit parfois l'indice des prix à la consommation ou l'indice du coût de la vie si l'on ne dispose pas d'un indice des salaires.

3. *Changement du taux de change de la monnaie de paiement*

a) *Clause sur la monnaie de paiement*

48. [37] Dans la clause sur la monnaie de paiement, le prix à payer est lié au taux de change de la monnaie de paiement par rapport à une monnaie donnée (appelée "monnaie de référence") fixé au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés. Si ce taux de change est différent au moment du paiement, le prix à payer est

augmenté ou diminué de sorte que le prix demeure inchangé par rapport à la monnaie de référence. Il peut être souhaitable de choisir, aux fins de la détermination du taux de change applicable, la date du paiement effectif plutôt que la date à laquelle le paiement est dû. Si cette dernière était retenue, le fournisseur pourrait subir une perte au cas où l'acquéreur tarderait à payer. Ou bien la clause sur la monnaie de paiement peut laisser au fournisseur le choix entre le taux de change en vigueur au moment où le paiement vient à échéance et le taux en vigueur au moment du paiement effectif. Il est conseillé de choisir un taux de change en vigueur en un lieu donné.

49. [*Nouveau paragraphe*] La clause sur la monnaie de paiement a normalement pour objet de stabiliser le pouvoir d'achat international du montant à payer conformément au contrat. Aussi une telle clause peut-elle ne pas fonctionner comme prévu si le taux de change entre la monnaie dans laquelle le prix doit être payé et la monnaie de référence est fixé en application d'une décision administrative indépendante de l'évolution de la situation sur le marché des monnaies.

50. [38] Il faut que la monnaie de référence soit stable. On pourra tempérer l'insécurité résultant de l'instabilité éventuelle d'une monnaie de référence unique en optant pour plusieurs monnaies de référence. Le contrat pourra alors fixer une moyenne arithmétique des taux de change entre la monnaie de paiement et plusieurs autres monnaies données et disposer que la révision du prix se fera conformément à l'évolution de cette moyenne.

b) *Clause sur l'unité de compte*

51. [39] 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. A la différence de la clause sur l'unité de paiement dans laquelle plusieurs monnaies sont utilisées (par. *50* ci-dessus), les coefficients affectés aux diverses monnaies dont se compose l'unité de compte ne sont pas identiques et sont généralement plus élevés pour les monnaies fréquemment utilisées dans le commerce international. L'unité de compte peut être une unité de compte établie par une institution intergouvernementale ou par un accord conclu entre deux Etats ou plus et qui indique les monnaies composant l'unité et le poids relatif accordé à chacune d'elles (par exemple, le droit de tirage spécial (DTS), l'unité de compte européenne (ECU) ou l'unité de compte de la Zone d'échanges préférentiels pour les Etats d'Afrique australe et d'Afrique de l'Est). Lors du choix de l'unité de compte, les parties doivent se demander si le rapport entre la monnaie dans laquelle le prix doit être payé et l'unité de compte peut être facilement déterminé au moment voulu, c'est-à-dire au moment de la signature du contrat de fourniture ou au moment du paiement effectif.

52. [40] La valeur d'une unité de compte composée de plusieurs monnaies est relativement stable puisque la faiblesse d'une monnaie y est généralement compensée par la force d'une autre. L'utilisation d'une telle unité de compte assure donc une bonne protection contre les fluctuations du taux de change de la monnaie dans laquelle le prix est payable par rapport aux autres monnaies.

[A/CN.9/362/Add.8]

VIII. PARTICIPATION DE TIERS

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Observations de caractère général	1-3
B. Achat de marchandises de compensation	4-40
1. Accord d'échanges compensés	9-20
a) Choix des tiers	12-16
b) Responsabilité relative à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés	17-20
2. Relations contractuelles entre la partie qui s'est initialement engagée et le tiers désigné	21-40
a) L'engagement pris par le tiers d'acheter des marchandises	21-29
b) Honoraires du tiers	30-36
c) Clauses d'indemnisation	37
d) Exclusivité du mandat du tiers	38-40
C. Fourniture des marchandises de compensation	41-52
1. Choix du tiers par la partie ayant pris l'engagement d'acheter	45-46
2. Choix du tiers par la partie ayant pris l'engagement de fournir	47-52
D. Echanges compensés multiparties	53-58

[*Note des rédacteurs*. Le présent projet de chapitre VIII est une version révisée du projet du chapitre VIII, "Participation de tiers", qui a été publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1. On trouve placé entre crochets au début de chaque paragraphe soit le numéro que portait ce paragraphe dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/

Add.1, soit la mention "nouveau paragraphe". Les parties révisées des paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1 sont en italique.]

A. Observations de caractère général

1. [1] Le présent chapitre traite des cas où une partie, au lieu d'acheter ou de fournir des marchandises dans une direction donnée, confie cette tâche à un tiers. On examine à la section B les cas où la partie qui s'est initialement engagée à acheter des marchandises confie à un tiers le soin de faire cet achat. On examine à la section C les cas où un tiers est désigné pour fournir des marchandises.

2. [1] Le présent chapitre traite aussi des cas où le fournisseur de marchandises dans une direction ne s'engage pas à acheter des marchandises en retour, mais où un acheteur tiers s'y engage dès le début de l'opération; ces cas sont traités à la section D où l'on examine aussi les cas où l'acheteur de marchandises dans une direction ne s'engage pas à fournir des marchandises en retour, mais où un fournisseur tiers s'y engage d'emblée.

[Le texte du paragraphe 2 du document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1 est en partie repris au paragraphe 5.]

3. [3] Les cas dans lesquels la partie qui s'est engagée à acheter des marchandises les achète elle-même puis les revend ne sont pas couverts par le présent chapitre car ils ne sont pas propres aux échanges compensés. Les diverses restrictions qui peuvent s'appliquer à la revente de marchandises de compensation sont examinées au chapitre X.

B. Achat de marchandises de compensation

4. [4] Il arrive fréquemment que la partie qui s'est engagée à acheter des marchandises ne soit pas en mesure d'utiliser lesdites marchandises, ou n'ait ni les moyens ni le savoir-faire nécessaires pour les écouler. En pareil cas, elle souhaitera peut-être s'assurer les services d'un ou plusieurs tiers chargés d'effectuer les achats conformément à l'engagement conclu. Ces tiers peuvent être, par exemple, l'utilisateur final des marchandises ou une société de négoce spécialisée dans l'achat et la revente de certains types de marchandises.

5. [*Nouveau paragraphe*] La présente section ne traite que des cas où un tiers conclut un contrat d'achat avec le fournisseur. Ne sont pas traités les cas où la partie qui s'est engagée à acheter des marchandises confie à un tiers la tâche de déterminer à qui les marchandises pourraient être revendues ou de la représenter pour la revente de ces marchandises. Le recours à de telles prestations, qui n'est pas propre aux échanges compensés, n'affecte pas les droits et obligations des parties à l'accord d'échanges compensés et n'a donc pas à être abordé dans cet accord.

6. [5] L'acheteur tiers qui accepte de participer à l'opération d'échanges compensés s'engage auprès de la partie qui s'est initialement engagée (c'est-à-dire uniquement vis-à-vis de la partie qui l'a désigné) à acheter des marchandises auprès du fournisseur dans un délai convenu. Dans certains cas, le tiers s'engage lui aussi vis-à-vis du fournisseur à conclure ultérieurement des contrats. Comme l'engagement du tiers porte sur la conclusion ultérieure de contrats, on y traite de questions telles que le type, la qualité, la quantité et le prix des marchandises devant faire l'objet de ces contrats, le délai dans lequel l'engagement doit être exécuté, les restrictions à la revente des marchandises, la garantie d'exécution, les dommages-intérêts spécifiés ou les pénalités, et le règlement des litiges. *Si l'accord par lequel le tiers s'engage à conclure ultérieurement un contrat avec le fournisseur peut traiter du même type de questions que l'accord d'échanges compensés entre le fournisseur et la partie qui s'est initialement engagée, les solutions ne seront pas nécessairement identiques dans les deux accords. Des solutions différentes pourront être adoptées, par exemple, en ce qui concerne la garantie d'exécution, les dommages-intérêts spécifiés ou la pénalité, le choix de la loi applicable ou le règlement des litiges.* (Les effets de l'engagement contracté par le tiers sont examinés plus loin aux paragraphes *17 et 18*; les conditions de cet engagement sont examinées plus loin au paragraphe *22*.)

7. [6] Lorsqu'il y a désignation d'un acheteur tiers, il arrive fréquemment que les obligations de payer nées des contrats de fourniture dans chaque direction doivent être acquittées séparément. En pareil cas, les problèmes de paiement qui se posent ne sont pas propres aux opérations d'échanges compensés. Toutefois, on peut convenir de lier les paiements dans les deux sens afin que les sommes versées en règlement du contrat de fourniture dans un sens soient utilisées pour le règlement du contrat de fourniture dans l'autre sens. On se reportera aux paragraphes *68 et 76* du chapitre IX ("Paiement") pour l'examen de ces mécanismes de paiements liés.

8. [7] Il arrive que les parties à l'accord d'échanges compensés conviennent que la partie effectuant des achats en sus de ce qu'exige l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sera autorisée à utiliser le crédit ainsi constitué en vue d'acquitter des engagements d'échanges compensés qu'il pourra devoir assumer à l'avenir. L'acheteur qui accumule de tels crédits pourra aussi être autorisé à céder ces crédits à un tiers (on se reportera aux paragraphes *31 à 34 du chapitre IV : "Engagement d'échanges compensés"*, pour l'examen des crédits d'exécution). La cession d'un crédit d'exécution à un tiers autoriserait ce dernier à vendre des marchandises à la partie qui a initialement accordé ce crédit d'exécution et à réduire ainsi tout engagement d'échanges compensés du montant du crédit d'exécution cédé. Une telle cession peut entraîner le versement d'une commission par le tiers au cédant du crédit d'exécution. Dans certains pays, il existe des règlements spéciaux régissant le droit de cession du crédit d'échanges compensés *(par exemple, ces règlements imposent des restrictions quant aux exportations qui peuvent donner lieu à des crédits cessibles aux parties auxquelles le crédit d'exécution peut être cédé et aux importations auxquelles les crédits cédés peuvent s'appliquer ou exigent une autorisation spéciale).*

1. Accord d'échanges compensés

9. [8] Lorsque les parties, au commencement de l'opération, prévoient que la partie qui s'engage à acheter des

marchandises pourra désigner un acheteur tiers, il est bon que cette possibilité soit couverte par l'accord d'échanges compensés. *Des dispositions relatives à un acheteur tiers sont particulièrement indiquées lorsque, comme on l'indique dans le paragraphe ci-après, les parties n'ont pas le même point de vue quant à la question de savoir si l'acheteur est libre de faire appel à un acheteur tiers.*

10. [*Nouveau paragraphe*] Si l'accord d'échanges compensés ne traite pas de la participation d'un acheteur tiers à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, la question risque de se poser entre les parties de savoir si la partie qui s'est initialement engagée à acheter est libre de faire appel à un tiers pour effectuer les achats. La solution à ce problème résiderait, dans de nombreuses lois nationales, dans les principes généraux du droit des contrats, en vertu desquels une partie au contrat peut associer un tiers à l'exécution de l'obligation contractuelle sans avoir à obtenir le consentement de la partie pouvant prétendre à l'exécution. Le consentement sera toutefois requis en vertu de ces principes généraux si, dans une situation donnée, la partie pouvant prétendre à l'exécution a une raison légitime d'insister pour que l'obligation soit acquittée par la partie qui s'est initialement engagée. Cela peut être le cas, par exemple, lorsque, en raison des moyens ou compétences particuliers dont dispose la partie obligée, l'exécution de l'obligation par un tiers diminuerait d'une façon ou d'une autre la valeur de l'exécution. Ainsi, le fournisseur des marchandises de compensation pourrait estimer que, du fait de la réputation de la partie qui s'est engagée à acheter et du réseau de revente dont elle dispose, la revente des marchandises par cette partie est essentielle pour leur assurer à long terme une part de marché ou pour préserver leur image de marque.

11. [9] La participation de tiers à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés est parfois régie par des règles de droit impératives. Ces règles peuvent *subordonner la participation de tiers au consentement du fournisseur,* définir les conditions d'aptitude des tiers, ou exiger que la participation de tiers soit autorisée par les pouvoirs publics. Une des raisons souvent avancées pour justifier de telles restrictions est le souci *d'assurer le bon déroulement de l'opération d'échanges compensés ou* d'éviter que les marchandises ne soient écoulées sur les marchés d'exportation traditionnels de l'Etat en question.

a) *Choix des tiers*

12. [10] Les clauses qui dans les accords d'échanges compensés autorisent la désignation de tiers peuvent être rédigées de telle manière que la partie qui s'est engagée initialement à acheter les marchandises soit libre de choisir le tiers. Il serait bon que ces clauses disposent que l'avis de désignation d'un tiers devra être communiqué au fournisseur avant que le tiers désigné n'achète les marchandises.

13. [11] Il arrive que l'accord d'échanges compensés restreigne la liberté de choix du tiers de la partie qui s'est initialement engagée à acheter des marchandises. Ces restrictions peuvent être de divers types. Par exemple, l'accord d'échanges compensés peut désigner un tiers, ou bien donner des listes de tiers agréés, ou bien encore énoncer des critères à appliquer pour le choix des tiers. Lorsque l'accord d'échanges compensés désigne le tiers ou comporte une liste de tiers potentiels présélectionnés, l'accord d'échanges compensés peut prévoir le choix d'un autre tiers si les tiers énumérés ne sont pas en mesure d'acheter des marchandises.

14. [12] On peut aussi restreindre la liberté de choisir un tiers en stipulant que la partie qui s'est initialement engagée à acheter des marchandises ne pourra désigner un tiers qu'avec l'accord du fournisseur. Pour que la désignation du tiers se fasse rapidement, on pourra convenir que le fournisseur sera réputé avoir donné son accord s'il ne s'y est pas opposé dans un délai donné. L'*accord d'échanges compensés peut préciser* quels types de renseignements sur un tiers proposé devront être fournis à l'acheteur par la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises (surface financière du tiers proposé et type et quantité des marchandises à acheter, par exemple). L'accord d'échanges compensés pourra énoncer les différents types d'objections opposables, ceci afin de restreindre le pouvoir discrétionnaire du fournisseur. Les objections opposables pourraient être, par exemple, le fait que le tiers proposé est déjà le partenaire commercial du fournisseur, ou bien qu'il écoule des marchandises produites par des concurrents du fournisseur, ou encore qu'il ne s'est pas précédemment acquitté d'une obligation qu'il avait vis-à-vis du fournisseur, ou bien qu'un litige l'a opposé au fournisseur.

15. [13] Le fournisseur peut, pour diverses raisons, souhaiter restreindre la liberté de choix de la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises. On citera notamment le souci d'écarter certains tiers. Ainsi, on peut imaginer des restrictions visant à empêcher que la vente à des personnes qui sont déjà des clients ne soit comptabilisée dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, ou à empêcher la désignation de personnes opérant sur un marché donné (en raison d'accords de distribution en vigueur sur ce marché ou en raison de règles applicables aux échanges avec le pays visé, par exemple), ou à garantir que des marchandises dont l'utilisation exige certaines précautions ne seront pas acquises par des parties qui n'ont pas été formées à leur utilisation. On peut aussi souhaiter sélectionner certains tiers. Par exemple, on peut imaginer une restriction visant à obtenir la désignation d'un tiers d'un certain pays ou marché, ou d'un tiers possédant une expérience de certains produits ou marchés (parce que le fournisseur souhaite introduire les marchandises sur un marché donné, par exemple).

16. [14] Les parties doivent avoir présent à l'esprit, toutefois, que toute restriction de la liberté de choix de l'acheteur peut avoir des inconvénients. Ainsi, la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises devra sans doute comptabiliser dans le coût de l'opération le risque que la commission exigée par le tiers pour l'achat des marchandises de compensation (voir plus loin les paragraphes *30 à 36*) soit plus élevée que les commissions pratiquées par d'autres tiers, ou le risque que le tiers n'achète pas les marchandises. Les parties pourront conve-

nir que certains de ces risques seront assumés par le fournisseur qui insiste pour que tel ou tel tiers soit retenu. Par exemple, on pourrait convenir que la responsabilité de la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises au titre de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale sera limitée au montant qu'elle pourra recouvrer auprès du tiers.

b) *Responsabilité relative à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés*

17. [15] Les parties à l'accord d'échanges compensés ont intérêt à *aborder dans l'accord d'échanges compensés* la question de savoir qui serait responsable vis-à-vis du fournisseur au cas où le tiers désigné n'effectuerait pas les achats qui sont nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Pour pouvoir répondre à cette question, il importe de savoir si le tiers désigné s'est engagé à acheter les marchandises uniquement vis-à-vis de la partie qui l'a désigné, ou s'il est aussi engagé vis-à-vis de la partie qui fournit les marchandises (voir plus haut le *paragraphe 6*).

18. [16] Lorsque le tiers désigné ne s'est engagé que vis-à-vis de la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises, celle-ci est seule responsable vis-à-vis du fournisseur, même si un tiers a été désigné. Toutefois, lorsque ce tiers s'engage à la fois vis-à-vis de la partie qui s'est initialement engagée et du fournisseur, on peut envisager deux approches concernant ledit engagement. La première consiste à stipuler dans l'accord d'échanges compensés que l'engagement de la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises sera préservé; en pareil cas, tant la partie qui s'est initialement engagée que le tiers désigné seront responsables vis-à-vis du fournisseur pour l'exécution de l'engagement et, en dernière analyse, la partie qui s'est initialement engagée et le tiers désigné règleront entre eux la question de la responsabilité conformément au contrat qui les lie. Une telle approche pourra être retenue lorsque l'engagement pris par le tiers vis-à-vis du fournisseur de conclure ultérieurement des contrats d'achat n'est pas entouré des mêmes garanties que l'engagement d'échanges compensés pris par la partie qui s'est initialement engagée, ou lorsque le fournisseur soit n'a jamais traité avec le tiers désigné, soit a connu des déboires lorsqu'il a traité avec lui. L'autre approche consisterait à stipuler que, lorsque le tiers désigné assume l'engagement, la partie qui s'est initialement engagée est libérée de l'engagement d'échanges compensés et que seul le tiers désigné est responsable vis-à-vis du fournisseur pour la conclusion ultérieure de contrats. Pour que cette substitution des parties responsables vis-à-vis du fournisseur puisse s'effectuer, les parties pourront convenir d'une cession de l'engagement d'échanges compensés par la partie qui s'est engagée initialement au tiers désigné. Le droit général des contrats de la plupart des pays comporte des dispositions sur la cession d'obligations contractuelles qui s'appliqueraient à la cession d'un engagement d'échanges compensés. Autre méthode de substitution des parties : la partie qui s'est initialement engagée et le fournisseur conviennent de mettre fin à leur engagement d'échanges compensés au moment où le tiers désigné s'engage à conclure des contrats avec le fournisseur. Afin qu'il ne soit pas mis fin à l'engagement initial d'échanges compensés avant que l'engagement du tiers désigné ne prenne effet, il serait judicieux de stipuler dans l'accord d'échanges compensés que celui-ci ne prendra fin que lorsque l'engagement du tiers aura pris effet.

19. [17] Comme l'indique le *paragraphe 22*, les tiers limitent parfois leur engagement à une promesse de "faire diligence" pour effectuer les achats. *Lorsqu'il est convenu que l'engagement d'échanges compensés de la partie qui s'est initialement engagée prend fin lorsque le tiers s'engage à conclure ultérieurement un contrat avec le fournisseur, il serait dans l'intérêt du fournisseur de n'accepter cette substitution de la partie qui s'est engagée à acheter que si l'engagement du tiers* est un engagement à acheter effectivement les marchandises, plutôt qu'un engagement à "faire diligence". Si le tiers ne s'engage qu'à "faire diligence", le fournisseur aura des garanties limitées quant à la conclusion effective du contrat de fourniture.

20. [18] Les garanties émises pour favoriser l'exécution d'engagements d'échanges compensés sont, en règle générale, formulées de telle sorte qu'elles ne couvrent que l'obligation de la partie qui s'est initialement engagée. Aussi, si le fournisseur souhaite garantir l'engagement du tiers, est-il souhaitable que l'accord d'échanges compensés dispose que la garantie sera modifiée ou qu'une nouvelle garantie sera émise. Il est également souhaitable que l'accord indique quelles seront les conséquences si la garantie ne peut pas être modifiée, ou si une nouvelle garantie adéquate ne peut pas être fournie.

2. *Relations contractuelles entre la partie qui s'est initialement engagée et le tiers désigné*

a) *L'engagement pris par le tiers d'acheter des marchandises*

21. [19] Lorsque la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises souhaite désigner un tiers pour faire cet achat, ces deux parties doivent arriver à un accord sur le type d'engagement que devra prendre le tiers.

22. [20] Dans la pratique, on rencontre deux types d'engagement pris par les tiers vis-à-vis des parties s'étant initialement engagées. Le premier type d'engagement est la promesse que, sous réserve des conditions dans lesquelles sont désignés les tiers, les marchandises de compensation seront effectivement achetées. L'autre type d'engagement est une promesse faite par le tiers qu'il fera diligence pour acheter des marchandises, sans garantie de résultat. Le tiers peut ne pas souhaiter s'engager pleinement s'il n'est pas certain de trouver un utilisateur final pour les marchandises, ou si le prix d'achat des marchandises risque de ne pas être compétitif. Cette promesse de *faire de son mieux* peut être exprimée par des formules telles que "intention ferme", "faire diligence" ou "agir de bonne foi", ou bien encore par une clause disposant que le tiers achètera les marchandises si un utilisateur final peut être trouvé. Si le tiers n'achète pas les marchandises, il peut s'exonérer des conséquences qui en découlent, simplement en démon-

trant sa bonne foi dans l'exécution de son mandat. La partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises pourra estimer que la participation du tiers sur la base de la "diligence" sera acceptable s'il est fondé à croire que le tiers exécutera son mandat (soit en raison des antécédents du tiers, soit parce que les prix d'achat et de revente envisagés rendent la transaction intéressante du point de vue commercial).

23. [21] Il arrive que les conditions du contrat désignant le tiers exigent de celui-ci qu'il s'engage directement vis-à-vis du fournisseur à conclure ultérieurement des contrats (voir plus haut les paragraphes *6 et 17*).

24. [22] Les conditions dans lesquelles le tiers est désigné pourraient être harmonisées avec les conditions de l'accord d'échanges compensés. Cette harmonisation serait utile notamment en ce qui concerne le type, la qualité, la quantité et le prix des marchandises de compensation. Il peut se poser un problème, par exemple, si le tiers s'engage à acheter des marchandises de qualité standard au prix du marché mondial, alors que l'accord d'échanges compensés prévoit un niveau de qualité ou de prix différent. En pareil cas, il arrive que le fournisseur propose des marchandises conformes à l'accord d'échanges compensés, que le tiers est toutefois fondé à refuser d'acheter parce qu'elles ne sont pas conformes aux conditions du contrat conclu entre lui et la partie qui s'est initialement engagée. Cette dernière serait alors responsable vis-à-vis du fournisseur pour la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés sans pouvoir prétendre à une indemnisation par le tiers.

25. [23] En outre, il peut se poser un problème lorsque l'accord d'échanges compensés ne donne pas d'assurance quant à la disponibilité des marchandises, mais que le tiers, se fondant sur le contrat conclu avec la partie s'étant engagée initialement, compte que les marchandises seront disponibles. Dans ce cas, la partie engageant le tiers risque d'être tenue responsable par lui si les marchandises ne sont pas mises à disposition par le fournisseur.

26. [24] Lorsque l'accord d'échanges compensés et les conditions de la désignation du tiers garantissent la disponibilité des marchandises, la partie s'étant initialement engagée peut être responsable envers le tiers si les marchandises ne sont pas mises à disposition par le fournisseur. *Dans ce cas, il est de l'intérêt de la partie s'étant initialement engagée d'assurer la disponibilité des marchandises par une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale ou une garantie.*

27. [25] Il est bon que le contrat par lequel le tiers est désigné fasse état de toute restriction à la revente des marchandises énoncée dans l'accord d'échanges compensés. Sinon, la partie s'étant initialement engagée à acheter pourra être tenue responsable en cas de revente des marchandises par le tiers en violation desdites restrictions sans pouvoir être indemnisée par le tiers.

28. [26] Parfois, la partie s'étant initialement engagée voudra peut-être avoir la possibilité de prendre d'autres dispositions pour s'acquitter de son engagement d'échanges compensés au cas où le tiers n'effectuerait pas les achats requis. Pour ce faire, on pourra fixer une date limite pour les achats du tiers, précédant la date limite de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés liant la partie ayant pris l'engagement initial. Si cette dernière partie souhaite se prévaloir d'une telle possibilité, il serait bon, lors de la négociation de l'accord d'échanges compensés, de veiller à ce que la période d'exécution soit suffisamment longue pour donner au tiers assez de temps pour effectuer les achats *et pour permettre de prendre d'autres dispositions* au cas où le tiers n'effectuerait pas lesdits achats.

29. [27] Il est bon de spécifier dans le contrat de nomination du tiers si c'est à ce dernier de se charger de l'ensemble de la négociation avec le fournisseur concernant la conclusion du contrat futur, ou si la partie ayant pris l'engagement initial d'acheter les marchandises devrait participer d'une manière ou d'une autre à la conclusion ou à l'exécution de ce contrat. Il peut être spécifié, par exemple, que la partie ayant pris l'engagement initial d'acheter doit approuver tel ou tel aspect de l'achat des marchandises (par exemple, leur prix ou leur destination) ou du moins en être informée.

b) *Honoraires du tiers*

30. [28] En retour de l'engagement pris par le tiers d'acheter des marchandises, la partie ayant pris l'engagement initial peut devoir lui verser des honoraires. Ces honoraires, *à fixer dans le contrat entre la partie qui s'est initialement engagée et le tiers,* sont normalement requis lorsque le prix des marchandises à acheter par le tiers n'est pas compétitif et que la revente de ces marchandises ne lui permettrait pas de dégager un profit. Ils sont appelés dans la pratique "commission", "*disagio*", "péréquation", "subvention", "remise" ou "prime". Leur montant est fonction notamment *de la demande du type de marchandises concernées et* de la différence escomptée entre le prix d'achat et le prix de revente des marchandises. Il peut également être fonction du coût de toute garantie que le tiers devra contracter pour couvrir sa responsabilité, soit envers la partie ayant pris l'engagement initial, soit envers le fournisseur, soit envers les deux, s'il n'effectue pas les achats requis.

31. [*Nouveau paragraphe*] Dans certaines juridictions, lorsqu'un organisme d'Etat désigne un tiers pour effectuer les achats ou qu'il en est lui-même chargé, des restrictions impératives s'appliquent au paiement des honoraires que verse l'organisme d'Etat ou qui lui sont versés.

32. [29] Les honoraires peuvent représenter un pourcentage du prix des achats à effectuer par le tiers ou un montant fixe par unité ou quantité de marchandises. Parfois, on utilise une combinaison des deux méthodes. Si les honoraires représentent un pourcentage du prix des marchandises, il est bon que les parties sachent bien sur quelle base ils seront calculés (par exemple, si les frais de transport ou d'assurance sont inclus dans le prix).

33. [30] Au moment où il est fait appel au tiers pour conclure les contrats de fourniture futurs, il peut être difficile, en raison de fluctuations des prix, d'estimer le

prix de revente. Les parties peuvent donc prévoir des honoraires variables, qui seront déterminés sur la base de la différence effective entre les prix, augmentée d'un pourcentage ou d'un montant convenus pour couvrir les frais du tiers. Selon la conjoncture commerciale, les parties voudront peut-être envisager la possibilité de voir le prix de revente monter à un niveau tel que la revente des marchandises permette au tiers de dégager un bénéfice. Si cette possibilité est prise en compte, le tiers devra payer à la partie s'étant initialement engagée à acheter les marchandises un montant correspondant à l'écart entre le prix effectif de revente et le prix de revente prévu. Ce montant dû par le tiers est parfois appelé "*disagio* négatif".

34. [31] Il est bon de préciser à quel moment les honoraires sont dus. On peut par exemple disposer qu'ils sont dus lors de la désignation du tiers, lors de la conclusion du contrat de fourniture entre le fournisseur et le tiers, lors de l'ouverture sur ordre du tiers d'une lettre de crédit en faveur du fournisseur ou lorsque le tiers paie le fournisseur. Parfois, il est convenu que des pourcentages donnés des honoraires seront payables à des stades déterminés. Par exemple, un certain pourcentage sera payable lors de la désignation du tiers, un autre lors de la conclusion du contrat entre le tiers et le fournisseur et le reste lors du paiement des marchandises par le tiers. Lorsque les honoraires doivent être payés après la conclusion du contrat entre la partie s'étant initialement engagée et le tiers, ce dernier pourra demander une garantie bancaire couvrant l'obligation de payer ces honoraires.

35. [32] Il est bon que le contrat de nomination du tiers indique si la relation contractuelle entre le tiers et la partie ayant pris l'engagement initial sera modifiée par la résiliation ou la réduction de l'engagement d'échanges compensés pris par la partie s'étant initialement engagée. La résiliation ou la réduction de cet engagement peut résulter par exemple de la résiliation du contrat d'exportation (voir le chapitre XIII, "*Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés*", paragraphe ___). Le tiers peut souhaiter effectuer l'achat et obtenir ses honoraires quelle que soit la suite donnée à l'engagement d'échanges compensés pris par la partie s'étant initialement engagée, notamment lorsqu'il a encouru des dépenses pour trouver un utilisateur des marchandises, lorsque les marchandises ont été promises à un utilisateur, ou lorsqu'elles ont effectivement été achetées et revendues. La partie désignant le tiers peut, quant à elle, souhaiter pouvoir rompre sa relation avec le tiers au cas où il serait mis fin à l'engagement d'échanges compensés.

36. [*Nouveau paragraphe*] Il est parfois convenu que le coût des honoraires est réparti entre la partie ayant pris l'engagement d'acheter et le fournisseur. Dans ce cas, les détails de la répartition, y compris un éventuel plafonnement du coût à la charge du fournisseur, devront être précisés dans l'accord d'échanges compensés.

c) *Clauses d'indemnisation*

37. [33] La partie s'étant initialement engagée à acheter les marchandises peut être responsable envers la partie avec laquelle elle a pris son engagement lorsque le tiers n'effectue pas les achats prévus (voir les paragraphes *17 et 18* ci-dessus). Lorsqu'elle désigne un tiers, elle voudra donc peut-être inclure dans le contrat avec ce tiers une clause d'indemnisation selon laquelle le tiers devra l'indemniser pour toute responsabilité encourue envers le fournisseur, du fait de la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés pour des motifs imputables au tiers. Les parties pourront également stipuler que la clause d'indemnisation protégera la partie s'étant initialement engagée à acheter les marchandises en cas de violation par le tiers d'une restriction à la revente des marchandises énoncée dans l'accord d'échanges compensés et reprise dans le contrat conclu avec le tiers. Il peut être convenu que la partie ayant pris l'engagement initial doit informer le tiers lorsque est faite une réclamation pouvant engager la responsabilité du tiers en application de la clause d'indemnisation.

d) *Exclusivité du mandat du tiers*

38. [34] Il est bon que la partie ayant pris l'engagement initial et le tiers indiquent dans leur contrat si ce dernier sera la seule personne désignée ou si la partie ayant pris l'engagement initial se réserve le droit de faire appel à un autre tiers aux fins de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Un tiers pourra se voir accorder un mandat exclusif portant sur tous les achats à effectuer en exécution de l'engagement d'échanges compensés, ou l'exclusivité pourra n'être donnée que pour un type particulier de marchandises, un fournisseur particulier, ou un territoire particulier sur lequel les marchandises devront être achetées ou revendues.

39. [35] Lorsque le tiers se voit accorder un mandat exclusif, la partie ayant pris l'engagement initial voudra peut-être se réserver le droit de déclarer le mandat non exclusif si, dans un délai donné avant la fin de la période d'exécution, le tiers n'a pas acheté une quantité convenue de marchandises.

40. [36] Lorque la quantité de marchandises à acheter est particulièrement importante, il pourra être convenu que, durant un délai donné, le tiers ne sera pas autorisé à acheter le même type de marchandises auprès d'autres sources. En effet, on peut souhaiter éviter un engorgement temporaire du marché sur lequel le tiers envisage de revendre les marchandises, ou vouloir contraindre le tiers à concentrer ses efforts sur l'exécution de l'engagement en question.

C. Fourniture des marchandises de compensation

41. [37] Parfois, une partie qui achète des marchandises dans une direction ne fournit pas de marchandises dans l'autre direction, mais un ou plusieurs tiers sont désignés pour fournir ces marchandises. Il y a deux types d'opérations pour lesquelles on peut recourir à une telle approche. Premièrement, les opérations dans lesquelles la partie achetant des marchandises dans une direction s'engage à fournir des marchandises dans l'autre direction,

mais, parce qu'elle éprouve des difficultés à fournir les marchandises convenues, charge un tiers de le faire. Deuxièmement, les opérations de compensation industrielle indirecte décrites au *paragraphe 17* du chapitre II, "Portée et terminologie du guide juridique". Dans les opérations de compensation industrielle indirecte, il est prévu, au moment de la conclusion du contrat d'exportation et de l'accord d'échanges compensés, que l'importateur (souvent un organisme public) ne contre-exportera pas de marchandises et que la partie s'engageant à contre-importer devra trouver des tiers disposés à fournir les marchandises. Ces tiers ne seront normalement pas liés par tout engagement à conclure des contrats de fourniture avec le contre-importateur.

42. [38] Dans une opération mettant en jeu un fournisseur tiers, les obligations de paiement en vertu des contrats de fourniture dans les deux directions sont souvent fixées indépendamment l'une de l'autre. De tels paiements ne posent pas de problèmes propres aux échanges compensés. Toutefois, il peut se poser de tels problèmes lorsque les parties décident de lier les paiements dans les deux directions, de sorte que le produit du contrat de fourniture dans une direction soit utilisé pour payer le contrat de fourniture dans l'autre direction. On trouvera un examen de ces mécanismes de paiement lié aux paragraphes *68, 75 et 76* du chapitre IX, "Paiement".

43. [39] Lorsqu'il est possible de faire intervenir un tiers dans la fourniture de marchandises, il est bon que l'accord d'échanges compensés traite de la manière dont le fournisseur tiers sera désigné et des conséquences d'un défaut de fourniture des marchandises convenues par ce tiers.

44. [40] Différentes méthodes peuvent être utilisées pour choisir le fournisseur tiers. L'accord d'échanges compensés peut le désigner nommément; ou bien, il peut disposer que le fournisseur tiers sera choisi à une date ultérieure. Le choix du tiers peut aussi être confié à l'une des parties à l'accord d'échanges compensés.

1. Choix du tiers par la partie ayant pris l'engagement d'acheter

45. [41] Dans les opérations de compensation industrielle, le choix du fournisseur tiers est souvent laissé à la partie ayant pris l'engagement d'acheter. Ce choix peut être limité par des directives énoncées dans l'accord d'échanges compensés, aux termes desquelles les fournisseurs devront provenir de régions géographiques ou secteurs industriels donnés ou être fournisseurs de types donnés de produits ou services. Ces directives sont traitées au *paragraphe 28 du chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés"*.

46. [42] Lorsque la partie qui s'est engagée à acheter doit choisir le fournisseur tiers, il est bon de préciser dans l'accord d'échanges compensés quels seront les effets de la non-conclusion d'un contrat de fourniture par le fournisseur tiers potentiel. Lorsque le choix doit être fait parmi un grand nombre de fournisseurs potentiels, il peut être indiqué que le refus d'un fournisseur tiers potentiel ne libérera pas de l'engagement d'acheter. Lorsque le fournisseur tiers doit être choisi sur une liste de fournisseurs donnés, il peut être convenu qu'un refus par tous les fournisseurs figurant sur la liste de conclure un contrat de fourniture conforme aux dispositions de l'accord d'échanges compensés libérera de son engagement la partie devant acheter (la question de l'extinction de l'engagement d'échanges compensés est traitée *à la section B* du chapitre XIII, *"Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés"*).

2. Choix du tiers par la partie ayant pris l'engagement de fournir

47. [43] Dans certains cas, le choix des fournisseurs tiers est laissé à la partie ayant le droit de fournir des marchandises en application de l'accord d'échanges compensés. Cela peut être le cas lorsque la partie achetant des marchandises dans une direction ne vend pas de marchandises (par exemple, lorsqu'un organisme public achète des marchandises dans le cadre d'une opération de compensation industrielle), ne dispose pas de marchandises intéressant la partie s'étant engagée à acheter, ou ne sait pas si elle disposera de marchandises appropriées au moment où le contrat de fourniture devra être conclu et souhaite donc avoir la possibilité de désigner un fournisseur tiers.

48. [*Nouveau paragraphe*] La partie qui s'est engagée à fournir peut être libre de désigner le fournisseur tiers. Cela peut être le cas, par exemple, si les marchandises de compensation sont d'une qualité standard et facilement disponibles. L'accord d'échanges compensés peut par contre énoncer des directives définissant les conditions dans lesquelles la partie qui s'est engagée à fournir des marchandises peut désigner le fournisseur tiers; l'accord peut aussi donner la liste des fournisseurs tiers potentiels. La partie qui s'est engagée à acheter souhaitera peut-être faire figurer dans l'accord d'échanges compensés une clause disposant que le fait qu'elle s'adresse à un tiers n'entraînera pas de frais supplémentaires pour elle.

49. [44] Lorsque le choix du fournisseur tiers est laissé à la partie qui *s'est initialement engagée à fournir les marchandises, l'accord d'échanges compensés peut* disposer que ce tiers doit être à même de mettre à disposition des marchandises conformes aux conditions énoncées dans l'accord d'échanges compensés. *Il est bon* que cet accord indique clairement les conséquences de la non-mise à disposition des marchandises convenues de la part de ce tiers. L'accord peut disposer qu'un tel défaut libérera de son engagement d'échanges compensés la partie qui s'est engagée à acheter, dans la mesure où le tiers n'a pas mis à disposition les marchandises, ou alors qu'un nouveau fournisseur devra être choisi. Lorsque l'obligation de la partie ayant pris l'engagement initial de fournir fait l'objet d'une clause de dommages-intérêts spécifiés, d'une clause pénale, ou d'une garantie, il peut être *précisé* que la non-mise à disposition des marchandises par le tiers habilitera la partie s'étant engagée à acheter à recevoir paiement en vertu de la clause de dommages-intérêts, de la clause pénale ou de la garantie*.

50. [*Nouveau paragraphe*] Il est bon que les obligations assumées par le tiers soient coordonnées avec les obligations assumées en vertu de l'accord d'échanges compensés par la partie qui s'est initialement engagée à fournir. Cela est particulièrement important pour ce qui est des obligations concernant la qualité, la quantité ou le prix des marchandises à livrer, de la garantie de disponibilité des marchandises ou des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité en cas de non-mise à disposition des marchandises. L'objet de la coordination est d'assurer que les marchandises offertes par le tiers à la partie qui s'est engagée à acheter sont conformes à l'accord d'échanges compensés. Si, par exemple, le tiers ne met pas à disposition des marchandises qui répondent au niveau de qualité défini dans l'accord d'échanges compensés et que, de ce fait, le contrat de fourniture n'est pas conclu, la partie qui s'est initialement engagée à fournir sera tenue responsable en vertu de l'accord d'échanges compensés et la partie qui s'est engagée à acheter pourra être libérée de son engagement d'échanges compensés.

51. [*Nouveau paragraphe*] Le contrat entre la partie qui s'est initialement engagée à fournir et le tiers peut comporter une clause d'indemnisation selon laquelle le tiers accepte d'indemniser la partie qui s'est initialement engagée à fournir pour les dommages-intérêts spécifiés ou la pénalité qui pourraient devoir être versés en vertu de l'accord d'échanges compensés par suite de la non-mise à disposition des marchandises par le tiers.

52. [*Nouveau paragraphe*] Dans certaines opérations, la partie qui s'est initialement engagée à fournir et le tiers conviennent qu'une commission sera payée par le fournisseur tiers à la partie qui s'est initialement engagée en échange de la possibilité de vendre les marchandises.

D. Echanges compensés multiparties

53. [45] Il y a trois types d'opérations d'échanges compensés qui mettent en jeu plus de deux parties, mais qui sont distinctes des opérations traitées aux sections B et C du présent chapitre.

54. [46] Il y a en premier lieu l'opération tripartite dans laquelle une partie qui fournit des marchandises dans une direction ne s'engage à aucun moment d'acheter des marchandises dans l'autre direction; cet engagement d'achat est d'emblée pris par un tiers. Par contraste, la section B traite des cas dans lesquels une partie, après s'être engagée à acheter des marchandises, désigne un tiers pour ce faire. On peut recourir à une telle opération tripartite dans le cas par exemple d'une opération d'achat en retour, lorsque l'exportateur de l'installation de production ne souhaite pas acheter lui-même les produits fabriqués, mais qu'il faut, pour des raisons de financement, trouver dès le départ un tiers qui s'engage à acheter ces produits. Pour mettre sur pied une opération tripartite de cet ordre, les trois parties peuvent conclure un accord énonçant leur engagement à conclure ultérieurement des contrats de fourniture, puis conclure lesdits contrats de fourniture dans les deux directions. L'exportateur et l'importateur peuvent aussi conclure un contrat de fourniture de marchandises dans une direction et, dans le même temps, l'acheteur tiers (contre-importateur) et le contre-exportateur peuvent s'engager à conclure ultérieurement un contrat de fourniture de marchandises dans l'autre direction.

55. [47] Il existe un second type d'opération multipartie. Il s'agit de l'opération tripartite dans laquelle une partie achetant des marchandises dans une direction ne prend à aucun moment l'engagement de fournir des marchandises dans l'autre direction, mais un fournisseur tiers s'engage d'emblée à fournir les marchandises. Ce type d'opération est distinct des deux types d'opérations traitées à la section C, celles dans lesquelles une partie, après s'être engagée à fournir des marchandises, désigne un tiers pour ce faire, et les opérations de compensation industrielle indirecte, dans lesquelles le contre-importateur s'engage auprès de l'importateur à négocier des contrats de fourniture avec des fournisseurs potentiels qui ne se sont pas engagés à conclure des contrats de fourniture avec le contre-importateur. Dans ce second type d'opération tripartite, les trois parties peuvent conclure un accord énonçant leur engagement à conclure ultérieurement des contrats de fourniture, puis conclure lesdits contrats dans les deux directions. Il est également possible à l'exportateur et à l'importateur de conclure un contrat dans une direction, en même temps que l'acheteur tiers (contre-importateur) et le contre-exportateur s'engagent à conclure ultérieurement un contrat de fourniture de marchandises dans l'autre direction.

56. [48] Souvent, ces opérations tripartites décrites *dans les deux paragraphes précédents* se caractérisent par l'établissement d'un lien entre les paiements des contrats de fourniture dans les deux directions. Le recours à de tels mécanismes de paiement lié est traité aux paragraphes *68, 75 et 76* du chapitre IX, "Paiement".

57. [49] Il existe un troisième type d'opération multipartie, dans lequel le contrat de fourniture dans une direction est conclu par deux parties et le contrat de fourniture dans l'autre direction est conclu par deux autres parties. Une telle opération d'échanges compensés quadripartite peut être effectuée lorsque les parties à un contrat de fourniture de marchandises dans une direction ne sont pas à même de conclure un contrat de fourniture dans l'autre direction, mais souhaitent qu'un tel contrat soit conclu. Un tel arrangement peut être souhaitable lorsque la conclusion du second contrat de fourniture permettrait aux parties de lier les paiements des contrats dans les deux directions, de manière à éviter ou réduire les transferts de devises d'un pays à un autre (la question des paiements liés dans les opérations quadripartites est traitée aux paragraphes *69, 75 et 77* du chapitre IX, "Paiement"). Un tel arrangement peut être également souhaitable lorsque la fourniture de marchandises dans une direction est impérativement assujettie à l'achat de marchandises dans l'autre direction.

58. [*Nouveau paragraphe*] Il est bon que les parties se penchent dès le début de l'opération sur la question de savoir si la non-conclusion ou la non-exécution de l'un des contrats de fourniture doit avoir un effet sur l'obligation de conclure ou d'exécuter un autre contrat de fourniture. Cette question est examinée à la section E du chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés". L'interdépendance des contrats de fourniture lorsque les parties sont convenues de paiements liés est traitée aux paragraphes *72 et 73* du chapitre IX.

[A/CN.9/362/Add.9]

IX. PAIEMENT

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Observations générales	1-8
B. Rétention de fonds par l'importateur	9-13
C. Blocage des fonds	14-37
1. Observations générales	14-18
2. Comptes bloqués	19-30
a) Accord d'échanges compensés	21-25
i) Désignation du compte	21-22
ii) Fonctionnement du compte bloqué	23-24
iii) Autres questions	25
b) Convention de compte bloqué	26-30
i) Parties	27
ii) Transferts de fonds sur un compte et à partir de celui-ci	28-29
iii) Durée et clôture du compte	30
3. Lettres de crédit croisées	31-37
a) Ordre dans lequel les lettres de crédit sont émises	32-33
b) Instructions relatives à l'utilisation des fonds	34-36
c) Dates d'expiration	37
D. Compensation des créances réciproques	38-57
1. Observations générales	38-44
2. Accord d'échanges compensés	45-57
a) Inscriptions au crédit et au débit du compte	45-48
b) Calcul des articles de compte	49-50
c) Relevés de compte	51
d) Vérification périodique	52
e) Limitation du montant du solde	53
f) Règlement du solde	54-56
g) Garantie du paiement des soldes	57
E. Questions communes à tous les mécanismes de paiements liés	58-65
1. Monnaie ou unité de compte	58
2. Désignation des banques	59
3. Accord interbancaire	60-61
4. Transfert des fonds inutilisés ou excédentaires	62-63
5. Paiements ou livraisons supplémentaires	64
6. Commissions et frais bancaires	65
F. Paiements dans le cadre des opérations d'échanges compensés multipartites	66-77
1. Observations générales	66-73
2. Blocage des fonds dans les opérations d'échanges compensés multipartites	74-77

[*Note des rédacteurs*. Le présent projet de chapitre est une version révisée du projet de chapitre IX, "Paiement", publié sous la cote A/CN.9/332/Add.6. La note placée entre crochets au début de chaque paragraphe soit indique le numéro sous lequel le paragraphe figurait dans le document A/CN.9/332/Add.6, soit informe que le paragraphe est nouveau. Les modifications apportées aux paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.6 sont en italique.]

A. Observations générales

1. [1] Les parties peuvent décider que les créances découlant des contrats de fourniture dans l'une et l'autre direction seront réglées séparément. Dans un tel cas, le paiement au titre de chaque contrat de fourniture s'effectue selon les modalités commerciales usuelles, par exemple par le biais d'un compte courant, au vu de documents ou au moyen de lettres de crédit. Mais les parties peuvent aussi décider de lier les paiements, de manière que le produit du contrat dans une direction soit utilisé pour payer le prix du contrat dans l'autre direction, ce qui permet d'éliminer ou de réduire les transferts de fonds entre les parties. Le guide juridique examine seulement les modalités de paiements liés, à l'exclusion des arrangements prévoyant des paiements séparés : en effet, ces derniers ne soulèvent pas de questions particulières aux échanges compensés.

2. [2] Les parties peuvent tout d'abord souhaiter lier les paiements parce qu'*il se peut* qu'il ne soit difficile pour l'une d'entre elles de payer dans la monnaie convenue. Ce peut être aussi pour garantir que le montant provenant de l'expédition dans une direction sera utilisé pour payer l'expédition dans l'autre. Les mécanismes de paiement conçus pour répondre à de tels besoins comprennent la rétention de fonds par l'importateur (par. *9 à 13* ci-après), le blocage des fonds payés au titre du contrat d'exportation par le biais de comptes bloqués ou de lettres de crédit croisées de manière à garantir que ces fonds seront disponibles pour payer le prix du contrat de contre-exportation (par. *14 à 37* ci-après), et la compensation des créances réciproques (par. *38 à 57* ci-après).

3. [3] Les frais financiers résultant du fait que les mécanismes de paiements liés immobilisent les fonds provenant des expéditions faites par les parties constituent un aspect de ces mécanismes qu'il faudra examiner. En général, plus l'intervalle entre le moment où les fonds provenant du contrat dans une direction sont versés et celui où ces fonds sont utilisés pour payer le prix du contrat dans l'autre direction est long, plus les frais financiers sont élevés.

4. [*Nouveau paragraphe*] Les mécanismes de paiements liés ont notamment pour caractéristique de garantir à la partie ayant reçu les marchandises en premier que les fonds requis pour payer ces marchandises ne sont pas mis à la disposition de la partie ayant fourni les marchandises, mais sont réservés pour le paiement des marchandises qui seront ultérieurement fournies dans l'autre direction. Il peut ainsi être plus facile à cette partie d'obtenir un prêt pour le financement de ses fournitures. La source de financement est souvent la banque qui détient les fonds devant être utilisés pour payer les livraisons ultérieures ou la banque qui est chargée de la compensation des créances réciproques.

5. [*Nouveau paragraphe*] Par contre, la partie qui est la première à fournir les marchandises, ou qui a fourni davantage de marchandises qu'elle n'en a reçues, risque d'avoir à attendre pendant un délai indéterminé avant que des marchandises de la qualité convenue ne soient mises à disposition pour achat dans l'autre direction ou si ces marchandises ne sont pas mises à disposition; en outre, le produit des livraisons qu'elle a effectuées risque de ne pas être libéré pour payer ces livraisons. En raison de ce risque, une banque peut hésiter ou répugner à financer une livraison de marchandises si le paiement doit être reporté jusqu'à l'achat de marchandises dans l'autre direction. Ainsi, dans les projets de grande ampleur tels que les opérations d'achat en retour ou de compensation industrielle indirecte, il est moins probable que les parties recourent à un mécanisme de paiements liés.

6. [4] Les parties voudront peut-être envisager *les obstacles qui peuvent empêcher que des paiements liés soient effectués*. Par exemple, un créancier de l'une des parties à l'opération *pourrait obtenir d'un tribunal un ordre de saisie du* produit d'un contrat de fourniture, la banque détenant les fonds *pourrait* devenir insolvable ou *un paiement pourrait être empêché en raison de l'adoption d'une réglementation bancaire ou d'une mesure de contrôle des échanges. De tels cas peuvent entraîner* le gel du mécanisme de paiement jusqu'à ce que la justice se soit prononcée sur la créance invoquée contre la partie à l'opération d'échanges compensés, *que la banque soit redevenue solvable ou que la réglementation ou la mesure de contrôle des échanges ait été rapportée, selon le cas.* Pour évaluer ce risque, il faut notamment prendre en considération l'étendue de la protection que la loi applicable offre contre *de telles circonstances extérieures.* En outre, plus long est le délai durant lequel les fonds demeurent dans le mécanisme de paiement ou durant lequel les créances demeurent en attente de compensation, plus grand est le risque *de voir de tels obstacles surgir.*

7. [5] On notera que les mécanismes de paiement peuvent être soumis à une autorisation des pouvoirs publics s'ils impliquent que les fonds obtenus au titre d'un contrat de fourniture ne seront rapatriés qu'après une certaine période ou ne le seront pas du tout, ou s'ils nécessitent la détention de fonds à l'étranger ou l'ouverture d'un compte en devises dans le pays.

8. [*Nouveau paragraphe*] Il est bon que les parties conviennent des détails du mécanisme de paiements liés dans l'accord d'échanges compensés. Selon le type de mécanisme choisi, les divers contrats de fourniture devront peut-être comporter des clauses donnant effet à la méthode de paiement convenue dans l'accord d'échanges compensés.

B. Rétention de fonds par l'importateur

9. [6] Les parties conviennent parfois que l'expédition dans une certaine direction (contrat d'exportation) précédera l'expédition dans l'autre direction (contrat de contre-exportation), et que les sommes provenant de l'exportation seront utilisées pour payer la contre-exportation. Parce que l'importateur doit acheter les marchandises à l'avance pour que les fonds nécessaires pour financer le contrat de contre-exportation soient disponibles, ces opérations sont parfois qualifiées d'"achats préalables". Dans un tel cas, les parties peuvent décider que les sommes provenant de l'exportation seront détenues sous le contrôle de l'importateur jusqu'à ce que le prix de la contre-exportation soit exigible.

10. [7] Pour qu'un tel arrangement soit acceptable, l'exportateur doit être assuré que l'importateur conservera les fonds conformément à l'accord d'échanges compensés, et une telle confiance a davantage de chances d'exister si les parties ont des relations établies. Est également à prendre en considération le risque que l'importateur devienne insolvable ou qu'un tiers fasse valoir une créance sur les fonds qui sont entre ses mains. Normalement, la créance de l'exportateur n'aura pas priorité sur celle des autres créanciers de l'importateur. Dans certains systèmes juridiques, les fonds peuvent bénéficier d'une certaine protection contre les prétentions formulées par des tiers si l'accord relatif à la rétention des fonds confère à l'importateur le statut d'un fiduciaire en ce qui concerne ces fonds. Dans les systèmes de *common law*, par exemple, l'on pourra pour ce faire créer un "*trust*", l'importateur

étant le "*trustee*" des fonds. Des mécanismes fiduciaires existants dans d'autres systèmes juridiques peuvent offrir une protection analogue.

11. [8] De plus, *un désaccord peut survenir sur le type, la qualité ou le prix des marchandises contre-exportées* si l'accord d'échanges compensés n'indique pas le type de marchandises devant être contre-exportées, ou s'il n'existe aucune norme pour mesurer la qualité du type de marchandises convenu. La possibilité d'un tel désaccord accroît le risque que pendant un délai inacceptable les fonds retenus ne soient ni utilisés pour l'usage auquel ils sont destinés ni remis à l'exportateur. Lorsque les parties sont en mesure d'indiquer le type de marchandises, l'acceptabilité de la rétention des fonds par l'importateur peut être fonction du délai nécessaire pour mettre les marchandises contre-exportées à disposition. Cette rétention peut être plus acceptable si les marchandises qui doivent être achetées avec les fonds ainsi retenus sont disponibles en stock et peuvent être expédiées rapidement, et l'être moins si ces marchandises doivent être fabriquées spécialement pour l'opération.

12. [9] Il est nécessaire d'établir un équilibre approprié entre deux objectifs opposés. L'un est d'assurer à l'exportateur l'accès aux fonds si la contre-exportation n'a pas lieu. L'autre est de garantir à l'importateur que les fonds ne seront pas transférés à l'exportateur — au moins pas dans leur totalité — si ce dernier n'honore pas son engagement de contre-importer au titre de l'accord d'échanges compensés. On peut contribuer à la réalisation du premier de ces objectifs en fixant une date à laquelle les fonds devront être transférés à l'exportateur si la contre-exportation n'a pas eu lieu, et à la réalisation du second en autorisant l'importateur à déduire le montant des dommages-intérêts spécifiques ou pénalités auxquels il peut prétendre au cas où l'exportateur ne respecterait pas l'engagement d'échanges compensés avant que les fonds lui aient été *transférés*.

13. [10] Selon la durée de la période durant laquelle les fonds doivent demeurer sous le contrôle de l'importateur, les parties voudront peut-être, dans l'accord d'échanges compensés, prévoir le versement d'intérêts *en faveur de l'exportateur*. Si elles le font, elles peuvent indiquer comment les fonds doivent être déposés de manière à *être porteurs d'intérêts au taux le plus favorable*.

C. Blocage des fonds

1. Observations générales

14. [11] Lorsque l'exportateur ne souhaite pas laisser les fonds obtenus au titre du contrat d'exportation sous le contrôle de l'importateur, les parties peuvent utiliser un autre mécanisme de paiement destiné à garantir que les sommes provenant de la première expédition seront utilisées pour l'usage auquel elles sont destinées. Le guide juridique envisage deux mécanismes de ce type : les comptes bloqués et les lettres de crédits croisées.

15. [12] Lorsque les parties choisissent d'utiliser un compte bloqué, elles conviennent que les sommes payées par l'importateur seront déposées sur un compte auprès d'un établissement financier choisi par elles et que l'utilisation et la remise de ces fonds seront soumises à certaines conditions. Une fois les fonds déposés sur le compte, l'importateur contre-exporte et se fait payer sur ces fonds en présentant les documents convenus qui prouvent à l'établissement gérant le compte que le contrat de contre-exportation a été exécuté. De tels comptes sont parfois appelés "*trust*", "comptes spéciaux", "comptes fiduciaires" ou "comptes bloqués". On a choisi d'utiliser l'expression "comptes bloqués" pour éviter les renvois involontaires aux formes particulières de tels comptes qui peuvent exister dans certains systèmes juridiques.

16. [13] Si les parties choisissent le système des lettres de crédits croisées, l'importateur émet une lettre de crédit en paiement du contrat d'exportation ("lettre de crédit d'exportation"). La lettre de crédit d'exportation sert alors de base pour émettre une lettre de crédit en paiement du contrat de contre-exportation ("lettre de crédit de contre-exportation"). En exécution des instructions des parties, le montant de la lettre de crédit d'exportation est bloqué de manière à couvrir la lettre de crédit de contre-exportation. La lettre de crédit d'exportation est honorée lorsque l'exportateur présente les documents requis, notamment des instructions irrévocables d'utiliser les fonds pour couvrir le paiement au titre de la lettre de crédit de contre-exportation. Le crédit correspondant à la lettre de crédit de contre-exportation, qui est financé par la lettre de crédit d'exportation, est réalisé sur présentation des documents requis par le contre-exportateur.

17. [14] Le système du compte bloqué et celui des lettres de crédit croisées peuvent être utilisés lorsque l'importateur ne veut pas expédier les marchandises de contre-exportation avant d'être assuré que les fonds destinés à les payer sont disponibles. Dans le cadre de ces opérations d'"achat préalable", les comptes bloqués et les lettres de crédit croisées garantissent que les sommes provenant de l'expédition dans une direction, qui par convention expresse doit intervenir en premier, seront utilisées pour payer l'expédition dans l'autre direction.

18. [15] Le paiement d'intérêts sur les sommes bloquées peut dans une certaine mesure atténuer les inconvénients financiers du blocage des fonds. Une banque détenant des fonds destinés au paiement de lettres de crédit peut être moins encline à verser des intérêts qu'une banque détenant des fonds sur un compte bloqué. Pour cette raison, un compte bloqué peut servir à détenir des sommes excédentaires en percevant des intérêts dans l'attente de commandes futures, ce qui peut être utile lorsque les parties ne sont pas sûres au départ que la totalité des sommes résultant de l'exportation sera nécessaire pour payer la contre-exportation.

2. Comptes bloqués

19. [16] Dans certains systèmes juridiques, les comptes bloqués sont soumis à un régime juridique spécial s'ils revêtent une forme légale particulière ("*trust*" ou "compte fiduciaire", par exemple) et au droit contractuel général dans le cas contraire. Lorsqu'un régime juridique spécial est applicable, le dépositaire des fonds est assujetti à des

obligations spéciales en ce qui concerne la disposition des fonds, et ces derniers peuvent bénéficier d'une certaine protection contre les saisies de créanciers.

20. [17] Les dispositions contractuelles constatant l'accord des parties au sujet du compte bloqué figurent généralement dans l'accord d'échanges compensés. Un accord devra en outre être conclu entre la banque et l'une au moins des parties à l'opération d'échanges compensés (voir "convention de compte bloqué", par. *26 à 30* ci-après). Dans les contrats de fourniture, les dispositions relatives au compte bloqué se bornent généralement à désigner le compte qui servira aux paiements.

a) *Accord d'échanges compensés*

i) Désignation du compte

21. [18] *Les parties devraient envisager d'indiquer*, dans l'accord d'échanges compensés, où le compte sera ouvert en désignant la banque, en indiquant le pays dans lequel le compte doit être ouvert ou en fournissant un autre critère pour le choix de la banque. Le choix des établissements où le compte peut être ouvert peut être restreint si la législation de l'Etat de la partie dont l'expédition a engendré les fonds limite le droit de détenir des avoirs en devises à l'étranger. Dans un tel cas, le choix peut, en ce qui concerne l'ouverture du compte, être limité aux banques situées dans le pays de cette partie.

22. [19] Lorsque les parties peuvent choisir l'établissement bancaire, elles doivent être conscientes que le lieu où le compte est ouvert peut déterminer la loi qui lui est applicable. La loi applicable dans un lieu déterminé peut être considérée comme plus ou moins appropriée selon qu'elle garantit ou non aux parties que la banque exécutera convenablement ses obligations fiduciaires. De plus, il est souhaitable que le régime juridique applicable offre une certaine protection contre les créanciers de l'une ou l'autre des parties. Comme on l'a noté au paragraphe *19* ci-dessus, certains systèmes juridiques prévoient une certaine protection contre les revendications de tiers.

ii) Fonctionnement du compte bloqué

23. [20] Il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés formule certaines dispositions fondamentales à incorporer dans la convention de compte bloqué qui sera conclue avec la banque. De telles dispositions permettent aux parties, lorsqu'elles conviennent d'utiliser un compte bloqué, d'être certaines que le compte aura les caractéristiques qu'elles considèrent comme importantes. Ces dispositions concernent notamment les procédures de transfert de fonds sur le compte, les documents à présenter pour les transferts de fonds par prélèvement sur le compte (par exemple, demande de paiement sur un formulaire prescrit, connaissements ou autres documents de transport, certificat de qualité), et les intérêts. Lorsqu'elles envisagent le contenu de la convention de compte bloqué dans l'accord d'échanges compensés, les parties doivent savoir que selon toute vraisemblance la banque a l'habitude de gérer les comptes bloqués sur la base de contrats prérédigés ou de contrats-types.

24. [21] L'accord d'échanges compensés peut disposer que les versements sur le compte s'effectueront au moyen d'une lettre de crédit ouverte par l'importateur en faveur de l'exportateur. Il peut aussi être convenu que le décaissement des fonds versés au compte s'effectuera au moyen d'une lettre de crédit ouverte par le contre-importateur en faveur du contre-exportateur. Dans tel cas, il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés indique quelles instructions doivent être données aux banques émettrices et quels documents doivent être présentés en vertu des lettres de crédit. Le bénéficiaire peut par exemple être tenu de présenter, avec les documents d'expédition, une instruction irrévocable de déposer les fonds sur le compte bloqué.

iii) Autres questions

25. [22] Il est souhaitable de traiter, dans l'accord d'échanges compensés, de questions comme celles du montant des fonds à bloquer, des intérêts, du virement des fonds inutilisés ou excédentaires, et des éventuels paiements supplémentaires (les diverses questions communes aux mécanismes de paiements liés qui peuvent être envisagées dans l'accord d'échanges compensés sont examinées aux paragraphes *58 à 65* ci-après).

b) *Convention de compte bloqué*

26. [23] La convention de compte bloqué pourra contenir des instructions à la banque et préciser les actes que doivent accomplir tant les parties à l'opération que la banque, ainsi que d'autres dispositions relatives au fonctionnement du compte bloqué. Elle pourra aussi traiter de questions telles que les intérêts et les frais bancaires *et la manière dont les parties à l'opération peuvent vérifier l'exactitude des calculs d'intérêts et contrôler d'autres mesures prises par la banque dans le cadre de la gestion du compte*. Il est important de veiller à ce que cette convention soit compatible avec les dispositions de l'accord d'échanges compensés relatives au compte bloqué.

i) Parties

27. [24] La convention de compte bloqué sera conclue entre la banque où le compte est ouvert et l'une au moins des parties à l'opération d'échanges compensés. Dans certains cas, une deuxième banque pourra en être signataire, par exemple lorsque les fonds devant être versés sur le compte doivent être, par la volonté des parties ou par l'effet de prescriptions légales, acheminés par l'intermédiaire d'une banque particulière. *Certaines législations nationales* exigent que tout compte bloqué ouvert à l'étranger le soit au nom de leur banque centrale et que celle-ci soit partie à la convention de compte bloqué. Lorsque, dans le cadre d'une opération d'échanges compensés multipartite, le contre-exportateur ou le contre-importateur *est distinct* de l'exportateur et de l'importateur, *il peut aussi être partie* à la convention de compte bloqué.

ii) Transferts de fonds sur un compte et à partir de celui-ci

28. [25] En règle générale, la convention de compte bloqué définira les procédures habituellement utilisées par la banque dans la tenue de ce compte. Il est souhaitable que

les parties veillent aussi à y préciser les modalités de dépôt des fonds sur le compte et de versements de fonds au contre-exportateur par prélèvement sur ce compte (voir par. *23 et 24* ci-dessus). Il peut être utile d'indiquer si les retraits partiels sont autorisés, comment le montant à payer doit être déterminé (par exemple sur la base de la valeur faciale de la facture) et si les demandes de paiement doivent être notifiées à la partie qui a déposé les fonds sur le compte. La convention de compte bloqué peut aussi définir les conditions dans lesquelles les fonds inutilisés ou excédentaires seront remis à l'exportateur ou affectés selon ses instructions (voir par. *62 et 63* ci-après). Dans ce dernier cas, la convention pourra préciser dans quelles conditions les fonds seront détenus jusqu'à ce que des instructions soient reçues de l'exportateur.

29. [26] Il convient de noter que la banque où sont déposés les fonds bloqués peut exiger que sa responsabilité soit limitée à l'examen de la conformité avec les conditions convenues des documents accompagnant la demande de paiement du contre-exportateur, sans qu'elle soit tenue de s'assurer que le contrat a bien été exécuté. La banque peut aussi exiger que le contre-exportateur, qui sera payé par prélèvement sur le compte, la garantisse contre toutes dépenses, réclamations, frais (autres que les frais ordinaires d'administration et de fonctionnement) et responsabilités qu'elle peut avoir à supporter en raison du compte bloqué.

iii) Durée et clôture du compte

30. [27] Afin que le compte bloqué soit disponible pendant la période nécessaire, la convention de compte bloqué devrait indiquer qu'il restera ouvert jusqu'à une certaine date ou pendant une certaine période à compter de l'entrée en vigueur de l'accord d'échanges compensés. Les parties voudront peut-être stipuler que le compte bloqué restera opérationnel pendant une certaine période (par exemple 60 jours) à compter de l'expiration du délai durant lequel l'engagement d'échanges compensés doit être exécuté, de manière que, si l'expédition au titre du contrat de contre-exportation a eu lieu juste avant l'expiration dudit délai ou a été retardée pour des motifs justifiés, les parties puissent achever l'opération comme prévu. La convention de compte bloqué pourra aussi prévoir, outre l'expiration d'une période convenue, *les circonstances qui* entraîneront la clôture du compte, *par exemple la résiliation* du contrat d'exportation ou de l'accord d'échanges compensés.

3. Lettres de crédit croisées

31. [28] Lorsque les parties veulent bloquer des fonds au moyen de lettres de crédit croisées, il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés contienne des dispositions relatives à la désignation des banques participantes (voir par. *59* ci-après), aux instructions qui doivent leur être adressées pour qu'elles émettent la lettre de crédit d'exportation et la lettre de crédit de contre-exportation et pour qu'elles accordent les crédits correspondants, et aux documents à présenter pour en obtenir le paiement. De plus, il est souhaitable que les parties stipulent que l'expédition et la présentation des documents dans une direction doivent précéder l'expédition et la présentation des documents dans l'autre direction.

a) *Ordre dans lequel les lettres de crédit sont émises*

32. [29] Les parties peuvent convenir que la lettre de crédit de contre-exportation sera émise avant la lettre de crédit d'exportation. Ceci peut être important pour un contre-exportateur qui conclut le contrat d'importation parce qu'il compte être ainsi en mesure de contre-exporter. Parfois, si la lettre de crédit de contre-exportation n'est pas émise et si, de ce fait, la contre-exportation n'a pas lieu, l'importateur peut demeurer redevable de certains frais associés à l'importation qu'il avait l'intention de couvrir par prélèvement sur le produit de la contre-exportation (par exemple, une commission versée à un tiers pour la revente des marchandises achetées au titre du contrat d'exportation). Afin de protéger les intérêts de l'exportateur qui accepte que la lettre de crédit de contre-exportation soit émise avant la lettre de crédit d'exportation, les parties peuvent convenir que le paiement de la lettre de crédit de contre-exportation sera subordonné à la présentation d'un document attestant que la lettre de crédit d'exportation a été émise.

33. [30] Les parties peuvent dans certains cas décider que la lettre de crédit de contre-exportation ne sera émise que lorsque les fonds correspondant à la lettre de crédit d'exportation seront disponibles pour en couvrir le montant. Pour se prémunir contre le risque qu'une fois la lettre de crédit d'exportation émise la lettre de crédit de contre-exportation ne le soit pas, les parties voudront peut-être envisager de faire figurer une clause pénale dans l'accord d'échanges compensés.

b) *Instructions relatives à l'utilisation des fonds*

34. [31] Dans ses instructions relatives à l'émission de la lettre de crédit d'exportation, l'importateur devrait exiger que, parmi les documents à présenter pour obtenir le paiement, figurent des instructions irrévocables de l'exportateur d'affecter les fonds provenant de la lettre de crédit d'exportation au paiement de la lettre de crédit de contre-exportation sur présentation des documents d'expédition de la contre-exportation. Les instructions concernant l'émission de la lettre de crédit de contre-exportation devraient indiquer que le paiement doit s'effectuer avec les fonds provenant de la lettre de crédit d'exportation.

35. [32] *En raison du lien établi entre le produit de la lettre de crédit d'exportation et celui de la lettre de crédit de contre-exportation, le* choix quant à la *méthode* de paiement *de la lettre de crédit d'exportation* est limité au paiement à vue et au paiement différé. *Le paiement par lettre de change, autre option utilisée dans la pratique pour différer le paiement d'une lettre de crédit,* est incompatible avec l'objectif du mécanisme de paiements liés qui caractérise les lettres de crédit croisées. *Lorsqu'une lettre de change est utilisée pour payer le bénéficiaire de la lettre de crédit, la banque tenue de payer accepterait la lettre de change émise par l'importateur en faveur du bénéficiaire de la lettre de crédit. Une telle lettre de change donne au bénéficiaire une possibilité de transfert par endossement en faveur d'un tiers.* Si la *lettre de change* était *endossée en faveur d'*un tiers, *la banque ayant émis* la lettre de crédit d'exportation *et ayant accepté la lettre de change serait*

tenue de payer le porteur *de la lettre de change* (et l'importateur serait tenu de rembourser la *banque ayant émis la lettre de crédit d'exportation*) indépendamment du *système de paiement par lettres de crédit croisées*. Si la lettre de crédit d'exportation est payable à vue, la *banque ayant émis ladite lettre* reçoit un mandat irrévocable de conserver les fonds jusqu'à une date donnée pour payer la lettre de crédit de contre-exportation. Si la lettre de crédit d'exportation est à paiement différé, la banque qui l'émet reçoit pour instructions d'affecter les fonds en provenant, à la date de paiement, au paiement de la lettre de crédit de contre-exportation.

36. [33] Il est souhaitable que les instructions relatives à l'émission de la lettre de crédit d'exportation stipulent que les fonds correspondants seront versés à l'exportateur si la contre-exportation n'a pas lieu. Si la lettre de crédit d'exportation est payable à vue, le montant en sera versé à l'exportateur si les marchandises de contre-exportation n'ont pas été expédiées à la date convenue. S'il s'agit d'une lettre de crédit à paiement différé, l'on pourra stipuler que le montant en sera payé à l'exportateur si, à la date de paiement, le contre-exportateur n'a pas présenté les documents requis. Des fonds seront également versés à l'exportateur si le montant de la lettre de crédit d'exportation dépasse le montant nécessaire pour couvrir la lettre de crédit de contre-exportation. Si l'on prévoit que tel sera le cas, il est souhaitable que l'importateur donne mandat à l'établissement émetteur de la lettre de crédit d'exportation de payer à l'exportateur toute somme pouvant venir en excédent du montant nécessaire pour couvrir la lettre de crédit de contre-exportation.

c) *Dates d'expiration*

37. [34] Il est souhaitable que la lettre de crédit de contre-exportation vienne à expiration dans un délai raisonnable après l'expiration de la lettre de crédit d'exportation. Si les deux lettres de crédit viennent à expiration le même jour ou à des dates très rapprochées, il est à craindre, dans le cas où l'expédition et la présentation des documents en exécution du contrat d'exportation ont eu lieu à la dernière minute, qu'il ne reste pas suffisamment de temps pour procéder à l'expédition et à la présentation des documents en exécution du contrat de contre-exportation.

D. Compensation des créances réciproques

1. Observations générales

38. [35] Les parties peuvent convenir que les créances qu'elles détiennent l'une sur l'autre en raison des expéditions effectuées dans chaque direction feront l'objet d'une compensation. Ainsi, *aucun versement en argent n'est effectué, mais la somme des créances découlant des livraisons dans une direction est compensée par celle des créances découlant des livraisons dans l'autre direction. Si un solde apparaît lors de cette compensation, il peut être réglé par livraison de marchandises supplémentaires ou par un versement. Dans certains Etats, les arrangements de compensation sont soumis à autorisation des pouvoirs publics.*

39. [36] Ce mécanisme peut être utilisé lorsqu'une seule expédition est prévue dans chaque direction ou lorsque plusieurs expéditions dans chaque direction doivent s'étaler sur une longue période. La présente section examine le mécanisme que les parties peuvent utiliser pour la compensation des créances relatives aux diverses expéditions. Ce système, appelé "compte de compensation" dans le présent guide, est en pratique désigné par plusieurs autres termes, y compris "compte de règlement" ou "compte courant".

40. [37] Un compte de compensation peut être administré par les parties elles-mêmes ou par une banque. L'intervention d'une banque peut être exigée par la loi. Les parties peuvent aussi avoir recours à une banque parce qu'elles souhaitent que le compte de compensation soit débité et crédité sur présentation de documents d'expédition examinés conformément aux procédures habituellement utilisées par les banques. De plus, lorsque l'on fait appel à une banque pour gérer un compte de compensation, celle-ci peut accepter de garantir l'obligation *d'une partie* de régler *le solde* dont elle *pourra être débitrice* à l'occasion des opérations d'échanges compensés.

41. [38] Le mécanisme de compensation peut être constitué par deux comptes, ouverts le premier dans une banque du pays d'une partie et le second dans une banque du pays de l'autre. On peut aussi utiliser un seul compte géré par une seule banque; d'autres banques peuvent intervenir, que ce soit pour l'acheminement des documents ou l'émission ou la notification de lettres de crédit.

42. [39] Lorsque deux banques participent au système de compensation des créances réciproques, elles concluent généralement un accord interbancaire. Cet accord peut couvrir certains des points déjà envisagés dans l'accord d'échanges compensés tout en arrêtant les dispositions techniques relatives au compte de compensation. L'accord d'échanges compensés peut renvoyer à l'accord interbancaire, en indiquant que les modalités techniques du fonctionnement des comptes seront détaillées dans un accord interbancaire entre les banques participantes. Bien que normalement les parties aux opérations d'échanges compensés ne signent pas l'accord interbancaire, il est souhaitable, afin que les dispositions de celui-ci ne soient pas incompatibles avec celles de l'accord d'échanges compensés, qu'elles participent à son élaboration (la question des accords interbancaires est examinée aux paragraphes *60 et 61* ci-après).

43. [*Nouveau paragraphe*] Dans un certain nombre de législations nationales, les accords de compensation des créances découlant d'une relation commerciale sont considérés comme un type distinct de contrat mettant en jeu les deux parties à la relation commerciale et un tiers chargé de gérer l'enregistrement des créances mutuelles. On utilise notamment pour désigner de tels contrats des expressions telles que "*compte courant*", "*cuenta corriente*" ou "*Kontokorrent*", bien que certains de ces termes désignent également les comptes sur lesquels les banques détiennent les fonds d'un client. Ces législations nationales régissent des questions telles que les obligations du tiers administrant la compensation, les effets de l'inscription d'une créance sur le compte de compensation, les mesures nécessaires pour que prenne effet la compensation des

créances réciproques, la possibilité de contester une créance donnée ou le solde des créances réciproques, ou l'effet de l'insolvabilité ou de la faillite d'une partie sur les diverses inscriptions au compte de compensation.

44. [40] Le guide juridique ne traite pas des accords-cadres conclus entre Etats pour favoriser les échanges mutuels dans le cadre d'un compte de compensation entre les autorités bancaires. Dans le cas de tels accords, la valeur des livraisons dans chaque direction est consignée dans une monnaie ou une unité de compte pour faire ensuite l'objet d'une compensation entre les autorités bancaires étatiques. Les commerçants de chaque pays concluent des contrats directement entre eux mais soumettent leurs créances à leurs banques centrales ou banques pour le commerce extérieur respectives et sont payés en monnaie locale. De même, les acheteurs payent leurs banques centrales ou banques pour le commerce extérieur respectives en monnaie locale pour leurs importations. De tels mécanismes de compensation, qui peuvent faire partie de mesures économiques destinées à promouvoir les échanges, ne relèvent pas du guide juridique étant donné que les contrats de fourniture conclus sous l'empire de l'accord-cadre dans chaque direction ne sont pas contractuellement liés entre eux.

2. *Accord d'échanges compensés*

a) *Inscriptions au crédit et au débit du compte*

45. [41] Les parties voudront peut-être stipuler que *les inscriptions sur le compte seront déclenchées par la présentation* de documents. L'accord d'échanges compensés devra dans ce cas indiquer quels documents doivent être présentés par le fournisseur pour obtenir un crédit. Le type de documents à fournir sera fonction du moment de l'exécution du contrat de fourniture auquel les parties souhaitent que le compte soit crédité au profit du fournisseur. Il peut s'agir notamment de factures, listes de colisage, certificats de qualité ou de quantité, connaissements ou autres documents de transport, de documents attestant que les marchandises ont été dédouanées dans le pays de réception ou acceptées par l'acheteur, ou de tout autre document spécifié dans les contrats de fourniture. Les parties voudront peut-être aussi convenir des mentions que devra contenir toute déclaration que le fournisseur sera tenu de faire pour que l'opération lui soit créditée (par exemple, numéro du bordereau de commande, date de l'expédition, indication du type, de la quantité et de la valeur des marchandises, nombre et poids des colis, détails relatifs au transport et référence au compte de compensation).

46. [42] Lorsqu'il est convenu que le compte sera débité ou crédité en fonction de certains événements dans le pays de destination (par exemple le dédouanement ou l'acceptation par l'acheteur), les parties pourront souhaiter tenir parallèlement au compte un état des expéditions déjà en transit mais non encore dédouanées ou acceptées par l'acheteur, l'intérêt d'un tel état étant de faire apparaître les créances qui seront portées sur le compte une fois les marchandises en transit dédouanées ou acceptées par l'acheteur et, partant, de permettre aux parties d'appliquer avec plus de souplesse certaines dispositions du mécanisme de compensation (par exemple en ce qui concerne la limitation du solde — par. *53* ci-après — et le règlement *de ce* solde — par. *54 à 56* ci-après). Elles pourront par exemple convenir de suspendre l'application des dispositions limitant le montant du solde débiteur compte tenu de la valeur des marchandises en transit pour permettre à une partie, qui autrement ne pourrait plus recevoir de marchandises, de continuer d'en recevoir.

47. [43] Si le mécanisme de compensation ne comprend qu'un compte, les parties peuvent décider que c'est sur présentation des documents convenus à la banque que le compte sera crédité ou débité. Un système de compensation comprenant deux comptes pourrait fonctionner comme suit : par l'intermédiaire de sa banque l'acheteur transmet à la banque du fournisseur une copie du bon de commande et tous autres documents visés dans l'accord d'échanges compensés ou sur le bon de commande. Lorsqu'elle reçoit ces documents, la banque du fournisseur débite le compte de l'acheteur et adresse les documents à la banque de l'acheteur accompagnés d'un relevé concernant la date effective du débit. Cette date, selon ce que prévoit l'accord interbancaire, peut par exemple être celle de l'expédition des documents par la banque du fournisseur à celle de l'acheteur. Lorsqu'elle reçoit les documents, la banque de l'acheteur crédite le compte du fournisseur d'un montant correspondant.

48. [44] Comme le compte de compensation sert à enregistrer la valeur des expéditions et non à effectuer des paiements, il n'est pas nécessaire d'utiliser des lettres de crédit. Lorsqu'on en utilise, c'est plutôt pour assurer le respect des procédures établies d'examen des documents d'expédition que pour transférer des fonds. Dans de tels cas, *les dispositions de l'accord d'échange compensés concernant les ordres à donner aux banques émettrices devraient être alignées sur la version révisée actuelle des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires élaborée par la Chambre de commerce internationale, que les banques incorporent habituellement dans leurs formulaires de lettres de crédit.*

b) *Calcul des articles de compte*

49. [45] L'accord d'échanges compensés devra indiquer dans quelle monnaie ou unité de compte la valeur des livraisons sera exprimée (par. *58* ci-après). De plus, les parties voudront peut-être préciser si les intérêts calculés sur le montant d'un solde doivent être inscrits au compte de compensation. Elles peuvent en outre indiquer si le compte ne pourra être crédité ou débité que sur présentation des documents d'expédition ou s'il pourra également l'être sur la base d'une créance découlant de la livraison de marchandises défectueuses ou d'une expédition tardive. Si le compte ne peut être crédité ou débité que sur présentation des documents d'expédition, les créances découlant de l'exécution défectueuse des contrats de fourniture devront être réglées indépendamment du mécanisme de compensation. Mais, si les parties conviennent que ces créances affecteront le solde du compte de compensation, il est souhaitable qu'elles indiquent quels types de documents devront être présentés pour modifier ce solde. L'accord d'échanges compensés peut par exemple exiger la

présentation d'une sentence arbitrale, ou d'une déclaration de la partie fautive, indiquant le montant en cause.

50. [46] Pour mettre le mécanisme de compensation à l'abri des incertitudes pouvant résulter des prélèvements fiscaux, les parties et les banques peuvent convenir que les impôts *ne figureront pas sur le compte de compensation*; ceci afin de faciliter la réalisation de l'objectif d'équilibrage des échanges du mécanisme de compensation en permettant de créditer la valeur totale d'une expédition donnée.

c) *Relevés de compte*

51. [47] *Il est bon d'envisager* la manière dont la ou les banques participantes *feront rapport sur* l'état du compte de compensation *aux parties aux opérations et à toute autre banque participante*. Il est particulièrement important *de s'accorder sur ce point* lorsqu'une banque tient le compte au nom des deux parties. Lorsqu'il y a deux banques, la question des relevés peut être traitée dans l'accord interbancaire. Les parties devront notamment se mettre d'accord sur la fréquence des relevés, leur contenu et le moment où ils seront établis, sur la procédure de contestation et sur le délai à l'expiration duquel un relevé ne peut plus être contesté et est réputé accepté.

d) *Vérification périodique*

52. [48] Pour réduire au minimum la possibilité d'erreurs ou d'écarts dans le compte de compensation, les parties peuvent convenir de vérifier à dates fixes la valeur des expéditions dans les deux directions qui a été portée sur le compte. La détermination du solde peut se fonder par exemple sur le dernier relevé de compte accepté et les sommes portées au crédit ou au débit du compte selon la manière convenue depuis que ce relevé a été établi. Les parties pourront souhaiter préciser dans quel délai la procédure de vérification doit être achevée (en sept jours, par exemple).

e) *Limitation du montant du solde*

53. [49] Les parties peuvent convenir qu'à aucun moment elles ne *devraient* avoir sur le compte de compensation un solde créditeur ou débiteur dépassant une limite convenue. Lorsqu'on fixe une telle limite (parfois appelée "*swing*"), aucune écriture ne peut être passée au crédit ou au débit du compte qui porterait le montant du solde au-delà de la limite fixée. On peut aussi prévoir que, si le solde dont une partie se trouve débitrice atteint la limite convenue parce qu'elle a accepté des marchandises sans en expédier elle-même en quantités suffisantes, les expéditions de marchandises à cette partie seront suspendues, *ou qu'un solde de compensation dépassant la limite doit être réglé par un virement*. Les expéditions et l'inscription des débits correspondants reprendront une fois le solde débiteur ramené dans les limites autorisées.

f) *Règlement du solde*

54. [50] Il est souhaitable que, dans l'accord d'échanges compensés, les parties s'entendent sur la manière dont *sera réglé tout solde découlant de la valeur des livraisons dans les deux directions qui subsiste à la fin de sous-périodes de la période d'exécution ou à la fin de la période d'exécution.*

55. [50] En ce qui concerne *le solde à la fin d'une sous-période,* les parties peuvent convenir *qu'il sera reporté sur la sous-période suivante. Il peut également être convenu que seul un solde inférieur à une limite spécifiée sera reporté sur la sous-période suivante et que le* solde excédant la limite devra être réglé en espèces ou sous forme de livraisons de marchandises dans un délai déterminé, plus court que la sous-période en question. Cette limitation du montant du solde pouvant être reporté vise à réduire le risque d'accumulation d'un solde *élevé* qu'il serait difficile de régler à la fin de la période d'exécution.

56. [51] *Pour ce qui est du solde subsistant* à la fin de la période d'exécution, *il peut être convenu qu'il* sera réglé par un transfert de fonds dans un délai déterminé. Ou bien, les parties peuvent convenir *que le solde sera réglé après la fin de la période d'exécution par la livraison de marchandises durant une période supplémentaire déterminée. S'il subsiste un solde à l'expiration de ce délai supplémentaire, il peut être convenu qu'il sera* réglé par un transfert de fonds dans un délai convenu.

g) *Garantie du paiement des soldes*

57. [52] Lorsque deux banques participent au système de compensation, chacune d'entre elles peut garantir l'obligation de son client de régler tout solde dont celui-ci peut être débiteur. Lorsqu'un seul compte est tenu par une seule banque au nom des deux parties, cette banque peut garantir le règlement du solde au bénéfice de celle des parties qui en est créditrice. Les parties peuvent convenir de partager les frais afférents à cette garantie. Le montant de la garantie du paiement du solde est normalement limité au montant du solde autorisé. (Ces garanties sont examinées de manière plus approfondie au chapitre XII, "Garantie de bonne exécution", par. *[38] à [45].*) Les parties doivent toutefois avoir conscience que dans certains cas la remise des sommes réclamées au titre de telles garanties sera subordonnée à un examen et une autorisation préalables des autorités cambiaires. Il est parfois possible d'obtenir de ces autorités une autorisation préalable pour la remise des fonds au titre de la garantie.

E. Questions communes à tous les mécanismes de paiements liés

1. Monnaie ou unité de compte

58. [53] Les parties doivent indiquer dans quelle monnaie ou unité de compte le système de paiement fonctionnera. Un facteur particulièrement important à cet égard est la stabilité des taux de change de la monnaie choisie. Pour cette raison, les parties voudront peut-être choisir une unité de compte (par exemple, le DTS (droit de tirage spécial), l'ECU (unité de compte européenne) ou l'unité de compte de la Zone d'échanges préférentiels des Etats d'Afrique de l'Est et d'Afrique australe). Il est aussi souhaitable de choisir une monnaie qui soit parmi celles dans lesquelles le

prix des marchandises devant faire l'objet des opérations est généralement exprimé. Dans le cas d'un compte de compensation, la monnaie dans laquelle le compte est libellé fait fonction d'unité de compte, parce qu'aucun paiement n'est effectué si ce n'est pour régler *un solde débiteur*. Les parties peuvent donc ouvrir un compte de compensation dans une monnaie qu'elles n'utiliseraient pas si elles devaient effectuer un paiement à chaque expédition.

2. *Désignation des banques*

59. [54] Les parties peuvent, dans l'accord d'échanges compensés, désigner la ou les banques qui géreront les mécanismes de paiement et émettront les lettres de crédit y relatives. A défaut de désigner nommément une banque, les parties pourront par exemple convenir qu'il s'agira d'une banque établie dans un pays donné, qu'elle devra être agréée par les deux parties et qu'elle devra accepter de servir des intérêts sur les fonds qu'elle détient au titre du mécanisme de paiement.

3. *Accord interbancaire*

60. [55] Lorsqu'une banque intervient de chaque côté de l'opération d'échanges compensés, les banques participantes peuvent conclure un accord interbancaire concernant les aspects procéduraux et techniques du mécanisme de paiement. Un tel accord pourra notamment envisager les questions suivantes : relevés de compte; procédure de notification des intérêts échus; fréquence des relevés d'intérêts; communications interbancaires pour l'indication des montants débités et crédités et la transmission des documents; procédures de vérification des articles des comptes; frais bancaires; et modification et cession de l'accord interbancaire. Si les parties aux opérations d'échanges compensés ne sont pas normalement parties à l'accord interbancaire, compte tenu du rôle de ce dernier dans le fonctionnement du système de paiements, elles ont intérêt à s'assurer de son contenu. Il est donc souhaitable qu'elles consultent leurs banques afin que les clauses de l'accord interbancaire relatives au paiement soient compatibles avec celles de l'accord d'échanges compensés.

61. [56] L'entrée en vigueur et la durée de l'accord interbancaire peuvent être liées à l'entrée en vigueur de l'accord d'échanges compensés afin que le mécanisme de paiement fonctionne lorsque l'opération d'échanges compensés est effectuée. Il est souhaitable de prévoir le maintien en vigueur de l'accord interbancaire après l'expiration ou la résolution de l'accord d'échanges compensés afin de régler tout solde pouvant subsister. Pour avoir la possibilité d'approuver l'accord interbancaire, les parties peuvent convenir avec les banques participantes que l'entrée en vigueur de cet accord sera subordonnée à leur approbation. Dans certains pays, cette entrée en vigueur peut être subordonnée à l'approbation des autorités cambiaires ou autres autorités compétentes.

4. *Transfert des fonds inutilisés ou excédentaires*

62. [57] Il est souhaitable que les parties prévoient que les sommes provenant de l'exportation seront versées à l'exportateur ou affectées selon ses instructions si la contre-exportation n'intervient pas à la date convenue. Pour dissiper toute crainte que peut avoir l'importateur que délibérément l'engagement d'échanges compensés ne soit pas exécuté, il peut être convenu qu'un montant équivalent à la somme que l'exportateur peut devoir sera retenu ou transféré à un tiers, à titre de dommages-intérêts, dommages spécifiques ou pénalités pour la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés, en attendant le règlement d'un différend sur la responsabilité de la non-exécution de cet engagement.

63. [58] Une disposition similaire peut être prévue en ce qui concerne la partie des sommes provenant des exportations qui dépasse le montant requis pour couvrir le prix de la contre-exportation. Le transfert des fonds inutilisés doit aussi faire l'objet d'une disposition lorsqu'il est prévu qu'une partie seulement des fonds provenant du contrat d'exportation sera retenue (par exemple en tant qu'acompte sur le prix de la contre-exportation) et que le solde du prix de la contre-exportation sera payé lorsqu'il deviendra exigible.

5. *Paiements ou livraisons supplémentaires*

64. [59] Les parties peuvent anticiper une différence dans la valeur ou le volume de leurs expéditions réciproques, de sorte que les fonds provenant d'une expédition dans une direction seront insuffisants pour payer l'expédition dans l'autre direction. Dans de tels cas, il est souhaitable qu'elles décident si la différence sera réglée par le biais de livraisons additionnelles ou versée en espèces.

6. *Commissions et frais bancaires*

65. [60] Il est souhaitable que, dans l'accord d'échanges compensés, les parties envisagent la question du paiement des frais bancaires afférents au fonctionnement du mécanisme de paiement. Pour simplifier le fonctionnement du mécanisme, elles peuvent convenir que les commissions et frais bancaires ne seront pas comptabilisés séparément des sommes relatives à l'expédition des marchandises. Lorsqu'une seule banque agit pour le compte des deux parties, celles-ci peuvent convenir de partager les frais bancaires pour moitié. Lorsque deux banques participent à l'opération, les parties peuvent convenir que les frais facturés par chaque banque seront à la charge de la partie qui en est cliente. *Par exemple, il peut être convenu que les frais d'émission d'une lettre de crédit seront à la charge de* l'acheteur et les frais de négociation et de confirmation, s'il y a lieu, *seront à la charge du fournisseur. Les frais relatifs aux extensions* ou autres modifications des lettres de crédit pourront être supportés par la partie qui en est responsable.

F. Paiements dans le cadre des opérations d'échanges compensés multipartites

1. *Observations générales*

66. [61] Un ou plusieurs tiers peuvent intervenir dans une opération d'échanges compensés. Il peut s'agir, outre l'exportateur et l'importateur, d'un tiers contre-importateur

ou d'un tiers contre-exportateur ("échanges compensés tripartites") ou même à la fois d'un tiers contre-importateur et d'un tiers contre-exportateur ("échanges compensés quadripartites") (voir chap. VIII, "Participation de tiers", par. ___ à ___). L'intervention d'un tiers contre-importateur peut être nécessaire lorsque l'importateur a besoin de vendre des marchandises pour obtenir les fonds qui lui permettront de payer les importations, et que l'exportateur n'est pas intéressé par les marchandises offertes par l'importateur ou n'est pas en mesure de les acheter. Il peut être fait appel à un tiers contre-exportateur lorsque l'importateur lui-même n'a pas de marchandises qui intéressent l'exportateur.

67. [62] Si les parties conviennent que les paiements au titre des contrats d'exportation et de contre-exportation s'effectueront de manière autonome, l'intervention de tiers dans une opération d'échanges compensés ne soulève pas, du point de vue des paiements, de questions particulières aux échanges compensés. Il en va différemment si les fonds résultant du contrat entre deux parties données (par exemple l'importateur et l'exportateur) doivent être utilisés pour payer un contrat entre deux parties dont l'une au moins est différente (par exemple l'importateur et le tiers contre-importateur). Dans tels cas, comme on l'explique dans les deux paragraphes ci-après, ce n'est pas à la partie qui lui fournit les marchandises, mais à un tiers, que la partie qui les reçoit en paie le prix ou expédie des marchandises.

68. [63] Dans une opération d'échanges compensés tripartite comprenant un tiers contre-importateur, l'importateur, au lieu de transférer des fonds à l'exportateur dans le cadre du contrat d'exportation, livre des marchandises au contre-importateur et est réputé avoir payé les importations à concurrence de la valeur des marchandises qu'il a ainsi livrées. Le contre-importateur, quant à lui, paie à l'exportateur une somme correspondant à la valeur des marchandises qu'il a reçues du contre-exportateur. De même, dans une opération tripartite comprenant un tiers contre-exportateur, l'importateur effectue un virement au profit du contre-exportateur en paiement des marchandises expédiées au contre-importateur et ce dernier (exportateur) accepte que sa créance au titre du contrat d'exportation soit compensée par la valeur des marchandises qu'il a reçues en contre-exportation.

69. [64] Dans une opération d'échanges compensés quadripartite, à savoir lorsque le contre-exportateur est distinct de l'importateur et le contre-importateur distinct de l'exportateur, l'exportateur expédie des marchandises à l'importateur et ce dernier, au lieu de payer l'exportateur, paie au contre-exportateur un montant équivalent à la valeur des marchandises qu'il a reçues de l'exportateur. Le contre-exportateur est payé pour les marchandises expédiées au contre-importateur par les sommes qu'il reçoit de l'importateur. Le contre-importateur paie à l'exportateur un montant correspondant à la valeur des marchandises reçues du contre-exportateur.

70. [65] Dans une opération d'échanges compensés multipartite, le système de paiements peut être structuré de manière à éviter les paiements internationaux. Ceci est possible entre un importateur et un exportateur lorsque l'importateur et le tiers contre-exportateur ou l'exportateur et le tiers contre-importateur sont établis dans le même pays. Lorsque le contre-exportateur et le contre-importateur sont tous deux des tiers, les paiements internationaux peuvent être évités si l'exportateur et le contre-importateur sont tous deux établis dans un pays et si l'importateur et le contre-exportateur sont tous deux établis dans un autre pays. En l'absence de virements internationaux, les paiements s'effectuent en monnaie locale entre les parties de chaque côté de l'opération.

71. [66] Dans les opérations d'échanges compensés multipartites, outre les dispositions relatives aux paiements figurant dans l'accord d'échanges compensés et dans les contrats d'exportation et de contre-exportation, des accords sont également conclus entre l'exportateur et le contre-importateur ou entre l'importateur et le contre-exportateur en ce qui concerne le paiement en monnaie locale de l'équivalent de la valeur des marchandises reçues et le paiement d'une commission. De plus, les banques participantes peuvent conclure un accord en ce qui concerne le mécanisme de paiement.

72. [67] Si l'un des contrats de fourniture prévus dans une opération d'échanges compensés multipartite n'est pas conclu ou exécuté comme prévu, il sera impossible d'utiliser le produit du contrat entre deux parties pour payer un contrat entre deux autres parties. Vu cette interdépendance des contrats de fourniture, il importe que des mesures soient prises pour garantir aux parties que les obligations en vertu de l'opération seront exécutées comme convenu. Aussi est-il souhaitable que les obligations incombant à chacune des parties soient définies aussi clairement que possible, notamment les obligations concernant la qualité des marchandises, le calendrier des expéditions, le mode et le calendrier de paiement et les instructions à donner aux banques participantes. Afin de renforcer la confiance mutuelle, les parties peuvent convenir de procéder, avant la conclusion de l'opération, à une inspection des marchandises à fournir, de recenser expressément les marchandises à fournir, ou de placer les marchandises sous la garde d'un tiers dans l'attente de leur livraison. Afin de faciliter la coordination des obligations des parties, il est utile de les énoncer dans un accord d'échanges compensés unique conclu par toutes les parties à l'opération. Lorsque toutes les parties à une opération multipartite ne sont pas parties à l'accord d'échanges compensés, il est bon d'inclure dans les contrats de fourniture des dispositions relatives au mécanisme de paiements liés.

73. [*Nouveau paragraphe*] Afin de rendre plus efficace la coordination des obligations des parties à une opération d'échanges compensés multipartite, les parties voudront peut-être convenir, dès le début de l'opération, que certaines dispositions de l'accord d'échanges compensés ou d'un contrat de fourniture ne pourront être modifiées que si toutes les parties à l'opération en conviennent. Les modifications qui devraient être soumises à l'accord de toutes les parties sont notamment celles relatives au calendrier des expéditions, à la méthode de paiement, à la quantité et à la qualité des marchandises et au prix. En outre, les parties voudront peut-être envisager de garantir l'exécution des obligations dans le cadre de

l'opération en convenant de dommages-intérêts spécifiés ou de pénalités ou de l'émission de garanties bancaires indépendantes.

2. *Blocage des fonds dans les opérations d'échanges compensés multipartites*

74. [68] Comme lorsqu'il n'y a que deux parties, les systèmes de comptes bloqués et de lettres de crédit croisées peuvent être utilisés dans les opérations d'échanges compensés multipartites. Les divers aspects de l'utilisation des comptes bloqués et des lettres de crédit croisées sont examinés aux paragraphes *14 à 37* ci-dessus.

75. [69] Lorsqu'un compte bloqué est utilisé dans le cadre d'une opération quadripartite ou d'une opération tripartite comprenant un tiers contre-exportateur, les fonds provenant du contrat d'exportation sont déposés sur un compte bloqué jusqu'à la présentation de documents attestant que le contrat de contre-exportation a été exécuté; ils sont alors transférés au contre-exportateur. Si les documents attestant l'exécution du contrat de contre-exportation ne sont pas présentés dans le délai fixé, les fonds sont transférés à l'exportateur. Pour effectuer les paiements au moyen d'un compte bloqué, l'exportateur et l'importateur concluent une convention de compte bloqué avec la banque choisie pour gérer le compte.

76. [70] Lorsque des lettres de crédit croisées sont utilisées dans le cadre d'une opération tripartite comprenant un tiers contre-exportateur, le contre-importateur (exportateur) émet une lettre de crédit au bénéfice du contre-exportateur (lettre de crédit de contre-exportation). Cette lettre de crédit de contre-exportation est couverte au moyen des sommes provenant de la lettre de crédit émise par l'importateur au bénéfice de l'exportateur (lettre de crédit d'exportation). L'exportateur a accès aux documents d'expédition relatifs aux marchandises contre-exportées en présentant des documents attestant l'expédition au titre du contrat d'exportation et un mandat prescrivant d'utiliser les fonds correspondant à la lettre de crédit d'exportation pour couvrir la lettre de crédit de contre-exportation. De la même manière, dans une opération tripartite comprenant un tiers contre-importateur, les fonds correspondant à la lettre de crédit d'exportation peuvent être utilisés pour couvrir la lettre de crédit de contre-exportation.

77. [71] Lorsque des lettres de crédit croisées sont utilisées dans une opération quadripartite, l'importateur, au bénéfice de qui est émise la lettre de crédit d'exportation, dépose le montant de cette lettre auprès de la banque qui l'a émise. Sur instructions de l'exportateur, les fonds correspondants ne sont pas payés à l'exportateur mais sont bloqués pour couvrir la lettre de crédit de contre-exportation. Sur présentation par le contre-exportateur des documents d'expédition au titre de la lettre de crédit de contre-exportation, les fonds déposés par l'importateur pour couvrir la lettre de crédit d'exportation sont versés au contre-exportateur; de l'autre côté de l'opération, le contre-importateur paie à l'exportateur un montant équivalent à la valeur des marchandises qu'il a reçues. Si le contre-exportateur ne présente pas de documents d'expédition au titre de la lettre de crédit de contre-exportation, les fonds déposés par l'importateur pour couvrir la lettre de crédit d'exportation sont transférés à l'exportateur.

[A/CN.9/362/Add.10]

X. RESTRICTIONS A LA REVENTE DES MARCHANDISES

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
A.	Remarques générales	1-8
B.	Devoir d'informer ou de consulter	9-10
C.	Restrictions territoriales et restrictions connexes	11-16
D.	Prix de revente	17-20
E.	Emballage et marquage	21-22
F.	Application à des acheteurs tiers	23-24
G.	Révision des restrictions	25-26

[*Note des rédacteurs.* Le présent projet de chapitre est une version révisée du projet du chapitre X portant le titre "Restrictions à la revente des marchandises", qui a été publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2. On trouve placé entre crochets au début de chaque paragraphe soit le numéro que portait ce paragraphe dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2, soit la mention "nouveau paragraphe". Les parties révisées des paragraphes figurant dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2 sont en italique.]

A. Remarques générales

1. [1] Parfois, les parties conviennent, dans l'accord d'échanges compensés ou dans un contrat de fourniture, de restrictions concernant la revente de la totalité ou d'une partie des marchandises achetées conformément à l'engagement d'échanges compensés. Les restrictions convenues peuvent notamment être les suivantes : limitation du territoire sur lequel l'acheteur peut revendre les marchandises; fixation d'un prix de revente minimum; prescriptions en matière d'emballage et de marquage des marchandises à revendre. Ces restrictions peuvent s'appliquer à la revente des marchandises dans le pays de l'acheteur ou à la réexportation des marchandises. L'accord d'échanges compensés ou un contrat de fourniture peuvent prévoir une combinaison des différents types de restrictions.

2. [2] Les restrictions à la revente ne sont pas propres aux opérations d'échanges compensés. Si elles sont traitées dans le guide juridique, c'est parce qu'elles peuvent revêtir une importance particulière dans ce domaine. Elles peuvent s'inscrire dans la stratégie d'un fournisseur ou du gouvernement qui a organisé l'opération d'échanges compensés, lorsque l'objectif de l'engagement d'échanges compensés est d'augmenter le volume des exportations vers un marché particulier ou d'ouvrir de nouveaux marchés aux marchandises, sans nuire aux marchés existants.

3. [3] Les parties devraient être conscientes du fait que de nombreux systèmes juridiques énoncent des règles impératives concernant les pratiques commerciales restrictives et elles devraient veiller à ce que les restrictions qu'elles envisagent ne soient pas contraires à ces règles. Ces règles impératives peuvent être énoncées dans une loi ou dans divers types de règlements administratifs, *et être interprétées par des décisions de justice*. Les règles de plus d'un pays peuvent s'appliquer. Elles peuvent énoncer des interdictions de caractère général touchant les pratiques qui limitent indûment la concurrence et désavantagent donc les consommateurs ou les concurrents, ou qui nuisent à l'économie nationale. En outre, elles interdisent souvent expressément des types donnés de pratiques commerciales restrictives. Par exemple, de nombreux systèmes juridiques disposent que les accords limitant le droit de revente sont interdits ou peuvent être annulés si le fournisseur imposant la restriction a une position commerciale dominante, si la restriction a pour effet de limiter l'accès aux marchés ou de restreindre indûment la concurrence de toute autre manière, ou si cette restriction a ou peut avoir des effets néfastes sur le commerce ou sur le développement économique. Les accords fixant un prix minimum sont totalement interdits dans certains systèmes juridiques. Dans d'autres, de tels accords ne peuvent être autorisés que pour certains types de marchandises (par exemple, des produits de marque ou de luxe), ou que si certaines conditions sont réunies (par exemple, l'accord de fixation du prix est approuvé par les autorités compétentes, ou il apparaît que les acheteurs ont suffisamment de possibilités d'obtenir des marchandises identiques ou similaires à des prix non soumis à l'accord de fixation d'un prix).

4. [4] Lors de la négociation d'une restriction à la revente des marchandises, *il n'est pas inutile de se rappeler que, en fonction des données commerciales de l'opération, une restriction risque* de réduire le prix que la partie achetant et revendant les marchandises sera disposée à offrir à la partie les fournissant. Ce sera sans doute l'effet d'une clause interdisant la revente des marchandises sur les marchés les plus attrayants, ou d'une clause imposant des conditions de revente qui entraîneraient une augmentation des coûts pour la partie revendant les marchandises.

5. [5] Lorsque les parties envisagent une restriction à la revente, il leur est conseillé d'être aussi précises que possible dans l'accord d'échanges compensés quant à la teneur de la restriction. Faute d'une disposition à cet effet dans l'accord d'échanges compensés, on risque, en demandant que l'achat des marchandises soit assorti de restrictions à la revente, de compliquer la négociation du contrat de fourniture et il peut alors être difficile d'attribuer à l'une ou l'autre des parties la responsabilité en cas de non-conclusion dudit contrat. Lorsqu'il est possible de faire appel à un tiers pour effectuer les achats voulus dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés, *et qu'une restriction à la revente s'applique à l'acheteur tiers, le fournisseur aura tout intérêt à s'assurer* que ce tiers sait que les achats qu'il effectuera seront soumis à une restriction (voir ci-après les paragraphes *23 et 24*).

6. [6] La mesure dans laquelle l'accord d'échanges compensés peut être précis dépend de différents facteurs : le type de marchandises a-t-il été identifié, quelle est la nature de la restriction, dans quel délai les contrats de fourniture seront-ils conclus et des tiers pourront-ils être chargés de revendre les marchandises ? Dans certains cas, il peut être possible de formuler dans l'accord d'échanges compensés une clause de restriction à la revente qui s'appliquera à tous les achats effectués dans le cadre de l'accord. Dans d'autres cas, le fournisseur ne disposera peut-être pas des données voulues au moment de la conclusion de l'accord pour pouvoir déterminer s'il serait souhaitable d'imposer une restriction à la revente, mais il ne souhaitera pas être empêché de soulever ultérieurement la question des restrictions. L'accord d'échanges compensés peut alors n'indiquer que le type, ou l'objet commercial de la restriction envisagée. Par exemple, il peut être convenu que les parties négocieront une limitation des territoires sur lesquels l'acheteur sera autorisé à revendre les marchandises, afin que celles-ci ne soient pas revendues sur les marchés du fournisseur.

7. [7] Dans des circonstances exceptionnelles, l'accord d'échanges compensés peut disposer que l'acheteur ne peut qu'utiliser les marchandises et non les revendre. Une telle restriction peut par exemple être imposée lorsque les marchandises sont fournies à des conditions préférentielles (par exemple, afin d'aider un acheteur dans une situation difficile) ou lorsque le fournisseur est tenu de limiter la distribution des marchandises du fait de leur caractère particulier ou lorsque la revente des marchandises entraînerait la divulgation d'informations que le fournisseur souhaite garder secrètes.

8. [*Nouveau paragraphe*] Les parties à une opération d'échanges compensés font parfois figurer dans l'accord d'échanges compensés des dispositions restreignant la liberté du fournisseur des marchandises de compensation de commercialiser le type de marchandises faisant l'objet de l'opération d'échanges compensés. Une telle restriction

peut avoir pour objet de permettre à l'acheteur de revendre plus facilement les marchandises de compensation, ou de rendre l'opération d'échanges compensés plus profitable pour l'acheteur. Le fournisseur des marchandises de compensation peut, par exemple, accepter de ne pas vendre le même type de marchandises à certains clients, ou sur certains marchés. Il peut aussi accorder à l'autre partie à l'opération d'échanges compensés l'exclusivité de la distribution desdites marchandises. Les parties peuvent aussi convenir que le fournisseur ne commercialisera pas le même type de marchandises à des prix inférieurs à ceux qui sont pratiqués dans l'opération d'échanges compensés. Des restrictions de ce type, visant le fournisseur, peuvent être adoptées lorsque, dans la même opération, l'acheteur a accepté des restrictions à la revente, mais elles peuvent aussi être convenues en l'absence de telles restrictions. La mise en garde formulée dans le présent chapitre (plus haut au paragraphe 3), à savoir que les diverses restrictions à la revente peuvent être contraires aux règles impératives concernant les pratiques commerciales restrictives, s'applique également aux restrictions à la commercialisation visant le fournisseur des marchandises de compensation.

B. Devoir d'informer ou de consulter

9. [8] L'accord d'échanges compensés peut disposer que la partie achetant les marchandises doit informer le fournisseur de certains aspects de la revente des marchandises, tels que le territoire où s'effectuera la revente, le prix de revente, ou l'emballage ou le marquage des marchandises. Ces informations peuvent être utiles au fournisseur, afin de vérifier si les restrictions imposées à l'acheteur sont respectées, de déterminer si la revente des marchandises par l'acheteur permet de leur ouvrir de nouveaux marchés, de décider s'il continuera d'offrir ces marchandises dans le cadre d'opérations d'échanges compensés, de déterminer s'il serait possible d'ouvrir de nouveaux marchés ou d'augmenter les ventes sur les marchés traditionnels en poursuivant les opérations d'échanges compensés avec l'acheteur, ou de planifier ses propres activités de commercialisation ou de production de marchandises identiques ou similaires. Les parties peuvent convenir d'une telle obligation d'informer même lorsqu'elles ne conviennent pas d'une restriction particulière à la revente, *par exemple,* parce que le type de marchandises à acheter n'a pas encore été spécifié au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés.

10. [9] L'accord d'échanges compensés devrait bien préciser si cette obligation d'informer ou de consulter est limitée à la fourniture de renseignements ou a pour objet de permettre des consultations entre l'acheteur et le fournisseur avant la revente. Il est bon de préciser le moment où le fournisseur doit être informé. Si les parties comptent prévoir des consultations avant la revente, l'accord devrait préciser que l'acheteur doit informer le fournisseur suffisamment à temps pour qu'il soit possible d'organiser ces consultations.

C. Restrictions territoriales et restrictions connexes

11. [10] Les parties à une opération d'échanges compensés conviennent parfois de restrictions quant au territoire sur lequel la partie achetant les marchandises dans le cadre de l'accord pourra les revendre. Une telle restriction peut par exemple être imposée lorsque le fournisseur souhaite accéder à de nouveaux marchés, protéger ses marchés, s'assurer que les marchandises sont conformes aux conditions imposées sur les marchés sur lesquels elles doivent être revendues, ou éviter de violer des restrictions fondées sur des brevets détenus par des tiers ou sur des arrangements de licence entre des tiers et le fournisseur concernant la technologie utilisée pour produire les marchandises en question. Parfois, on souhaite éviter d'empiéter sur un droit de distribution exclusive octroyé par la partie fournissant les marchandises. Si le fournisseur a octroyé un tel droit pour un territoire donné, il est entendu qu'il sera tenu de ne pas conclure d'arrangements contractuels portant atteinte à ce droit de distribution exclusive. Parfois, les contrats de distribution exclusive disposent que le distributeur exclusif peut toucher une commission si les marchandises en question sont vendues sur le territoire désigné. Dans ce cas, l'acheteur pourra être tenu, en vertu de l'accord d'échanges compensés, de payer une telle commission au distributeur exclusif.

12. [11] Pour identifier les territoires sur lesquels les marchandises peuvent être revendues, on peut spécifier soit les territoires sur lesquels les marchandises ne peuvent pas être revendues, soit ceux sur lesquels elles peuvent l'être. Une disposition indiquant les territoires sur lesquels les marchandises peuvent être revendues devrait préciser que la revente est interdite sur les territoires qui ne sont pas énumérés. Les parties devraient veiller à utiliser les termes précis. Des expressions générales telles que "Etats des Caraïbes", "Amérique latine", "région du Pacifique", *ou "Europe"*, peuvent être interprétées de manière divergente et seraient donc inappropriées. Les territoires sur lesquels les marchandises pourront être revendues peuvent également être limités à ceux sur lesquels l'acheteur ou une autre source sont à même de fournir des services après vente. Lors de la rédaction des dispositions concernant les territoires de revente, les parties devraient garder présent à l'esprit que le droit de revendre sur des territoires particuliers est distinct de la question de savoir si ce droit est exclusif ou non.

13. [12] Dans certains cas, l'accord d'échanges compensés peut disposer que seule une quantité donnée de marchandises peut être revendue sur un territoire particulier, ou que seule une quantité donnée peut être revendue sans restrictions territoriales. Cela peut être le cas, par exemple, lorsqu'il existe des contingents officiels d'importation ou lorsque l'on souhaite éviter que l'offre ne soit excessive sur les marchés, ou introduire les marchandises sur de nouveaux marchés.

14. [13] Lorsque l'opération d'échanges compensés risque d'aboutir à la revente de marchandises sur des marchés qui ne sont pas des marchés traditionnels du fournisseur, ce dernier peut souhaiter n'autoriser la revente que sur les territoires sur lesquels les marchandises sont couvertes par une assurance-responsabilité du fait des produits, en cas de réclamation pour préjudice corporel ou matériel imputable aux marchandises. Il peut être convenu que la partie achetant les marchandises dans le cadre de l'accord d'échanges compensés et les revendant devra contracter une telle assu-

rance. La souscription de cette assurance peut être dans l'intérêt du fournisseur, car des actions liées à un préjudice résultant de l'utilisation des marchandises peuvent être intentées contre lui. Une clause n'autorisant la revente des marchandises que sur les territoires sur lesquels les marchandises sont couvertes par une assurance-responsabilité du fait des produits pourra notamment être envisagée lorsque les produits achetés doivent être revendus sur un marché où la norme de responsabilité est plus stricte — ou les dédommagements accordés en vertu des lois relatives à la responsabilité du fait des produits considérablement plus élevés — que sur les marchés sur lesquels ces produits sont traditionnellement vendus.

15. [14] Les fournisseurs interdisent parfois aux acheteurs de vendre à des clients ou catégories de clients donnés. Ces restrictions peuvent par exemple être imposées lorsque le fournisseur souhaite se réserver certains clients (par exemple des acheteurs en gros). Ce type de restriction peut aussi avoir pour objet d'empêcher une concurrence qui risquerait d'entraîner une baisse du prix des marchandises. On notera que de telles restrictions à la revente peuvent être contraires aux règles impératives mentionnées *plus haut* (par. 3) interdisant certains types de pratiques commerciales restrictives. Ces restrictions peuvent enfin avoir pour objet d'empêcher la revente à certains acheteurs de marchandises de caractère confidentiel ou dangereux.

16. [15] Les parties conviennent parfois que la revente des marchandises devra être soumise à l'approbation du fournisseur. Cette solution peut, par exemple, être retenue lorsque, de par la nature des marchandises, leur transfert doit être limité (par exemple substances dangereuses ou équipements supposant une formation particulière), ou lorsque le fournisseur, envisageant d'accorder des droits de distribution exclusive, souhaite préserver son droit de limiter la revente des marchandises par l'acheteur une fois que de tels droits auront été octroyés. Cette condition du consentement du fournisseur peut être limitée à des territoires donnés, ou à des catégories données de clients. L'exercice par le fournisseur de son droit à ne pas consentir peut devoir être fondé sur les critères objectifs. Il peut, par exemple, être convenu que l'autorisation ne pourra être refusée que lorsque les marchandises doivent être revendues sur un marché pour lequel un droit de distribution exclusive a été donné, ou lorsque les ventes des marchandises en question par le fournisseur ou ses distributeurs ont déjà atteint un niveau donné.

D. Prix de revente

17. [16] Parfois, les accords d'échanges compensés comportent des dispositions relatives au prix minimum de revente des marchandises. Comme il est indiqué au paragraphe 3 ci-dessus, les parties devraient garder présent à l'esprit que, dans de nombreux Etats, les règles impératives relatives aux pratiques commerciales restrictives n'autorisent la fixation d'un prix de revente minimum que dans des circonstances limitées.

18. [17] Le fournisseur peut souhaiter fixer un prix de revente minimum lorsque les marchandises devant être fournies dans le cadre de l'accord représentent une quantité telle que leur revente risquerait de déstabiliser ou de réduire leur prix. Si, dans la plupart des opérations d'échanges compensés, la quantité des marchandises en jeu n'est pas suffisamment importante pour avoir des effets néfastes sur le prix du marché, dans certains cas, les opérations d'échanges compensés entraînent une augmentation importante et brutale de l'offre de marchandises d'un type donné, ce qui peut avoir pour conséquence de déstabiliser les prix. La fixation d'un prix de revente minimum peut également avoir pour objet de prévenir les ventes à prix réduit pouvant nuire à l'image d'un produit.

19. [18] Un prix de revente minimum peut être fixé dans l'accord d'échanges compensés, ou il peut être convenu que le prix minimum de revente sera fixé après la conclusion de l'accord (par exemple, lors de la conclusion du contrat de fourniture, ou après qu'un volume donné de marchandises aura été revendu). Dans le cadre d'une opération d'échanges compensés à long terme, les parties peuvent convenir que le prix minimum de revente sera fixé périodiquement. L'accord d'échanges compensés devrait bien préciser quels sont les frais et dépenses qui doivent être inclus dans le prix minimum fixé (par exemple, frais de transport, prime d'assurance ou taxes). Si le prix minimum doit être fixé après la conclusion de l'accord, les parties voudront peut-être se fonder, pour le déterminer, sur une norme objective, telle que celles qui sont utilisées pour fixer le prix des marchandises entre les parties à l'accord. Parmi ces normes, on peut citer le prix sur le marché des marchandises du type en question, le prix des concurrents ou le prix payé par le client le plus favorisé du fournisseur (voir le chapitre VII, "Etablissement du prix des marchandises", par. 11 à 20).

20. [19] Les parties ne souhaiteront peut-être pas fixer un prix de revente minimum dans l'accord d'échanges compensés, lorsque les marchandises sont de qualité standard, par exemple des produits de base, et sont vendues sur des marchés ouverts, car le prix du marché risquerait d'être inférieur au prix de revente minimum fixé dans l'accord. Un acheteur lié par un prix minimum supérieur au prix du marché éprouverait des difficultés à revendre les marchandises, ou serait même dans l'impossibilité de le faire. Pour éviter de telles difficultés, les parties voudront peut-être disposer que le prix de revente minimum doit suivre les mouvements du prix des marchandises en question sur le marché. Ainsi, le prix minimum pourrait être fixé compte tenu de normes objectives du type mentionné au paragraphe précédent.

E. Emballage et marquage

21. [20] L'accord d'échanges compensés peut énoncer des conditions quant au type d'emballage ou de marquage à utiliser pour la revente des marchandises. Ainsi, l'acheteur peut être tenu de réemballer ou de remarquer les marchandises, ou de revendre les marchandises dans leur emballage et avec leur marquage originaux. La question de l'emballage ou du marquage peut être importante, car l'un des objectifs des opérations d'échanges compensés est d'introduire des marchandises sur des marchés non traditionnels. L'emballage et le marquage peuvent avoir des incidences sur la commercialisation des marchandises sur ces marchés et ils

doivent être conformes aux règles en la matière. Par exemple, l'accord d'échanges compensés peut disposer que les marchandises seront vendues sous le nom commercial du fournisseur, ou dans un emballage particulier, que l'emballage devra indiquer les ingrédients et la composition des marchandises, ou leur origine, ou qu'il devra comporter un mode d'emploi, sous une forme particulière.

22. [21] Les parties devraient veiller à ce que les conditions énoncées dans l'accord à propos de l'emballage et du marquage ne soient pas contraires aux règles *impératives du lieu où* les marchandises doivent être revendues. *Par exemple, il arrive que l'origine des marchandises doive être indiquée, ou que la modification de certains éléments du marquage ou de l'emballage soit interdite, ou encore que certaines règles s'appliquent du fait des lois régissant la protection du consommateur ou de l'environnement.* Même lorsque l'accord ne prescrit rien quant à l'emballage ou au marquage, l'acheteur devra peut-être réemballer ou remarquer les marchandises lorsque l'emballage et le marquage initiaux ne sont pas conformes aux règles applicables dans le pays où les marchandises doivent être revendues.

F. Application à des acheteurs tiers

23. [22] Lorsqu'il est possible à la partie qui s'est engagée à acheter les marchandises de faire appel à un tiers pour effectuer les achats, le fournisseur voudra peut-être veiller à ce que la restriction à la revente énoncée dans l'accord d'échanges compensés soit respectée par le tiers. A cette fin, il peut souhaiter inclure dans l'accord d'échanges compensés une disposition aux termes de laquelle la partie s'engageant initialement à acheter les marchandises sera tenue d'incorporer la restriction à la revente dans le contrat par lequel elle fera appel au tiers. En outre, il est souhaitable que le fournisseur inclue cette restriction dans le contrat de fourniture conclu avec le tiers, ou dans l'accord aux termes duquel le tiers s'engage auprès du fournisseur à conclure ultérieurement un contrat de fourniture (voir le chapitre VIII, "Participation de tiers", par. [15] et [16]). Ainsi, le tiers sera directement responsable envers le fournisseur en cas de non-respect de la restriction à la revente.

24. [23] Comme il est noté au chapitre VIII, "Participation de tiers", paragraphe [25], la partie s'engageant initialement à acheter les marchandises peut être responsable, en vertu de l'accord d'échanges compensés, en cas de revente des marchandises par le tiers en violation d'une restriction énoncée dans l'accord. Aussi cette partie aura-t-elle intérêt à reprendre dans son contrat avec le tiers toute restriction à la revente énoncée dans l'accord d'échanges compensés. En outre, elle pourra peut-être inclure dans son contrat avec le tiers une clause d'indemnisation par laquelle le tiers s'engagera à l'indemniser au cas où elle serait responsable envers le fournisseur du fait d'une violation par le tiers d'une restriction à la revente (on trouvera un examen des clauses d'indemnisation au chapitre VIII, par. [33]).

G. Révision des restrictions

25. [24] Les opérations d'échanges compensés à grande échelle prévoient souvent l'achat et la revente de marchandises sur une longue période, durant laquelle les circonstances commerciales et les intérêts des parties peuvent évoluer sensiblement. C'est pourquoi il peut être bon de prévoir dans l'accord d'échanges compensés une révision des restrictions convenues. On peut convenir soit d'une révision périodique, soit d'une révision sur la demande d'une partie. Lorsque la révision a lieu sur la demande d'une partie, l'accord d'échanges compensés peut indiquer quels types de changements de circonstances habiliteront une partie à demander une révision. *Même lorsque l'accord d'échanges compensés ne comporte pas de clause de révision, dans certains systèmes juridiques, les parties seraient tenues de réexaminer la restriction visée en cas de changement important des circonstances dans lesquelles s'inscrit l'opération d'échanges compensés.*

26. [25] C'est au vu de la nature de la restriction que l'on peut déterminer si une telle procédure de révision est souhaitable. Par exemple, il peut être plus important de pouvoir modifier une restriction quant au territoire ou quant au prix de revente d'un type donné de marchandise qu'une restriction moins sévère, par exemple l'obligation faite à l'acheteur de consulter le fournisseur avant de revendre les marchandises.

[A/CN.9/362/Add.11]

XI. CLAUSES DE DOMMAGES-INTÉRÊTS SPÉCIFIÉS ET CLAUSES PÉNALES

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
A.	Remarques générales	1-11
B.	Relation entre le recouvrement de la somme convenue et le recouvrement de dommages-intérêts	12
C.	Effets du paiement	13-16
D.	Montant de la somme convenue	17-23
E.	Recouvrement de la somme convenue	24-27
F.	La résiliation de l'accord d'échanges compensés et les clauses prévoyant le paiement d'une somme convenue	28-29

[*Note des rédacteurs.* Le présent projet de chapitre est une version révisée du projet de chapitre XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3. La note entre crochets figurant au début de chaque paragraphe indique qu'il s'agit d'un nouveau paragraphe ou rappelle le numéro sous lequel ce paragraphe figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3. Les révisions de paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3 sont en italique.]

A. Remarques générales

1. [1] Les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales prévoient qu'en cas d'inexécution par une partie d'une obligation spécifiée, *ou d'exécution tardive*, la partie lésée a droit au versement par la partie en faute d'une somme convenue au moment où les parties ont établi leur relation contractuelle. Le versement de la somme convenue peut avoir pour objet, soit de stimuler l'exécution de l'obligation, soit de dédommager du préjudice causé par le défaut d'exécution, soit les deux[1]. *Parfois, les parties conviennent que l'obligation de verser des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité doit être assurée par une garantie (voir le paragraphe 27 ci-après).*

2. [2] Le présent chapitre traite des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales incluses dans les accords d'échanges compensés et couvrant les défauts d'exécution de l'engagement d'échanges *compensés. Le* chapitre ne traite pas directement de l'usage de telles clauses pour stimuler l'exécution des contrats de fourniture s'inscrivant dans le cadre d'une opération d'échanges compensés. Ces clauses sont fréquemment utilisées dans les contrats de vente et dans d'autres types de contrats de fourniture et leur présence dans les contrats de fourniture faisant partie d'une opération d'échanges compensés ne pose pas de problèmes particuliers aux échanges compensés. Néanmoins, l'analyse, dans le présent chapitre, des caractéristiques générales des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales vaut également pour les contrats de fourniture.

3. [*Nouveau paragraphe*] Souvent, les parties veulent que la clause couvre la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés de sorte que le bénéficiaire de la clause, en réclamant la somme convenue en cas de rupture dudit engagement, renoncerait à obtenir l'exécution de l'engagement. Parfois les parties veulent que la clause couvre le retard, de sorte que l'engagement reste à exécuter malgré le paiement de la somme convenue (voir les paragraphes 13 à 16 ci-après).

4. [3] *Il y a obligation* de payer la somme convenue *lorsque la partie qui s'est engagée ne prend pas les mesures déclarées nécessaires dans l'accord d'échanges compensés pour exécuter l'engagement d'échanges compensés. Comme on l'a vu aux paragraphes 35 et 36 du chapitre IV, ces mesures peuvent être soit la conclusion d'un contrat de fourniture, soit une mesure spécifiée à prendre pour exécuter le contrat de fourniture (ouverture de la lettre de crédit ou livraison des marchandises, par exemple)*. Si l'engagement d'échanges compensés est réputé exécuté *lors de l'exécution du contrat de fourniture, le défaut d'exécution de ce contrat peut engager la responsabilité* en application tant de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale que *du contrat de fourniture, d'où un chevauchement des recours que les parties souhaiteront peut-être éviter (voir le chapitre IV, par. 36).*

5. [4] L'engagement pris par l'acheteur d'acheter des marchandises peut être couvert par une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale dans l'accord d'échanges compensés, de même que l'engagement pris par le fournisseur de mettre les marchandises à disposition. *La clause peut couvrir l'ensemble ou une partie seulement de l'engagement d'échanges compensés.* Dans de nombreuses opérations d'échanges compensés, ce n'est que l'engagement pris par la partie exportatrice de contre-importer qui fait l'objet d'une telle clause. En effet, cette partie peut souhaiter avant tout exporter ses propres marchandises et ne pas être ainsi disposée à acheter des marchandises en retour. Toutefois, lorsque la partie s'étant engagée à acheter est particulièrement désireuse d'obtenir les marchandises, il peut être convenu que la partie s'étant engagée à fournir paiera une somme convenue au cas où elle ne conclurait pas un contrat de fourniture. Lorsque les deux parties souhaitent vivement qu'un contrat de fourniture soit conclu, il peut être convenu que l'engagement des deux parties fera l'objet d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale.

6. [5] *Lorsqu'il est convenu au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés qu'une partie devrait avoir droit à un dédommagement pécuniaire si l'autre partie n'exécute pas l'engagement d'échanges compensés, un accord sur des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité* présente certains avantages. Premièrement, la somme constitue une indemnité convenue en cas de défaillance, ce qui permet aux parties d'éviter les problèmes et dépenses auxquels il peut falloir faire face pour prouver l'ampleur du préjudice. Ces dépenses peuvent être considérables, surtout si la partie lésée doit établir qu'elle a subi un préjudice devant une instance judiciaire ou arbitrale. En outre, le montant des dommages-intérêts susceptible d'être accordé à la suite d'une procédure judiciaire ou arbitrale peut être incertain (voir le chapitre XIII, "*Défaut d'achèvement* de l'opération d'échanges compensés", *paragraphe 12*). La somme convenue est, quant à elle, certaine, et cette certitude peut être utile aux deux parties lorsqu'il s'agit d'évaluer les risques que leur fait courir l'accord d'échanges compensés. En outre, cette

[1]On trouvera des études sur la nature et le fonctionnement des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales dans les contrats internationaux dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, volume X : 1979*, deuxième partie, I, C et *ibid., volume XII : 1981*, deuxième partie, I, B, 1. Les "Règles uniformes relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution" (ci-après dénommées "Règles uniformes"), qui ont été adoptées par la Commission, figurent dans le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa seizième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-huitième session, supplément n° 17* (A/38/17), annexe I (elles sont également reproduites dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, volume XIV : 1983*, première partie, I, A). Par sa résolution 38/135, du 19 décembre 1983, l'Assemblée générale a recommandé aux Etats de mettre en application, le cas échéant, les Règles uniformes, sous la forme d'une loi type ou d'une convention. Les Règles uniformes peuvent être utilisées *par les parties pour rédiger des* clauses de dommages-intérêts spécifiés et *des* clauses pénales.

somme convenue peut constituer la limite de responsabilité pour non-exécution de l'engagement d'échanges compensés. La partie dont l'engagement est couvert par la clause peut ainsi savoir à l'avance le montant maximum de la responsabilité qu'elle encourra en cas de défaut d'exécution (voir toutefois le *paragraphe 12* ci-après, relatif à la possibilité d'intenter une action pour percevoir des dommages-intérêts en sus de la somme convenue). *Cependant, une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale peut être une solution moins attrayante lorsque l'un des objets de l'opération d'échanges compensés est d'éviter un transfert de devises.*

7. [6] De nombreux systèmes juridiques comportent des règles régissant les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales, règles qui limitent souvent ce que les parties peuvent obtenir grâce à de telles clauses. Dans certains systèmes juridiques, les clauses fixant une somme convenue pour encourager l'exécution de l'engagement sont nulles et la partie en défaut n'est tenue qu'à verser des dommages-intérêts en application du droit commun. Ces systèmes juridiques ne reconnaissent que les clauses par lesquelles les parties, au moment du contrat, fixent une somme payable en réparation du préjudice imputable à un défaut d'exécution. Dans d'autres systèmes juridiques, toutefois, les clauses prévoyant le versement d'une somme convenue, soit à titre de réparation, soit pour encourager l'exécution, soit pour ces deux fins à la fois, sont en principe valables. Les tribunaux ont pouvoir, dans des cas spécifiés, de réduire le montant convenu, notamment s'il est manifestement excessif eu égard aux circonstances, ou s'il y a eu exécution partielle. Ils ont en outre pouvoir d'accorder des dommages-intérêts supplémentaires, lorsque le préjudice effectif dépasse la somme convenue. Dans ces systèmes juridiques, les parties peuvent ne pas être autorisées à s'affranchir de ces pouvoirs conférés au tribunal.

8. [7] Une partie qui s'est engagée peut ne pas s'acquitter de son engagement en raison d'un empêchement permanent ou temporaire dont elle n'est pas responsable (ces empêchements sont traités au chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", paragraphes *13 à 36*). Dans de nombreux systèmes juridiques, la règle est que la somme convenue n'est pas due si le défaut d'exécution de l'obligation en question est imputable à un empêchement permanent, dont la partie qui s'est engagée n'est pas *responsable. Cette* approche *est conforme à la règle sur l'exonération de la responsabilité pour défaut d'exécution qui figure* à l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). On se reportera également à l'article 5 des Règles uniformes relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution (voir note 1). Si un empêchement ne fait obstacle que temporairement à l'exécution d'une obligation, selon une règle énoncée dans nombre de systèmes juridiques, le délai d'exécution de l'obligation est prolongé. En cas d'empêchement temporaire, le paiement au titre de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale ne sera dû que pour l'engagement d'échanges compensés non exécuté, après expiration du délai d'exécution prolongé. L'accord d'échanges compensés peut préserver l'applicabilité de ces règles et énoncer des dispositions définissant les empêchements exonératoires et prévoyant une règle permettant de déterminer quand un empêchement est considéré comme permanent (voir le chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", paragraphes *17 à 34*).

9. [8] Il faut distinguer les clauses de dommages-intérêts spécifiés ou les clauses pénales de deux autres types de clauses, les clauses limitant le montant des dommages-intérêts recouvrables et les clauses instituant des obligations alternatives. La clause limitant le montant des dommages-intérêts recouvrables fixe un montant maximum payable si la responsabilité est établie. Le demandeur doit prouver le montant de son préjudice et, s'il est inférieur au maximum, seul le montant prouvé est recouvrable. Dans le cas des clauses de dommages-intérêts spécifiés ou des clauses pénales, la somme convenue est recouvrable sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve du préjudice. La clause prévoyant une obligation alternative donne à la partie s'étant engagée le choix entre deux options : soit s'acquitter de l'obligation spécifiée, soit payer une somme convenue. En choisissant l'une ou l'autre de ces options, la partie se libère de son obligation. Dans les clauses de dommages-intérêts spécifiés ou les clauses *pénales, la* partie s'étant engagée *ne peut choisir* entre *exécuter l'obligation et* payer la somme *convenue. S'il* subsiste des doutes quant à la question de savoir si cette partie aurait un tel choix, il est bon de régler cette question dans la clause.

10. [9] Les clauses examinées dans le présent chapitre doivent également être distinguées des dispositions des accords d'échanges compensés instituant l'obligation de *corriger* par des paiements en espèces tout déséquilibre des échanges dans le cas de contrats de troc, ou prévoyant que les créances réciproques doivent être compensées. Les paiements effectués pour remédier à un déséquilibre des échanges ont pour fonction de payer des marchandises qui ont été livrées dans une direction et qui n'ont pas été compensées par des livraisons dans l'autre direction. En outre, le montant de ces paiements n'est pas stipulé à l'avance comme dans le cas des dommages-intérêts spécifiés ou des pénalités. (Les clauses relatives au règlement des déséquilibres dans les contrats de troc sont examinées au chapitre III, "Approche contractuelle", *paragraphe 7*, et les clauses relatives aux arrangements de compensation le sont au chapitre IX, "Paiement", paragraphes *54 à 57*.)

11. [10] Comme il est indiqué au chapitre VIII, "Participation de tiers", la partie s'étant engagée à acheter ou à fournir des marchandises peut avoir le droit de recourir à un tiers pour s'acquitter de cet engagement. Dans certains de ces cas, il est convenu que la partie s'étant initialement engagée doit rester responsable de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Le contrat par lequel le tiers est recruté peut alors disposer que ce dernier doit verser des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité à la partie ayant pris l'engagement initial, au cas où il ne s'acquitterait pas de son engagement d'acheter ou de fournir des marchandises. Le paiement de la somme convenue aurait alors pour objet d'indemniser la partie ayant pris l'engagement initial lorsqu'elle serait tenue responsable *d'une rupture* de l'engagement d'échanges compensés pour des raisons imputables aux tiers. Cette indemnisation par le tiers de la partie ayant pris l'engagement initial peut également pren-

dre la forme d'une clause "d'indemnisation" du type examiné au *paragraphe 37* du chapitre VIII. Tout engagement de conclure des contrats de fourniture qui est pris par le tiers directement envers la partie avec laquelle ces contrats de fourniture doivent être conclus peut également faire l'objet d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale. (La question du recrutement de tiers est traitée au chapitre *VIII, paragraphes 6, 17 et 18* (acheteurs tiers) et *paragraphes 49 à 51* (fournisseurs tiers).)

B. Relation entre le recouvrement de la somme convenue et le recouvrement de dommages-intérêts

12. [11] Les systèmes juridiques traitent souvent de la relation entre le recouvrement de la somme convenue et le recouvrement de dommages-intérêts. Puisque l'un des objectifs de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale est d'éviter aux parties d'avoir à déterminer l'ampleur du préjudice à réparer (voir le *paragraphe 6* ci-dessus) dans certains systèmes juridiques, la partie à laquelle la somme convenue est due n'est pas autorisée, dans les cas où le préjudice réparable en application des règles relatives aux dommages-intérês dépasserait la somme convenue, à renoncer à la somme convenue et à demander des dommages-intérêts. La partie devant la somme convenue n'est pas non plus autorisée, dans les cas où le préjudice réparable serait inférieur à la somme convenue, à faire valoir qu'elle ne devrait être tenue de verser que des dommages-intérêts. Dans d'autres systèmes juridiques, toutefois, la partie à laquelle la somme convenue est due est autorisée à prouver que le préjudice subi dépasse la somme convenue. Dans ces systèmes, la partie lésée peut, outre la somme convenue, recouvrer des dommages-intérêts couvrant la portion du préjudice non compensée par la somme convenue, soit sans conditions, soit sous réserve que certaines conditions soient remplies (par exemple, il faut que le défaut d'exécution soit dû à la négligence, ou qu'il y ait eu intention de causer un préjudice, ou qu'il ait été expressément convenu que des dommages-intérêts pourront être recouvrés pour le préjudice dépassant la somme convenue). Vu ces divergences entre les systèmes juridiques et les différentes manières dont une clause de dommages-intérêts spécifiés peut être interprétée, il est souhaitable que les parties, dans la mesure autorisée par la loi applicable, règlent dans la clause la question de savoir si la partie lésée sera habilitée à recouvrer des dommages-intérêts en sus de la somme convenue (Règles uniformes, article 7 — voir la note 1). (La question de la compensation monétaire en cas de défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés est traitée au chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", paragraphes *11 et 12*.)

C. Effets du paiement

13. [12] Les parties doivent traiter d'une importante question : *en réclamant la somme convenue, le bénéficiaire de la clause renonce-t-il à obtenir l'exécution de l'obligation principale* ? Souvent, les parties *à des opérations d'échanges compensés considèrent que le bénéficiaire qui, en cas de rupture de l'engagement d'échanges compensés, choisit de réclamer la somme convenue ne peut pas alors réclamer aussi l'exécution de l'engagement d'échanges compensés.* Cependant, comme les parties disposent parfois que la somme convenue est payable en cas de retard dans l'exécution de l'engagement, *auquel cas l'engagement d'échanges compensés reste à exécuter malgré* le paiement de la somme convenue, il est souhaitable que la clause de dommages-intérêts spécifiés ou la clause pénale comporte une disposition précise concernant les effets du paiement de la somme convenue. *Faute d'une* telle disposition, les effets du paiement seront déterminés par la loi *applicable et en fonction des faits* permettant d'éclairer l'intention des parties (par exemple, le montant de la somme convenue) (Règles uniformes, article 6 — voir la note 1).

14. [Nouveau paragraphe] Il convient de noter que la nature de l'obligation en question peut être un critère déterminant quant à l'exigibilité de son exécution. On notera en particulier que l'exécution d'une obligation de fournir des services ne serait peut-être pas exigée selon les législations de certains Etats, le dédommagement pécuniaire sous forme de dommages-intérêts restant alors le seul recours.

15. [13] Les parties peuvent souhaiter prévoir le paiement d'une somme convenue en cas de retard lorsqu'il est particulièrement important que l'engagement d'échanges compensés soit exécuté avant une date spécifiée ou que les différentes portions de l'engagement soient exécutées selon un calendrier convenu. Le fournisseur peut souhaiter une telle clause, par exemple, lorsque l'exécution à temps de l'engagement d'échanges compensés dans une direction est essentielle pour lui permettre de faire face à ses obligations de paiement liées au contrat de fourniture dans l'autre direction. Quant à l'acheteur, il peut souhaiter une telle clause lorsqu'il s'est engagé à revendre les marchandises à une date donnée. (*La question* du montant de la somme convenue payable en cas de retard *est examinée plus avant à la section D* ci-après.)

16. [14] La question des effets du paiement d'une somme convenue se pose également lorsque le paiement est dû pour défaut d'exécution d'une portion de l'engagement d'échanges compensés pendant une sous-période du délai d'exécution. Dans ces cas, il est bon de préciser si un paiement est dû en vertu de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale pour toute portion non exécutée de l'engagement d'échanges compensés qui n'est pas reportée ou qui n'est toujours pas exécutée à l'expiration du délai général d'exécution, ou si un paiement est dû pour toute portion non exécutée de l'engagement qui est reporté d'une sous-période à la suivante.

D. Montant de la somme convenue

17. [15] Le montant des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité, *qu'il soit prévu pour la non-exécution ou pour l'exécution tardive de l'engagement d'échanges compensés,* peut être un montant absolu ou un pourcentage de la valeur de l'engagement non exécuté. Un calcul sur la base d'un pourcentage de l'engagement non exécuté présente l'avantage de réduire automatiquement le montant au fur et à mesure que l'engagement est exécuté. S'il y a une garantie *indépendante* de paiement de la somme convenue (voir le *paragraphe 27* ci-après), *vu cette*

indépendance, toute réduction du montant qui pourrait devenir exigible n'entraînerait pas une réduction automatique du montant de ladite garantie. Par conséquent, pour que le montant de la garantie reste proportionné à l'obligation principale, il est souhaitable d'indiquer dans la garantie que toute réduction *dans l'engagement d'échanges compensés* doit entraîner, *sur présentation des documents convenus,* une réduction correspondante du montant de la garantie (voir le chapitre XII, "Garantie de bonne exécution", paragraphes *25 et 26*). *Dans le cas d'une garantie accessoire, une réduction de l'obligation principale entraînerait une réduction automatique du montant dû au titre de la garantie (voir le chapitre XII, paragraphe 3).*

18. [19] Lorsque la clause de dommages-intérêts spécifiés ou la clause pénale s'applique également en cas de retard, la somme convenue est souvent fixée de manière graduelle, un montant spécifié étant dû pour un retard spécifié. Dans ces cas, il est souhaitable de plafonner la somme cumulée de ces montants. Les parties voudront peut-être traiter du cas où l'engagement ne serait toujours pas exécuté après que le plafond a été atteint. Elles peuvent par exemple disposer que le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale n'est habilité à recouvrer ni de nouveaux montants en vertu de cette clause, ni des dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi du fait du défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés après la date à laquelle le plafond a été atteint. Selon une autre approche, après que le plafond est atteint, le bénéficiaire de la clause peut toujours être habilité à exiger l'exécution de l'engagement. Dans ce cas, les parties peuvent convenir que, si la partie ayant pris l'engagement ne s'en acquitte pas dans un délai convenu après que le plafond a été atteint, le bénéficiaire de la clause sera habilité à réclamer une somme convenue supplémentaire pour non-exécution de l'engagement. Quelle que soit l'approche retenue, il est bon de disposer que le bénéficiaire de la clause est habilité à résilier l'engagement une fois que le plafond des versements pour retard est atteint.

19. [16] La détermination du montant approprié de la somme convenue présente certaines difficultés. Dans une opération d'échanges compensés à long terme, il peut être difficile d'estimer, lors de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, le préjudice qui pourra être subi lorsque surviendra un défaut d'exécution et, par conséquent, il peut être difficile de quantifier la somme convenue de manière qu'elle ait effectivement valeur de dédommagement, ou qu'elle soit suffisante pour stimuler l'exécution. Pour le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale, la somme convenue ne devrait pas être fixée à un niveau tellement bas qu'il subisse un important préjudice dont il ne serait pas dédommagé en cas de défaut d'exécution de l'engagement par l'autre partie. En outre, si la somme est inférieure au montant que la partie ayant pris l'engagement économiserait en ne s'acquittant pas de son engagement, cette partie ne serait pas incitée à s'acquitter de façon appropriée et en temps voulu de ses obligations, bien au contraire. [*La phrase ci-après est une version révisée de la première phrase du paragraphe 18 du document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3.*] Le bénéficiaire de la clause peut juger utile que la somme convenue soit fixée à un niveau qui lui assure un dédommagement raisonnable et qui, dans la mesure autorisée par la loi, incite aussi raisonnablement l'autre partie à s'acquitter de son engagement.

20. [18] Les montants excessifs sont à éviter, car ils risquent de faire renoncer des partenaires commerciaux éventuels à conclure un accord d'échanges compensés. Ils risquent également de rendre plus difficile la recherche de tiers disposés à participer à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sous réserve d'une clause "d'indemnisation" (voir le *paragraphe 11* ci-dessus, ainsi que le chapitre VIII, "Participation de tiers", *paragraphe 37*). En outre, un montant excessif peut fort bien n'avoir aucun effet dissuasif s'il apparaît que, selon toute probabilité, il sera annulé ou réduit à la suite d'une action en justice (voir le *paragraphe 7* ci-dessus). De plus, si une partie s'étant engagée à acheter des marchandises doit accepter une somme convenue particulièrement importante, elle peut en compensation demander une réduction du prix des marchandises qu'elle doit acheter, ou demander un prix plus élevé pour ses propres marchandises.

21. [18] Lorsque la loi applicable dispose que la somme convenue ne peut servir que de réparation, les parties devraient s'efforcer d'évaluer aussi exactement que possible le préjudice potentiel. [*La phrase ci-après est une version révisée du paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3.*] *Les* parties devraient garder présent à l'esprit que, *selon une telle loi,* le monant de la somme convenue pourrait être considéré par un tribunal comme un facteur important pour déterminer si l'obligation de payer la somme convenue *avait* pour objet de dédommager d'un préjudice ou de stimuler l'exécution (voir le *paragraphe 7* ci-dessus). Aussi convient-il de conserver tous les documents sur lesquels on s'est fondé pour les estimations et les calculs de manière à pouvoir prouver que la somme en question n'a pas été fixée arbitrairement. En outre, les parties voudront peut-être inclure dans l'accord d'échanges compensés une déclaration précisant que le montant fixé dans la clause représente une estimation de bonne foi du préjudice qui serait subi en cas de *rupture* de l'engagement d'échanges compensés.

22. [18] Pour déterminer quel montant serait raisonnable *pour qu'une somme convenue couvre la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés,* les parties peuvent se fonder sur des facteurs tels que le prix que le fournisseur obtiendrait en vendant ailleurs ses produits, le prix que l'acheteur aurait à payer pour acheter ailleurs les produits, le préjudice qui pourrait résulter de la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés, l'ampleur du risque de non-exécution de l'engagement et le fait que le montant doive être suffisamment important pour stimuler l'exécution.

23. [*Nouveau paragraphe*] Pour déterminer quel montant serait raisonnable pour qu'une somme convenue couvre un retard dans l'exécution d'un engagement d'échanges compensés, les parties peuvent tenir compte des circonstances qui ont influé sur la décision d'inclure une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale dans l'accord d'échanges compensés (voir le paragraphe 15 ci-dessus). Par exemple, si l'importateur compte sur des contre-exportations dans les délais voulus pour rembourser un prêt bancaire, la base sur laquelle sera fixé le montant de la somme convenue peut être constituée

par les frais financiers qui devront être encourus du fait d'achats tardifs dans le cadre de l'accord d'échanges compensés. Si le contre-importateur doit être le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale, les conséquences qu'aurait pour celui-ci le fait de ne pouvoir revendre à une date donnée les marchandises faisant l'objet de l'accord d'échanges compensés seraient sans doute un facteur à prendre en considération.

E. Recouvrement de la somme convenue

24. [20] Les parties voudront peut-être disposer que la partie lésée perd le droit de réclamer la somme convenue si elle ne la réclame pas dans un délai donné suivant l'expiration du délai d'exécution (par exemple 30 jours). Cette disposition a pour objet de résoudre les problèmes liés à la responsabilité en cas de *défaut d'exécution* de l'engagement d'échanges compensés dans un délai raisonnable suivant l'expiration du délai d'exécution. Le délai de réclamation devrait être suffisamment long pour permettre aux parties de déterminer s'il y a eu ou non défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Ce point est particulièrement important lorsque l'exécution de l'engagement suppose que des mesures soient prises peu de temps avant la fin du délai d'exécution, ou lorsque des contrats de fourniture doivent être conclus avec des personnes autres que la partie envers laquelle l'engagement a été pris.

25. [21] Lorsque le délai d'exécution est divisé en sous-périodes, il est bon que l'accord d'échanges compensés indique si le paiement de la somme convenue est dû à la fin de chaque sous-période durant laquelle il y a eu défaut d'exécution, ou seulement à la fin du délai général d'exécution. Si le paiement est dû à la fin de chaque sous-période, il serait possible de prévoir après l'expiration de chaque sous-période un délai durant lequel le paiement de la somme convenue peut être réclamé (voir le paragraphe précédent).

26. [22] Les actions en justice *qu'il pourrait être nécessaire d'intenter* pour recouvrer la somme convenue sont longues et coûteuses. Il est possible de réduire le risque de se voir contraint d'intenter de telles actions en autorisant, dans l'accord d'échanges compensés, le bénéficiaire à déduire la somme convenue des fonds de l'autre partie qui lui ont été remis ou *à compenser la créance correspondant à la somme convenue avec* des sommes dues par le bénéficiaire à cette autre partie. Par exemple, lorsqu'il est convenu que le produit du contrat d'exportation doit être conservé pour payer le contrat de contre-exportation, il peut être convenu que le contre-exportateur retiendra un montant équivalant à la somme convenue si le contre-importateur n'honore pas son engagement de conclure un contrat d'achat des marchandises contre-exportées (voir le chapitre IX, "Paiement", paragraphes *12 et 62*). Lorsque le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale ne retient pas ainsi le produit d'une expédition, il peut aussi être assuré d'obtenir paiement de la somme convenue en étant autorisé à la déduire de fonds ou de créances non liés à l'opération d'échanges compensés en question. On notera toutefois que, dans certains systèmes juridiques, il existe des règles impératives régissant les dispositions autorisant de telles déductions *et compensations. Une règle de ce type, que l'on trouve dans les lois d'un certain nombre d'Etats, énonce qu'une compensation n'est autorisée que si les créances à compenser découlent des relations commerciales entre les parties.* En outre, une déduction *ou une compensation* peut être ultérieurement annulée si la somme convenue déduite *ou compensée* est par la suite jugée excessive par un tribunal et réduite.

27. [23] Le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale peut souhaiter inclure dans l'accord d'échanges compensés une disposition selon laquelle l'autre partie doit faire en sorte qu'une institution financière donne une garantie en ce qui concerne la somme convenue. Le bénéficiaire peut alors demander la somme convenue à cette institution en application des dispositions de la garantie. *De telles garanties sont généralement indépendantes, mais la possibilité d'utiliser une garantie accessoire n'est pas exclue. Les garanties indépendantes, leurs différences par rapport aux garanties accessoires et les éventuelles conditions de paiement des garanties sont* traitées au chapitre XII, "Garantie de bonne exécution", *en particulier aux paragraphes 3, 4 et 18.*

F. La résiliation de l'accord d'échanges compensés et les clauses prévoyant le paiement d'une somme convenue

28. [24] Les parties voudront peut-être disposer que, lorsqu'une somme convenue est payable pour retard sous forme de versements plafonnés (voir le *paragraphe 18* ci-dessus), l'engagement d'échanges compensés ne pourra être résilié, tant que le plafond n'aura pas été atteint, au motif du défaut d'exécution couvert par la somme convenue.

29. [25] Les parties voudront peut-être aussi disposer que la résiliation, après que le plafond a été atteint, ne doit pas avoir d'effets sur l'obligation de verser des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité dus avant la résiliation. Cela permettrait d'éviter les ambiguïtés imputables au fait que, dans certains systèmes juridiques, la résiliation du contrat a des effets sur les obligations dues avant ladite résiliation. Si toutefois l'engagement d'échanges compensés est résilié avant que le plafond ne soit atteint (par exemple lorsque le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale résilie l'engagement pour un défaut d'exécution autre que celui couvert par la somme convenue), les parties voudront peut-être disposer que la résiliation n'exerce pas d'effets sur le droit de recouvrer une somme convenue due à la date de la résiliation, mais qu'aucun montant ne sera dû à titre de paiement d'une somme convenue après la résiliation.

[A/CN.9/362/Add.12]

XII. GARANTIE DE BONNE EXÉCUTION

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Remarques générales	1-6
B. Dispositions relatives à la garantie dans l'accord d'échanges compensés	7-39
1. Choix du garant	10-16
2. Conditions d'obtention du paiement de la garantie	17-22
3. Montant de la garantie et réduction du montant	23-26
4. Moment de l'établissement de la garantie	27-30
a) Lors de l'entrée en vigueur de l'accord d'échanges compensés ou peu de temps après	27-28
b) Plus tard, durant la période d'exécution	29-30
5. Durée de la garantie	31-36
a) Date d'expiration	31-33
b) Renvoi de l'instrument de garantie	34
c) Prolongation	35-36
6. Modification ou résiliation de l'accord d'échanges compensés	37-39
C. Garantie couvrant un déséquilibre des échanges	40-48
1. Garantie des expéditions dans une direction	43-47
2. Garanties mutuelles	48

[*Note des rédacteurs.* Le présent projet de chapitre est une version révisée du projet de chapitre XII, "Garantie de bonne exécution", publié sous la cote A/CN.9/332/Add.7. La note placée entre crochets au début de chaque paragraphe indique qu'il s'agit d'un nouveau paragraphe ou rappelle le numéro sous lequel ce paragraphe figurait dans le document A/CN.9/332/Add.7. Les révisions de paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.7 sont en italique. Un astérisque indique les endroits où un passage a été supprimé sans être remplacé par un nouveau texte.]

A. Remarques générales

1. [1] *Le présent chapitre* est axé sur les garanties (qui reçoivent également d'autres appellations dans la pratique) assurant, dans le cadre d'une opération d'échanges compensés, l'engagement d'échanges compensés. *Les garanties assurant l'exécution de contrats de fourniture individuels ne sont pas expressément traitées car elles ne posent pas de problèmes propres aux échanges compensés. Dans une opération donnée d'échanges compensés, les garanties peuvent être utilisées pour assurer l'obligation d'acheter des marchandises, l'obligation de fournir des marchandises ou ces deux obligations à la fois.* Parfois, une garantie vient assurer l'engagement d'échanges compensés en garantissant un paiement au titre d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale dans le cadre dudit engagement. Les garanties peuvent également être utilisées afin de remédier à des déséquilibres dans les échanges de marchandises (par. *40 à 48* ci-dessous).

2. [2] Le fait d'exiger une garantie peut présenter un avantage de caractère général : empêcher des parties qui ne seraient pas fiables ou qui ne disposeraient pas de ressources financières suffisantes de participer à une opération d'échanges compensés. Les organismes de garantie effectuent en général des enquêtes approfondies sur la partie dont ils doivent garantir les obligations et ne fourniront une telle garantie que lorsqu'ils ont de bonnes raisons de croire que ladite partie pourra s'acquitter effectivement de son obligation. Cela peut être particulièrement intéressant pour les importateurs ou exportateurs qui ne seraient pas à même de déterminer si *un* partenaire est fiable.

3. [3] Selon ses conditions, une garantie peut être soit indépendante de l'obligation principale, soit accessoire. Dans une garantie indépendante, *le garant est tenu de payer lorsque* la partie à laquelle l'obligation *principale* est due (le "bénéficiaire") *lui présente la demande de paiement et tout autre document supplémentaire requis selon les conditions de la garantie. Un document requis peut être, par exemple, une déclaration d'un bénéficiaire selon laquelle la partie qui a fait établir la garantie (le "donneur d'ordre") n'a pas respecté l'obligation principale, une déclaration du bénéficiaire précisant les circonstances qui constituent la non-exécution, ou un certificat ou une décision d'un tiers indiquant que l'obligation principale n'a pas été respectée. Ce tiers, désigné dans la garantie ou conformément à la garantie, peut être, par exemple, un expert, un organe de contrôle, un tribunal arbitral ou un tribunal judiciaire. Avec une garantie indépendante, le bénéficiaire est assuré, sur présentation de la demande et de tout document requis, d'être promptement payé même s'il subsiste un* désaccord entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire quant au respect de l'obligation principale. *Pour déterminer s'il doit ou non payer, le garant n'a pas à enquêter pour savoir si l'obligation principale n'a effectivement pas été exécutée, mais doit seulement vérifier si la demande de paiement et tout document justificatif sont conformes aux conditions spécifiées dans la garantie. (On examine plus avant la question de savoir quelles peuvent être les conditions de paiement au paragraphe 18 ci-après.) S'il y a litige sur la question de savoir si le donneur d'ordre est en droit de récupérer le*

montant payé au motif que l'obligation principale a bien été respectée, ce litige sera réglé dans le cadre d'une procédure ultérieure entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Même si l'obligation de payer incombant au garant est indépendante de l'obligation principale, *la demande de paiement formulée par le bénéficiaire au titre de la garantie peut, dans des circonstances exceptionnelles, être exclue* par la loi applicable à la garantie, notamment lorsque la demande du bénéficiaire est frauduleuse.

4. [4] Dans le cas d'une garantie accessoire, le garant ne doit payer que lorsque le donneur d'ordre ne s'est effectivement pas acquitté de l'obligation garantie. Les garanties accessoires sont appelées dans les lois nationales "cautionnement", "*suretyship*", "*fianza*" ou "*Bürgschaft*". Le garant doit, avant de payer, vérifier si l'obligation principale a été ou non exécutée, afin de déterminer si la demande est justifiée; il est normalement habilité à invoquer tous les moyens de défense que le donneur d'ordre peut invoquer à l'encontre du bénéficiaire.

5. [5] *Le présent chapitre* ne traite que des garanties indépendantes, ce qui ne doit pas être interprété comme une préférence pour ce type de garantie. En général, ce sont les garanties indépendantes qui sont utilisées pour assurer des obligations énoncées dans l'accord d'échanges compensés. Si les donneurs d'ordre préfèrent en général les garanties accessoires, les bénéficiaires répugnent normalement à accepter de telles garanties en raison des retards possibles dans l'obtention du paiement. En outre, les garants, notamment les banques, tendent à préférer les garanties indépendantes, car elles ne souhaitent pas avoir à enquêter pour déterminer si l'obligation principale a été acquittée. Si les divers régimes juridiques régissant les garanties accessoires sont bien définis, les garanties indépendantes, qui sont essentiellement une création de la pratique bancaire et commerciale, ne sont pas encore fermement établies dans *toutes les législations nationales* et elles ne sont pas reconnues uniformément.

6. [6] Dans certains pays, les banques émettent des "lettres de crédit stand-by" qui sont l'équivalent fonctionnel des garanties indépendantes. Aussi l'examen dans le guide juridique des garanties assurant l'exécution des obligations du donneur d'ordre vaut-il également pour les lettres de crédit stand-by.

B. Dispositions relatives à la garantie dans l'accord d'échanges compensés

7. [7] Lorsque les parties décident de recourir à une garantie pour assurer l'engagement d'échanges compensés, elles doivent inclure dans l'accord certaines dispositions fondamentales concernant l'émission et les conditions de la garantie. Les parties peuvent également vouloir envisager de joindre en annexe à l'accord un formulaire de garantie à employer par l'émetteur pour l'établissement de la garantie. Lors de l'élaboration des conditions de la future garantie dans le cadre d'un accord d'échanges compensés, les parties devraient s'assurer que la formulation convenue sera acceptée par le garant.

8. [8] Normalement, c'est l'obligation de la partie s'engageant à acheter qui fait l'objet d'une garantie. Cela *parce que l'objectif* essentiel de cette partie, lorsqu'elle accepte un engagement d'échanges compensés, est d'assurer *la* vente *de ses propres marchandises*, plutôt que d'obtenir des marchandises de l'autre partie. Lorsque la partie qui s'est engagée à acheter les marchandises est particulièrement désireuse d'obtenir ces marchandises, l'engagement pris par le fournisseur de conclure un contrat de fourniture des marchandises convenues peut faire l'objet d'une garantie. *Ainsi qu'on l'a noté au paragraphe 1*, dans certains cas, l'accord d'échanges compensés peut stipuler que l'acheteur comme le fournisseur doivent obtenir des garanties à l'appui de leur engagement. Lorsque les parties à l'accord prévoient qu'un tiers pourra prendre en charge l'engagement d'échanges compensés, elles voudront peut-être étudier si la garantie devrait être obtenue *par le tiers en question ou par la partie s'étant engagée à l'origine* (voir chap. VIII, "Participation de tiers").

9. [9] Lorsque la garantie vient assurer l'obligation du donneur d'ordre au titre d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale, la question de savoir si un paiement au titre de la garantie libérera le donneur d'ordre de son obligation de s'acquitter de l'engagement d'échanges compensés *ou de sa responsabilité pour tout préjudice au-delà du montant de la garantie* sera réglée par les dispositions de ces clauses et par les règles qui leur sont applicables (voir chap. XI, "Dommages-intérêts spécifiés et *clauses pénales", sect. B et C*). Lorsque la garantie ne s'inscrit pas dans le cadre d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale et que les parties souhaitent, comme c'est parfois le cas, que le paiement de la garantie ait pour conséquence de libérer le donneur d'ordre de son engagement d'échanges compensés ou de sa responsabilité pour tout préjudice dépassant le montant payé en vertu de la garantie, elles devraient le préciser dans l'accord d'échanges compensés. Sans une disposition à cet effet, on ne saurait conclure que le paiement de la garantie libérera le donneur d'ordre de son engagement d'échanges compensés ou de toute responsabilité en cas de préjudice. *Il conviendrait en outre de noter que le fait que l'obligation est assurée par une garantie ne donne pas à la partie qui s'est engagée la possibilité de choisir entre exécuter l'obligation contractuelle principale et faire verser le montant de la garantie.*

1. Choix du garant

10. [10] Il sera peut-être bon de spécifier dans l'accord d'échanges compensés un garant qui soit acceptable par les deux parties. Ainsi le bénéficiaire pourra-t-il s'assurer que la garantie sera émise par un garant qui dispose des ressources financières requises et qui est acceptable à tous autres égards. La spécification du garant peut être utile aux deux parties en ce sens qu'elle limitera les désaccords ultérieurs et leur permettra de connaître dès le départ le coût de la garantie.

11. [11] Si le garant n'est pas spécifié au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, les parties peuvent stipuler, par exemple, que le garant sera une banque de renom, sera acceptable au bénéficiaire ou sera une institution du pays d'origine de l'une ou l'autre partie.

12. [12] Le bénéficiaire peut souhaiter que la garantie soit émise par une institution de son pays d'origine, car *il*

pourrait sans doute lui être plus aisé de faire exécuter une demande de paiement adressée à une telle institution plutôt qu'à une institution étrangère. Toutefois, le recours à un garant local *pourrait* présenter des inconvénients, dans la mesure où le donneur d'ordre ne *pourrait* alors s'adresser à un garant avec lequel il a des relations établies et qui pourrait fournir la même garantie à moindre coût. *Par ailleurs, il peut arriver que le garant dans le pays du bénéficiaire exige que le remboursement de tout paiement fait au titre de la garantie soit garanti par une banque agissant au nom du donneur d'ordre, ce qui peut entraîner des dépenses supplémentaires (voir par. 14 ci-après).*

13. [13] Dans certains *Etats*, les règles impératives applicables au bénéficiaire stipulent qu'une garantie ne peut être acceptée que si elle est émise par une institution financière du pays ou une institution financière autorisée à émettre des garanties prévoyant un paiement en devises étrangères, ou si le choix du garant est approuvé par les autorités compétentes.

14. [*Nouveau paragraphe*] Lorsque la garantie doit être émise par une banque dans le pays du bénéficiaire, souvent celle-ci ne l'émettra que si le remboursement est garanti par l'émission d'une contre-garantie. La contre-garantie autorise la banque qui émet la garantie à demander au contre-garant un prompt remboursement conformément aux conditions de la contre-garantie. La contre-garantie sera souvent émise par la banque du donneur d'ordre qui a donné pour instruction au garant d'émettre la garantie.

15. [*Nouveau paragraphe*] Une condition similaire — à savoir, que le paiement soit garanti par une banque dans le pays du bénéficiaire — peut s'appliquer lorsque la garantie prend la forme d'une lettre de crédit stand-by. Cette condition peut être remplie par la confirmation donnée par une banque locale de la lettre de crédit *stand-by* émise par une banque étrangère. La banque confirmatrice sera alors remboursée par la banque émettrice. En outre une garantie est parfois confirmée par une banque dans le pays du bénéficiaire. Dans le cas d'une lettre de crédit stand-by confirmée comme dans celui d'une garantie confirmée, le bénéficiaire a le choix entre demander le paiement à la banque confirmatrice et le demander à la banque émettrice.

16. [14] Dans certains cas, c'est la partie dont l'engagement d'échanges compensés doit être garanti qui s'engage à payer une somme d'argent, appelée "garantie", pour assurer l'engagement d'échanges compensés ou le paiement de dommages-intérêts spécifiés ou de pénalités. L'effet d'une telle "garantie" est le suivant : la partie-garant promet de payer l'autre partie en application des conditions de la garantie sans invoquer de moyens de défense qu'un garant-tiers n'aurait pas pu invoquer et c'est à la partie-garant d'intenter une action en remboursement des sommes versées s'il apparaît que l'obligation principale n'a pas été violée. Une telle garantie pourrait être acceptable par le bénéficiaire à condition qu'elle soit indépendante de l'opération principale et soit émise par une entité dont l'intégrité commerciale et la surface financière sont considérées par le bénéficiaire comme irréprochables. Toutefois, il n'apparaît pas clairement qu'une telle garantie donne au bénéficiaire des droits venant s'ajouter à ceux qui découlent de l'obligation garantie.

2. *Conditions d'obtention du paiement de la garantie*

17. [15] L'accord d'échanges compensés devrait énoncer clairement les conditions qui doivent être remplies pour que le garant soit tenu de payer, en indiquant notamment tous documents qui devront être soumis à l'appui de l'appel en garantie. *Le manque de clarté accroît les risques de litiges dus à l'incertitude quant à la conformité des documents présentés par le bénéficiaire aux conditions de la garantie.*

18. [16] Les conditions d'une garantie indépendante peuvent énoncer qu'une demande de paiement suffit, *mais une condition supplémentaire peut être* que la demande doit être accompagnée d'une déclaration du bénéficiaire concernant la non-exécution de l'obligation. Une déclaration générale à cet effet peut être suffisante. Le bénéficiaire peut aussi être tenu de donner davantage de détails, notamment sur la nature du non-respect de son obligation par le donneur d'ordre, et de faire valoir qu'il a droit au paiement de la somme demandée et que cette somme n'a pas encore été payée. Outre la demande de paiement, le bénéficiaire peut être tenu de présenter *un document* émis par un tiers relatif à la défaillance du donneur d'ordre; *ce document peut être, par exemple, une attestation d'un expert indépendant,* une sentence arbitrale ou une décision *d'un tribunal de première instance* faisant état de cette défaillance. La garantie peut stipuler que la déclaration d'un tiers ne sera pas nécessaire si le donneur d'ordre admet par écrit sa défaillance. Dans tous ces cas, le garant s'assure simplement que les documents sont conformes *a priori* aux conditions de la garantie et n'est pas tenu d'enquêter sur l'opération sous-jacente. En particulier, il n'a pas à vérifier si les déclarations figurant dans un document sont fondées.

19. [17] Parfois, les parties conviennent que le bénéficiaire doit notifier au donneur d'ordre son intention d'invoquer la garantie et que l'appel en garantie ne peut être fait avant l'expiration d'un délai spécifié suivant la notification. L'objet d'une telle exigence est de permettre au donneur d'ordre de remédier à un manquement ou de régler un désaccord. Selon une condition corollaire, le bénéficiaire sera tenu de soumettre avec la demande de paiement une preuve documentaire attestant que notification a été faite au donneur d'ordre.

20. [18] Lorsque la garantie assure l'obligation de paiement en vertu d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale, les parties voudront peut-être stipuler, parmi les conditions de paiement, que le bénéficiaire doit présenter une déclaration indiquant que le paiement *était* dû en application de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale.

21. [19] Outre les conditions documentaires, une garantie énonce en général des conditions ne se rattachant pas à l'exécution de l'obligation principale. Ces conditions, qui ne supposent pas la présentation d'un document, portent le plus souvent sur le délai dans lequel une demande doit être présentée, le montant de la garantie et l'établissement du garant dans lequel la demande doit être présentée.

22. [20] Il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés non seulement spécifie l'accord des parties

concernant la garantie, mais stipule également que le bénéficiaire n'est habilité à demander le paiement de la garantie que s'il y a effectivement défaut d'exécution de l'engagement. Une telle disposition peut faciliter le remboursement au donneur d'ordre de tout préjudice subi au cas où une demande de paiement *est* acceptée sans qu'il y ait eu violation de l'obligation principale.

3. *Montant de la garantie et réduction du montant*

23. [21] Les parties devraient convenir du montant de la garantie, ainsi que de la monnaie dans laquelle elle sera libellée et payable. Le montant est exprimé sous forme d'un montant spécifié ou d'un pourcentage de la valeur de l'engagement non encore exécuté. Si la garantie *doit assurer* un paiement au titre d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale, la clause de garantie figurant dans l'accord d'échanges compensés peut prévoir *que la garantie couvre le* paiement de la totalité des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité, ou d'une portion seulement. Les dommages-intérêts spécifiés ou la pénalité peuvent eux-mêmes représenter un pourcentage donné de l'engagement d'échanges compensés non exécuté. *(En ce qui concerne le montant des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité, voir la section D du chapitre XI.)*

24. [22] Lorsqu'elles détermineront le montant de la garantie ou des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité couverts par la garantie, les parties pourront tenir compte de facteurs tels que l'importance du préjudice qui risque d'être subi en cas de non-exécution et le risque de non-exécution, ainsi que les limites que les garants observent en général dans le cadre de contrats similaires. La facilité avec laquelle le paiement de la garantie *pourrait* être obtenu est également un facteur à prendre en considération. A ce propos, le bénéficiaire peut en général accepter un compromis. Plus les conditions de garantie sont proches de celles d'une garantie à première demande, et donc plus il sera facile d'obtenir paiement, moins le donneur d'ordre *pourrait être disposé à fournir une* garantie *couvrant* un pourcentage élevé de l'engagement d'échanges compensés. Par contre, si les conditions documentaires sont plus difficiles à remplir lorsque le donneur d'ordre n'a pas contrevenu à son engagement (par exemple, dans le cas où une sentence arbitrale ou une décision judiciaire doit être présentée), le donneur d'ordre *pourrait être* disposé à convenir d'un montant plus élevé pour la garantie.

25. [23] Les parties voudront peut-être inclure parmi les conditions de la garantie un mécanisme permettant d'en réduire le montant au fur et à mesure de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. La réduction de ce montant aurait pour avantage de réduire les risques que fait courir la garantie et peut-être donc le coût de cette garantie. Si la garantie assure le paiement de dommages-intérêts spécifiés ou d'une pénalité, les dispositions relatives à sa réduction devraient être conformes à tout mécanisme de réduction applicable au montant des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité.

26. [24] Il est souhaitable que le mécanisme de réduction soit fondé sur la présentation au garant de documents spécifiés attestant l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, sans que ledit garant ne soit tenu de vérifier dans quelle mesure ledit engagement a été exécuté. Il peut s'agir de documents d'expédition, de copies de contrats de fourniture, de commandes, de certificats libératoires ou d'autres documents attestant de l'exécution de l'engagement. Les parties pourront également juger utile de stipuler qui doit émettre les documents et quelle est la partie responsable de leur expédition au garant. Lorsque la période d'exécution de l'engagement est divisée en sous-périodes, les parties voudront peut-être stipuler que la garantie sera réduite du montant alloué à chaque sous-période et non demandé durant le délai convenu.

4. *Moment de l'établissement de la garantie*

a) *Lors de l'entrée en vigueur de l'accord d'échanges compensés ou peu de temps après*

27. [25] Il est conseillé aux parties de convenir du moment où la garantie doit être émise. Les parties peuvent convenir, par exemple, que la garantie sera émise en faveur du bénéficiaire lorsque l'accord d'échanges compensés entrera en vigueur ou peu de temps après (par exemple, 30 jours après l'entrée en vigueur dudit accord). Les parties peuvent obtenir l'assurance que la garantie sera établie à la date convenue en stipulant que l'accord d'échanges compensés n'entrera pas en vigueur si la garantie n'est pas établie ou que le donneur d'ordre sera considéré comme n'ayant pas respecté son engagement d'échanges compensés si la garantie n'est pas établie dans le délai convenu.

28. [26] Lorsqu'un contrat dans une direction (contrat d'exportation) est conclu en même temps que l'accord d'échanges compensés, les parties pourront convenir que l'émission d'une garantie assurant l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sera une condition de l'entrée en vigueur du contrat d'exportation. Une telle disposition permettrait à l'importateur de ne pas être lié par le contrat d'exportation avant l'émission d'une garantie assurant l'engagement d'échanges compensés.

b) *Plus tard, durant la période d'exécution*

29. [27] Les parties pourront convenir *qu'il n'y aurait lieu d'établir* la garantie qu'à une certaine date durant la période d'exécution, si, à cette date, l'exécution de l'engagement *n'était pas encore* achevée. La date convenue peut être, par exemple, trois mois avant la fin de la période d'exécution, ou trois mois avant la fin de chaque segment annuel lorsque le calendrier d'exécution couvre plusieurs années. Cette approche présente l'avantage suivant : le montant de la garantie peut être calculé en pourcentage de l'engagement d'échanges compensés non exécuté. En calculant le montant de la garantie sur la base des opérations non effectuées, plutôt que de l'ensemble de l'engagement d'échanges compensés, et en limitant la durée pendant laquelle la garantie est en vigueur, on réduira sans doute le risque encouru dans le cadre de la garantie, ainsi que le coût de cette dernière.

30. [28] Puisqu'une telle approche expose le bénéficiaire au risque que la garantie ne soit pas établie, les parties voudront peut-être convenir des droits du bénéficiaire au cas où cela se produirait. Il peut être convenu que le bénéficiaire sera habilité à considérer l'engagement d'échanges com-

pensés comme rompu et à demander paiement en application d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale. En outre, il pourra être convenu que le bénéficiaire aura le droit de déduire le montant des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité de tout montant dû en vertu du contrat d'exportation après le défaut d'établissement de la garantie.

5. *Durée de la garantie*

a) *Date d'expiration*

31. [29] Il est souhaitable que les parties *se mettent d'accord sur la clause à inclure dans la garantie au sujet* de la durée pendant laquelle la garantie restera en vigueur. *Il convient de noter que, la garantie étant indépendante de l'accord d'échanges compensés, la clause de cet accord relative à la période de validité de la garantie ne déterminera pas la durée de la garantie, cette durée étant spécifiée dans la garantie elle-même. Les garanties énoncent généralement une date d'expiration fixe. Une autre possibilité serait de* prévoir une garantie sans date limite spécifiée, qui ne serait annulée que lorsque l'engagement *d'échanges compensés aurait été exécuté* ou lorsque la partie s'étant engagée serait de toute autre manière libérée (voir chap. *IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 35 à 37*). On notera que la plupart des garants ne seront disposés à émettre une garantie que si la date d'expiration est déterminée. *On notera aussi que la législation de certains Etats contient des règles impératives régissant la période de validité des garanties.**

32. [30] Il est bon que la date d'expiration de la garantie intervienne après la fin de la période d'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Un délai entre l'expiration de la période d'exécution et l'expiration de la garantie (par exemple 30 jours) permettra au bénéficiaire d'attendre la conclusion des contrats de fourniture jusqu'à l'achèvement de la période d'exécution sans avoir à renoncer à la possibilité de demander paiement de la garantie. En outre, le bénéficiaire pourra, à son gré, autoriser des retards mineurs de la part du donneur d'ordre dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sans renoncer à la possibilité de demander le paiement de la garantie. Dans le même temps, *l'*intervalle, *s'il est maintenu* relativement bref, permettra au garant de se libérer de sa responsabilité dans un délai relativement bref après la non-exécution supposée de l'engagement d'échanges compensés. Les parties voudront peut-être également utiliser une telle approche pour ce qui est des garanties couvrant des sous-périodes de la période d'exécution.

33. [*Nouveau paragraphe*] Faute de disposition définissant dans la garantie l'effet de la date d'expiration, l'interprétation largement répandue est qu'une demande de paiement, accompagnée de tous documents éventuellement requis, doit être faite à la date d'expiration ou avant et que, par conséquent, le garant n'est pas tenu de donner suite à une demande faite après cette date. Cependant, selon l'interprétation des tribunaux de certaines juridictions, sauf disposition contraire, la demande de paiement peut valablement être faite après la date d'expiration, à condition que l'éventualité visée par la garantie donnée se soit produite à la date de paiement ou avant. En vertu d'une telle interprétation, une demande de paiement peut être faite soit dans un délai raisonnable après la date d'expiration soit, selon certains tribunaux, même lorsqu'il y a prescription.

[31]*

b) *Renvoi de l'instrument de garantie*

34. [32] *Dans certains Etats,* une garantie peut rester en vigueur même après la date d'expiration si l'instrument de garantie n'est pas retourné par le bénéficiaire. L'accord d'échanges compensés devrait donc disposer que le bénéficiaire est tenu de retourner la garantie promptement après l'exécution de l'obligation garantie. Toutefois, cette condition devrait être rédigée de manière que l'on ne puisse pas déduire que, si la garantie n'est pas retournée, elle restera en vigueur même après la date d'expiration.

c) *Prolongation*

35. [33] Pour diverses raisons, le délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés peut être prolongé et se poursuivre au-delà de la date d'expiration de la garantie (voir chap. *IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 13 à 16*, concernant la prolongation du délai d'exécution). L'accord d'échanges compensés pourrait stipuler que, si la période d'exécution est prolongée, le donneur d'ordre sera tenu de faire en sorte, dans un délai raisonnable, que la garantie soit prolongée d'autant. On pourra aussi prévoir que la garantie sera automatiquement prolongée en cas de prolongation de la période d'exécution de l'engagement d'échanges compensés convenue par les parties. Toutefois, une telle disposition ne *serait* peut-être pas acceptable au garant, qui ne *tiendrait* pas à être lié par une garantie dont la durée *serait* fonction d'un accord auquel il *ne serait* pas partie.

36. [34] Pour ce qui est du coût de la prolongation de la période de validité de la garantie, les parties voudront peut-être convenir que la partie responsable de la prolongation de la période d'exécution *serait* tenue de supporter les coûts d'une prolongation de la période de garantie.

6. *Modification ou résiliation de l'accord d'échanges compensés*

37. [35] Dans les *législations nationales* qui reconnaissent un accord des parties tendant à établir une garantie indépendante, une telle garantie restera en vigueur conformément aux conditions stipulées, quelles que soient les modifications subies par l'engagement principal. Si une modification du contrat principal risque d'empêcher d'obtenir les documents requis *pour appuyer une* demande de paiement au titre de la garantie indépendante, il faudrait s'assurer que la modification du contrat principal entraînera une modification correspondante des conditions de la garantie.

38. [36] Dans *certaines législations nationales* qui ne reconnaissent pas entièrement les garanties indépendantes, une modification de l'engagement principal peut avoir pour conséquence de libérer le garant; dans d'autres *législations nationales*, on pourra juger que la garantie ne couvre que

l'engagement du donneur d'ordre tel que défini à la date de l'émission de la garantie. Afin d'éviter tout problème, les parties pourront stipuler que la garantie restera en vigueur même si l'accord d'échanges compensés est modifié.

39. [37] La modification de l'accord d'échanges compensés peut avoir pour conséquence d'augmenter la responsabilité du donneur d'ordre au-delà du montant de la garantie. Les parties voudront peut-être stipuler dans l'accord d'échanges compensés que, dans un tel cas, le donneur d'ordre sera tenu de veiller à ce que le montant de la garantie soit modifié en conséquence.

C. Garantie couvrant un déséquilibre des échanges

40. [38] Les parties peuvent convenir que des marchandises seront expédiées en échange d'autres marchandises et que les expéditions dans chaque direction ne seront pas payées en espèces. Ce type d'opération peut être fondé sur un contrat de troc (voir chap. III, "Approche contractuelle", par. *3 à 8*) ou sur un mécanisme d'équilibrage des demandes de paiement mutuelles (voir chap. IX, "Paiement", *sect. D*). Dans ce cas, le fournisseur court le risque de voir la valeur de ses expéditions dépasser la valeur des marchandises reçues de l'autre partie, sans que *ce déséquilibre soit corrigé, que ce soit* par des fournitures de marchandises *ou* par un paiement en espèces. Pour se protéger contre ce risque, les parties pourront recourir à des garanties permettant d'assurer la suppression de tout déséquilibre qui pourrait apparaître dans les échanges commerciaux. *Il peut être convenu que le déséquilibre devrait être corrigé à la fin du délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés ou à des moments spécifiés pendant la période d'exécution.*

41. [39] Le montant de la garantie devrait être lié au montant du déséquilibre des échanges et assorti d'un plafond. Ce plafond de la garantie pourrait être fixé au niveau du déséquilibre autorisé dans le cadre de l'opération d'échanges compensés. Il peut être convenu que le montant qui pourra être demandé au titre de la garantie correspondra à un montant inférieur à la totalité du déséquilibre (par exemple, 80 %), cela afin de décourager les appels en garantie, sinon en dernier recours. Un bénéficiaire qui ne *pourrait* recouvrer le montant total du déséquilibre en demandant le paiement de la garantie *serait* davantage incité à rétablir l'équilibre convenu des échanges commerciaux en commandant des marchandises à l'autre partie.

42. [*Nouveau paragraphe*] Lorsqu'un tiers détient des renseignements concernant les mouvements de marchandises entre les parties (par exemple, la banque qui administre le compte de compensation), il peut être disposé dans la garantie qu'une demande de paiement devra être accompagnée d'une déclaration de ce tiers certifiant le montant du déséquilibre à corriger. En outre, la garantie peut disposer que le garant n'est autorisé à donner suite à une demande de paiement qu'à concurrence du montant du déséquilibre certifié.

1. Garantie des expéditions dans une direction

43. [40] Lorsqu'est prévu un calendrier particulier des expéditions dans les deux directions, l'accord d'échanges compensés peut stipuler que la partie devant recevoir des marchandises en premier doit obtenir une garantie couvrant l'obligation d'expédier des marchandises en retour. Cette garantie assurera le risque, couru par la partie expédiant les marchandises en premier, de ne pas recevoir les marchandises en retour à la date convenue, ou de ne pas recevoir la valeur ou la quantité convenues. Lorsque la première expédition doit se faire par étapes, il peut être convenu que, pour chaque expédition partielle, une garantie séparée sera obtenue, correspondant à la valeur de ladite expédition; *les parties et le garant pourront aussi convenir que le montant garanti sera augmenté* sur présentation de documents attestant les expéditions additionnelles.

44. [41] Pour ce qui est du moment de l'émission de la garantie, l'accord d'échanges compensés peut stipuler que la garantie peut être remise au bénéficiaire en échange des documents d'expédition relatifs à la première fourniture. Une telle procédure permettrait d'éviter le risque de voir la partie devant expédier en premier des marchandises obtenir la garantie et ne pas effectuer *ensuite* l'expédition. Afin que le bénéficiaire de la garantie (la partie ayant assuré la première expédition) ne soit pas à même de demander le paiement de la garantie une fois que le donneur d'ordre (la partie effectuant la deuxième expédition) se sera acquitté de son obligation d'expédier des marchandises, les parties pourront convenir que le bénéficiaire de la garantie n'obtiendra les titres de propriété de la deuxième expédition que sur remise de l'instrument de garantie.

45. [42] Les garanties peuvent être utilisées de manière similaire dans les opérations d'échanges compensés multiparties. Lorsque les parties établissent un lien entre les livraisons de manière que l'importateur, en échange des marchandises reçues de l'exportateur, expédie des marchandises à un contre-importateur tiers, c'est ce dernier qui paie l'exportateur (voir chap. IX, "Paiement", par. *68*). La garantie fournie par l'importateur assurera l'obligation de contre-exportation après la réception des marchandises exportées. Lorsque l'exportateur doit être payé par le contre-importateur après expédition des marchandises exportées, le contre-importateur sera le bénéficiaire de la garantie. Une telle garantie couvrira le risque pris par le contre-importateur en payant l'exportateur avant de recevoir les marchandises du contre-exportateur. Lorsque, toutefois, le contre-importateur ne doit payer l'exportateur qu'après réception des marchandises contre-exportées, c'est l'exportateur qui sera le bénéficiaire de la garantie. Une telle garantie couvrira le risque couru par l'exportateur ayant expédié les marchandises, au cas où il ne serait pas payé par le contre-importateur, parce que la contre-exportation n'aurait pas été effectuée.

46. [43] Une garantie similaire peut être utilisée lorsque l'exportateur, au lieu d'être payé par l'importateur, reçoit des marchandises d'un contre-exportateur tiers, qui est à son tour payé par l'importateur (voir chap. IX, par. *68*). Dans ce cas, il peut être convenu que l'exportateur recevra une garantie couvrant le risque qu'il prend si, après avoir effectué la première expédition, il ne reçoit pas en retour de marchandises du contre-exportateur.

47. [44] La situation est similaire lorsque le contre-importateur et le contre-exportateur sont des parties distinc-

tes de l'exportateur et de l'importateur (voir chap. IX, par. *69*). Il peut être convenu que l'importateur doit établir une garantie en faveur de l'exportateur, couvrant l'obligation de l'importateur de payer le prix des marchandises exportées. Lorsque l'exportateur doit recevoir paiement du contre-importateur après expédition des marchandises exportées, le bénéficiaire sera le contre-importateur. Ainsi, ce dernier sera protégé contre le risque de payer l'exportateur sans recevoir de marchandises du contre-exportateur. Toutefois, lorsque le contre-importateur ne doit payer l'exportateur qu'après expédition des marchandises contre-exportées, le bénéficiaire de la garantie serait l'exportateur. Ce dernier serait ainsi protégé contre le risque d'expédier des marchandises sans être payé.

2. *Garanties mutuelles*

48. [45] Lorsque les parties conviennent d'échanger des marchandises entre elles, elles peuvent le faire sans stipuler dans quel ordre les expéditions seront faites dans les deux directions. Cela est le plus souvent le cas lorsque des expéditions multiples sont envisagées dans chaque direction. Les parties risquent alors de voir apparaître un déséquilibre dans les échanges qui doit être *corrigé* soit par l'expédition de marchandises, soit par le paiement d'une somme d'argent. Pour couvrir ce risque, il peut être convenu que chaque partie doit fournir en faveur de l'autre partie une garantie assurant la suppression de tout déséquilibre.

[A/CN.9/362/Add.13]

XIII. DÉFAUT D'ACHÈVEMENT DE L'OPÉRATION D'ÉCHANGES COMPENSÉS

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Remarques générales	1-5
B. Recours	6-12
1. Cas où une partie peut être libérée partiellement ou totalement de l'engagement d'échanges compensés	6-10
2. Compensation pécuniaire	11-12
C. Empêchements exonératoires	13-36
1. Conséquences juridiques des empêchements exonératoires	17-18
2. Définition des empêchements exonératoires	19-34
a) Définition générale	20-22
b) Définition générale accompagnée d'une liste d'empêchements exonératoires	23-26
i) Définition générale avec liste indicative	24
ii) Définition générale avec liste exhaustive	25
iii) Définition générale avec liste d'empêchements exonératoires entrant ou non dans le champ de la définition	26
c) Liste exhaustive d'empêchements exonératoires sans définition générale	27
d) Empêchements exonératoires susceptibles d'être envisagés	28-32
e) Exclusion de certains faits	33-34
3. Notification des empêchements	35-36
D. Effet du défaut de conclusion ou d'exécution d'un contrat de fourniture sur l'opération d'échanges compensés	37-61
1. Défaut de conclusion d'un contrat de fourniture	43-48
2. Résiliation du contrat de fourniture	49-55
3. Défaut de paiement	56-60
4. Défaut de livraison des marchandises	61

[*Note des rédacteurs.* Le présent projet de chapitre est une version révisée du projet de chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.4. La note entre crochets figurant au début de chaque paragraphe indique qu'il s'agit d'un nouveau paragraphe ou rappelle le numéro sous lequel ce paragraphe figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.4. Les révisions de paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.4 sont en italique. Un astérisque indique les endroits où un passage a été supprimé sans être remplacé par un nouveau texte.]

A. Remarques générales

1. [1] Le présent chapitre traite de la question des recours en cas de défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (section *B*). Il traite aussi des circonstances dans lesquelles une partie serait libérée de sa

responsabilité pour défaut d'exécution de l'engagement (section *D*). Il examine en outre les effets d'un défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés et les conséquences d'un défaut d'exécution d'un contrat de fourniture dans une direction sur l'obligation incombant aux parties de conclure ou d'exécuter des contrats de fourniture dans l'autre direction (section *E*). Par contre, il ne traite pas des recours en cas de défaut d'exécution d'un contrat de fourniture conclu en application de l'accord d'échanges compensés parce qu'ils sont régis par le droit général des contrats et ne posent donc pas de problèmes propres aux échanges compensés.

2. [*Nouveau paragraphe*] L'analyse qui est faite dans le présent chapitre s'inscrit dans le contexte des engagements "fermes" d'échanges compensés (par lesquels une partie s'engage à effectivement conclure un contrat de fourniture conformément aux conditions énoncées dans l'engagement d'échanges compensés). Ainsi qu'indiqué au paragraphe 2 du chapitre IV, le Guide juridique ne traite pas des cas où l'engagement est d'un degré moindre (engagement à "faire de son mieux" ou "intentions sérieuses" par exemple), l'obligation correspondante étant seulement de négocier de bonne foi sans promettre qu'un contrat sera effectivement conclu.

3. [2] Le fait qu'une partie n'exécute pas ses obligations liées à l'opération d'échanges compensés pourrait avoir sur l'autre partie de graves répercussions, dont les suivantes : un fournisseur éventuel ne reçoit pas les fonds en monnaies convertibles qui devaient servir à acheter d'autres marchandises ou ne peut pas introduire sur de nouveaux marchés, comme il l'avait prévu, les marchandises faisant l'objet d'échanges compensés, ou encore un acheteur éventuel ne reçoit pas les marchandises qui devaient être revendues pour payer les marchandises expédiées dans l'autre direction.

4. [3] Il est souhaitable d'énoncer dans l'accord d'échanges compensés les recours disponibles pour défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Les *législations nationales* ne comportent généralement pas de règles visant expressément les échanges compensés, et les règles générales applicables aux obligations contractuelles peuvent ne pas prévoir de solution satisfaisante aux problèmes qui peuvent se poser dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Parmi les moyens de recours que les parties pourront souhaiter énoncer dans l'accord d'échanges compensés figurent la possibilité d'être libéré de l'engagement d'échanges compensés et le versement de dommages-intérêts spécifiés ou de pénalités (voir plus loin, paragraphes *6 à 12*). Il est aussi souhaitable de définir dans l'accord d'échanges compensés les circonstances dans lesquelles une partie serait libérée de sa responsabilité pour défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir plus loin, paragraphes *13 à 36*).

5. [4] Les recours en cas de défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés que les parties auront décidé d'énoncer dans un accord d'échanges compensés peuvent ne pas être adaptés à toutes les circonstances. Par conséquent, même si une partie a le droit d'insister sur l'emploi des moyens de recours prévus dans l'accord d'échanges compensés, les parties peuvent juger souhaitable de négocier en fonction des recours disponibles, avant de mettre en œuvre les procédures disponibles pour les exercer (voir l'examen de la question des négociations au chapitre XV, "Règlement des litiges", paragraphes *8 à 11*).

B. Recours

1. Cas où une partie peut être libérée partiellement ou totalement de l'engagement d'échanges compensés

6. [5] Une partie peut être libérée des obligations que lui imposait l'engagement d'échanges compensés dans diverses circonstances : lorsque des dommages-intérêts ou des pénalités spécifiés dans l'accord d'échanges compensés ont été payés pour non-exécution de l'engagement (*voir le chapitre XI*, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", paragraphe [*12*]); *lorsque l'engagement d'échanges compensés est résilié après que le montant cumulé des dommages-intérêts ou des pénalités payés pour retard a atteint le plafond convenu (voir le chapitre XI, paragraphe [19]);* lorsqu'une action ou une omission de l'autre partie a causé le défaut d'exécution de l'engagement (voir plus loin, paragraphe *7*); lorsque surviennent des faits que la loi applicable ou l'accord d'échanges compensés définit comme des empêchements exonératoires (voir plus loin, paragraphes *13 à 36*); ou lorsque le contrat de fourniture dans l'autre direction est résilié (voir plus loin, paragraphe *47*). Une partie peut être libérée totalement ou partiellement des obligations non acquittées au titre de son engagement d'échanges compensés. Si les motifs de libération ne concernent qu'une partie des obligations, les autres obligations restent exécutoires.

7. [6] *Une partie peut prétendre, conformément aux règles juridiques généralement applicables au manquement à une obligation contractuelle, à être libérée de l'engagement d'échanges compensés si l'autre partie ne prend pas les mesures nécessaires pour s'acquitter de l'engagement. Cependant, les parties voudront peut-être régler dans l'accord d'échanges compensés la question de la libération de l'engagement d'échanges compensés, afin de bien s'entendre sur les cas où une partie doit être libérée et sur la mesure dans laquelle elle doit l'être. Elles pourraient à cet effet prévoir une clause disposant que,* si la partie qui s'est engagée à fournir manque à son obligation de fournir tout ou partie des marchandises conformément aux termes de l'accord d'échanges compensés, celle qui s'est engagée à acheter est libérée de l'engagement d'échanges compensés totalement ou dans la proportion correspondant au manquement. De même, les parties souhaiteront peut-être convenir que, si la partie qui s'est engagée à acheter manque à son obligation d'acheter tout ou partie des marchandises mises à sa disposition conformément aux termes de l'accord d'échanges compensés, celle qui s'est engagée à fournir est libérée, totalement ou dans la proportion correspondant au manquement. Dans ce cas, les parties peuvent décider d'établir une règle de notification. Une telle règle pourrait disposer qu'une notification doit être remise par la partie lésée à la partie fautive, précisant le manquement et informant ladite partie que la partie lésée sera libérée de ses obligations découlant de l'engagement d'échanges compensés dans la mesure où il n'aura pas été remédié au manquement

dans un délai précisé dans la notification ou dans l'accord d'échanges compensés. Le délai devrait être suffisamment long pour qu'il soit possible de remédier au manquement. Les parties pourront souhaiter convenir que le délai commence à courir à partir de la date de remise de la notification. Elles pourront souhaiter étudier s'il serait souhaitable de stipuler que la libération ne prendra effet, qu'après qu'une deuxième notification écrite aura été remise par la partie demandant d'être libérée de ses obligations.

8. [7] Il arrive que l'accord d'échanges compensés divise le délai d'exécution de l'engagement en sous-périodes pendant lesquelles des proportions spécifiées de l'engagement total doivent être exécutées (pour cette question, voir le chapitre IV, "*Engagement d'échanges compensés*", paragraphes *17 à 20*). Il est alors souvent prévu qu'une partie qui n'exécute pas l'engagement correspondant à une sous-période donnée peut reporter partiellement la composante non exécutée sur la sous-période suivante et que la partie fautive doit verser des dommages-intérêts ou des pénalités pour la partie de l'engagement non exécutée qui n'est pas reportée sur la sous-période suivante. En pareil cas, il peut être prévu que la partie fautive se verra accorder un délai supplémentaire, après l'expiration de la sous-période, pour remédier au manquement (voir le paragraphe précédent).

9. [8] Il convient de noter *qu'en matière de résiliation de contrats par suite d'un manquement à des obligations, certaines législations nationales énoncent des conditions spéciales. Elles peuvent par exemple disposer* qu'un délai supplémentaire doit être accordé pour remédier au manquement, qu'une notification de l'intention de résilier le contrat doit être donnée ou qu'un consentement judiciaire doit être donné. *Dans la mesure où un accord d'échanges compensés est considéré comme étant régi par les règles applicables aux contrats, ces* conditions *seront* applicables.

10. [9] L'accord d'échanges compensés peut disposer que, dans le cas où une libération résulte de circonstances qui ne sont imputables à aucune des parties (par exemple un empêchement exonératoire), chaque partie doit supporter ses propres dépenses et ses propres pertes.

2. *Compensation pécuniaire*

[10]*

[11]*

11. [12] On pourrait envisager que la partie qui a subi un préjudice par suite du défaut d'exécution d'un engagement d'échanges compensés, puisse, en vertu des règles juridiques généralement applicables aux manquements à une obligation contractuelle, réclamer des dommages-intérêts à la partie fautive. Quand on aborde le problème de la responsabilité pour défaut d'exécution d'un engagement d'échanges compensés on est amené à poser la question de la responsabilité précontractuelle. Les *législations nationales* donnent rarement des réponses claires à cette question, *qu'elles traitent* de manières diverses, et la législation relative à la responsabilité précontractuelle est peu développée dans certains *Etats*. Une autre source d'incertitude est la base sur laquelle le montant des dommages-intérêts serait calculé. Si les termes importants du futur contrat de fourniture (en particulier, le type, la qualité et le prix des marchandises) ne sont pas suffisamment définis dans l'accord d'échanges compensés, on ne disposera pas d'une base suffisante pour calculer les dommages-intérêts résultant de la non-conclusion dudit contrat.

12. [*Nouveau paragraphe*] Si elles conviennent qu'une partie devrait obtenir une compensation pécuniaire en cas de non-exécution de l'engagement d'échanges compensés, les parties peuvent, afin d'éviter les incertitudes mentionnées au paragraphe précédent, inclure dans l'accord d'échanges compensés une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale (voir le chapitre XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales").

[13]*

C. Empêchements exonératoires

13. [14] Durant la période d'exécution de l'engagement d'échanges compensés, il peut se produire des faits empêchant une partie de conclure, comme elle s'y était engagée, un contrat de fourniture. Ces empêchements peuvent être d'ordre juridique, par exemple une modification de la réglementation dans le pays de l'acheteur ou du fournisseur qui interdirait l'importation ou l'exportation de certains types de marchandises. Les empêchements peuvent aussi être d'ordre matériel, par exemple des catastrophes naturelles empêchant de produire ou de transporter des marchandises faisant l'objet d'échanges compensés, ou d'en prendre livraison. Ces faits peuvent empêcher l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, soit définitivement, soit temporairement. La partie qui ne s'acquitte pas de ses obligations découlant de l'engagement d'échanges compensés en raison d'un tel empêchement peut, sous réserve de la loi applicable et des dispositions de l'accord d'échanges compensés, obtenir un délai supplémentaire pour s'acquitter de ses obligations, en être totalement libérée et être exemptée du versement de dommages-intérêts. Dans le Guide juridique les empêchements qui donnent lieu à une telle exemption sont appelés "empêchements exonératoires".

14. [15] Nombre de *législations nationales* comportent des règles concernant les empêchements exonératoires. *Si un événement empêchant l'exécution de l'engagement d'échanges compensés a les caractéristiques énoncées dans la loi applicable (événement imprévisible et inévitable, par exemple), les parties seront libérées de l'engagement en application de ces règles*. Cependant, ces règles peuvent avoir des résultats incompatibles avec les conditions et les exigences des opérations internationales d'échanges compensés ou ne pas répartir, comme le souhaiteraient les parties, les risques liés à l'apparition d'empêchements exonératoires. Aussi les parties pourront-elles souhaiter inclure dans leur accord d'échanges compensés une clause d'exonération définissant les empêchements exonératoires et spécifiant les conséquences juridiques de ces empêchements. Il est conseillé aux parties de choisir une terminologie qui, compte tenu de la loi applicable, soit conforme à leurs intentions (voir le chapitre *V*, "Remarques générales sur la rédaction", paragraphe 6).

15. [16] En ce qui concerne la clause de l'accord d'échanges compensés relative aux empêchements exonératoires, chaque partie a intérêt à négocier de manière à y inclure les types d'empêchements exonératoires qui peuvent affecter sa capacité de prendre les mesures requises pour exécuter l'engagement d'échanges compensés. Par exemple, la partie qui s'est engagée à acheter souhaitera inclure des empêchements tels que les restrictions à l'importation et les obstacles matériels à la prise en livraison ou à l'utilisation des marchandises. La partie qui s'est engagée à fournir les marchandises souhaitera quant à elle inclure des empêchements tels que les restrictions quant aux marchandises dont l'exportation est permise dans le cadre d'opérations d'échanges compensés et d'autres restrictions à l'exportation, ainsi que certains empêchements affectant sa capacité de produire les marchandises. *En vertu* du principe généralement admis de la liberté contractuelle, les parties ont toute latitude pour se mettre d'accord sur celle des parties qui assumera le risque qu'intervienne tel ou tel type d'événement empêchant l'exécution. Elles *pourront* par conséquent exclure de la liste d'empêchements exonératoires des événements qui seraient qualifiés d'empêchements exonératoires par la loi applicable ou, inversement, d'y inclure d'autres événements qui ne seraient pas qualifiés ainsi par la loi applicable. *On notera cependant que certaines législations nationales établissent des limites impératives quant à la liberté qu'a une partie de renoncer à son droit d'invoquer des empêchements exonératoires reconnus par la loi.*

16. [17] La question des exonérations est traitée différemment selon les *législations nationales*, la doctrine et la terminologie utilisées n'étant pas toujours identiques. Pour ce qui est des contrats de vente, ces divergences ont été supprimées par l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)[1]. La conception adoptée dans cette Convention vise à tenir compte des circonstances et exigences particulières du commerce international. Les parties jugeront peut-être que cette conception peut les aider à élaborer une clause d'exonération dans l'accord d'échanges compensés. L'étude des conséquences juridiques des empêchements exonératoires et de la définition de ces empêchements se fonde sur la conception retenue dans la Convention.

1. Conséquences juridiques des empêchements exonératoires

17. [18] Les parties souhaiteront peut-être stipuler que, lorsque l'exécution de l'engagement d'échanges compensés est empêchée par un empêchement exonératoire d'une durée qui ne dépasse pas un certain délai (six mois par exemple), le délai d'exécution sera prolongé d'une durée correspondante à celle de l'empêchement. L'objet d'une telle disposition serait de faire en sorte que les empêchements exonératoires d'une durée limitée ne libèrent pas les parties de l'engagement d'échanges compensés. Les parties souhaiteront peut-être stipuler dans l'accord d'échanges compensés que, si la durée d'un empêchement exonératoire invoqué par une partie dépasse un certain délai, l'autre partie pourra demander à être libérée de l'engagement d'échanges compensés ou il pourra être convenu que l'une ou l'autre des parties pourra demander d'être libérée. Les parties souhaiteront peut-être énoncer dans une telle disposition l'obligation d'engager des négociations visant à modifier l'accord d'échanges compensés de manière à ce que l'engagement soit maintenu.

18. [19] Ainsi qu'on l'a indiqué au *paragraphe 7* du chapitre XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", afin d'éliminer toute incertitude, les parties pourront souhaiter stipuler expressément qu'une partie qui n'exécute pas l'engagement d'échanges compensés du fait d'un empêchement exonératoire est exemptée du versement de dommages-intérêts spécifiés ou de pénalités ou de tous dommages-intérêts qui seraient dus en vertu de la loi applicable.

2. Définition des empêchements exonératoires

19. [20] *Bien que de nombreuses législations nationales contiennent des définitions des empêchements exonératoires*, les parties pourront souhaiter, *pour des raisons notées plus haut au paragraphe [15]*, inclure *une telle définition* dans l'accord d'échanges compensés. Elles pourront pour ce faire adopter l'une des méthodes suivantes : *a)* ne rédiger qu'une définition générale des empêchements exonératoires; *b)* combiner une définition générale et une liste d'empêchements exonératoires; *c)* n'établir qu'une liste exhaustive des empêchements exonératoires.

a) *Définition générale*

20. [21] Une définition générale des empêchements exonératoires permettrait aux parties de faire en sorte que tous les faits répondant aux conditions énoncées dans la définition soient considérés comme des empêchements exonératoires. L'objet d'une définition générale est aussi d'exclure des faits qui ne répondent pas à ces conditions. Avec une telle définition, les parties n'auraient pas besoin d'établir une liste des empêchements exonératoires au risque d'omettre des faits qu'elles auraient considérés comme des empêchements exonératoires. Par contre, il peut être difficile dans certains cas de déterminer si un fait donné entre ou non dans le cadre de la définition générale.

21. [22] Les parties pourront souhaiter *préciser dans la définition que*, pour qu'il y ait empêchement exonératoire, l'exécution de l'engagement d'échanges compensés doit être empêchée par un obstacle matériel ou juridique (voir plus haut, paragraphes 14 *et 15*) et non, par exemple, être rendue seulement plus difficile ou plus onéreuse. Il convient cependant de noter que les circonstances peuvent changer au point que l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, tout en restant matériellement possible, deviendrait exagérément coûteuse, dépassant le montant qu'une partie pouvait raisonnablement s'attendre à payer. Un changement aussi extrême des circonstances peut être considéré en vertu de la loi applicable comme un empêchement exonératoire. En outre, les parties pourront stipuler que l'empêchement doit être indépendant de la

[1] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (document A/CONF.97/18, annexe 1); *Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XI : 1980, troisième partie, B.

volonté de la partie qui n'exécute pas l'engagement d'échanges compensés et que l'on ne devait pas pouvoir raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences. *(Cette formulation s'inspire de l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises).*

22. [23] Dans les clauses contractuelles sur les empêchements exonératoires, on se contente parfois d'énumérer un certain nombre d'empêchements exonératoires et d'indiquer que d'autres événements similaires seront aussi considérés comme des empêchements exonératoires. Dans de telles clauses, la liste aide à déterminer si un événement non énuméré devrait être ou non considéré comme un empêchement exonératoire. Cependant, la présence dans ces clauses d'une définition générale est susceptible de réduire les incertitudes quant au caractère exonératoire ou non exonératoire d'un événement non inclus dans la liste.

b) *Définition générale accompagnée d'une liste d'empêchements exonératoires*

23. [24] La définition générale des empêchements exonératoires peut être suivie d'une liste indicative ou exhaustive des faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires. Cette méthode combine la souplesse qu'assure une définition générale et la certitude qu'offre une liste d'empêchements exonératoires.

i) Définition générale avec liste indicative

24. [25] Les exemples d'empêchements exonératoires qui figureront dans la liste indicative peuvent être choisis de manière à préciser le champ de la définition générale. Ainsi, on sera mieux à même de déterminer la portée envisagée de ladite définition et on pourra faire en sorte que les faits figurant dans la liste soient considérés comme des empêchements exonératoires s'ils satisfont aux critères énoncés dans la définition générale.

ii) Définition générale avec liste exhaustive

25. [26] La définition générale des empêchements exonératoires peut être suivie d'une liste exhaustive de faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires *si, dans un cas donné,* ils satisfont aux critères énoncés dans la définition. Il n'est peut être pas souhaitable d'établir une telle liste, à moins que les parties ne soient certaines qu'elles peuvent prévoir et énumérer tous les faits qu'elles souhaiteraient voir considérer comme des empêchements exonératoires.

iii) Définition générale avec liste d'empêchements exonératoires entrant ou non dans le champ de la définition

26. [27] La définition générale peut être suivie d'une liste de faits qui doivent être considérés comme des empêchements exonératoires, qu'ils entrent ou non dans le champ de la définition. Cette méthode peut être utile lorsque les parties retiennent une définition restreinte des empêchements exonératoires, mais souhaitent que certains faits, qui n'entrent pas dans le champ de la définition, soient considérés comme de tels empêchements. Puisque ces faits constitueraient des empêchements exonératoires indépendamment de la définition générale, les remarques figurant au paragraphe 27 ci-dessous, à propos des garanties dont on peut s'entourer lorsqu'on établit une liste d'empêchements exonératoires sans définition générale, valent également pour ce cas-ci.

c) *Liste exhaustive d'empêchements exonératoires sans définition générale*

27. [28] Il est possible que la clause d'exonération ne comporte qu'une liste de faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires, sans définition générale. Cette méthode présente l'inconvénient de ne pas énoncer dans une définition les critères généraux auxquels doivent satisfaire les faits énumérés pour pouvoir être considérés comme des empêchements exonératoires. De tels critères généraux n'étant pas prévus, il est conseillé aux parties de décrire aussi précisément que possible les empêchements exonératoires énumérés. L'avantage d'une telle précision est de supprimer les incertitudes quant à la répartition des risques entre les parties.

d) *Empêchements exonératoires susceptibles d'être envisagés*

28. [29] Si elles intègrent dans la clause d'exonération une liste de faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires, avec ou sans définition générale, les parties pourront déterminer s'il est souhaitable d'y inclure des faits tels qu'incendie, explosion ou embargo commercial. Les parties pourront en outre souhaiter limiter la mesure dans laquelle les événements énumérés ci-après peuvent être considérés comme des empêchements exonératoires.

29. [30] *Catastrophes naturelles.* Les catastrophes naturelles comme les tempêtes, les cyclones, les inondations ou les tempêtes de sable peuvent être considérées comme normales à certains moments de l'année au lieu considéré. En pareil cas, le contrat correspondant à l'accord d'échanges compensés pourrait interdire à une partie de s'en prévaloir en tant qu'empêchements exonératoires si elles étaient prévisibles et si des mesures efficaces auraient pu être prises pour y faire face (voir plus haut, *paragraphe* 22).

30. [31] *Guerre (déclarée ou non), autres activités militaires ou troubles à caractère civil.* Il peut être difficile de déterminer quand une guerre, d'autres activités militaires ou des troubles à caractère civil peuvent être considérés comme des obstacles à l'exécution d'une obligation. Il peut par exemple arriver qu'une partie poursuive ses activités commerciales malgré les hostilités qui ont lieu dans son pays et donc que ces hostilités ne l'empêchent pas en fait d'exécuter l'engagement d'échanges compensés. Si l'accord d'échanges compensés ne contient pas une définition générale des empêchements exonératoires, il peut être bon de préciser clairement à quel stade une guerre, d'autres activités militaires ou des troubles à caractère civil sont considérés comme des obstacles à l'exécution d'un engagement d'échanges compensés.

31. [32] *Grèves, boycotts, grèves perlées et occupation d'usines ou de locaux par les ouvriers.* Les parties pourront se demander dans quelle mesure ces faits peuvent être considérés comme des empêchements exonératoires. Ils peuvent certes véritablement empêcher une partie d'exécuter son engagement, mais les parties pourront juger qu'il ne serait pas souhaitable qu'une partie soit exonérée des conséquences d'un défaut d'exécution lorsque ce défaut résulte de la conduite de ses propres employés. En outre, il peut être difficile de déterminer si, oui ou non, une grève des employés et d'autres conflits du travail peuvent être évités par une partie et quelles mesures on peut raisonnablement attendre de cette partie afin d'éviter la grève ou le conflit ou d'y mettre fin (par exemple, en satisfaisant aux exigences des grévistes).*

32. [33] *Pénurie des matières premières nécessaires pour la production.* Les parties pourront se demander si une telle pénurie doit être considérée ou non comme un empêchement exonératoire. Elles pourront par exemple stipuler qu'une partie est tenue d'acquérir des matériaux à temps et donc ne pas l'autoriser à se prévaloir de cette pénurie comme d'un empêchement exonératoire. Il peut arriver que cette partie ne dispose pas à temps des matériaux nécessaires du fait d'un retard de livraison de son fournisseur. En pareil cas, cependant, il serait souhaitable que ladite partie s'assure que le contrat conclu avec son fournisseur lui permet de demander à celui-ci de verser des dommages-intérêts.

e) *Exclusion de certains faits*

33. [34] Quelle que soit la méthode suivie pour définir les empêchements exonératoires, les parties pourront souhaiter préciser encore le champ de la clause d'exonération en excluant expressément certains faits. Elles pourront par exemple envisager d'exclure des empêchements exonératoires les faits se produisant après la rupture de l'engagement d'échanges compensés par une partie, faits qui, si l'engagement n'avait pas été rompu, n'auraient pas empêché cette partie de s'acquitter de ses obligations découlant de l'engagement.

34. [35] Les parties pourront se demander si certains actes d'un Etat ou d'une administration doivent être considérés comme des empêchements exonératoires. Une partie peut devoir obtenir une licence ou toute autre autorisation administrative pour pouvoir conclure un contrat de fourniture. L'accord d'échanges compensés peut disposer que, si la licence ou l'autorisation sont refusées par l'administration, ou si elles sont accordées puis retirées, la partie qui devait obtenir la licence ou l'autorisation ne pourra invoquer le refus ou le retrait comme un empêchement exonératoire. Les parties pourront considérer qu'il est juste que les conséquences de l'absence d'une telle licence ou autorisation soient à la charge de la partie qui devait l'obtenir puisque, lorsqu'elle a contracté des obligations en concluant l'accord d'échanges compensés, elle savait qu'il lui faudrait obtenir cette licence ou cette autorisation et que celle-ci pourrait lui être refusée. En outre, il peut être difficile à l'autre partie de déterminer si les mesures prises pour obtenir la licence ou l'autorisation étaient raisonnables (voir plus haut, *paragraphe 22*). *Les parties voudront peut-être préciser les circonstances dans lesquelles la partie qui est tenue d'obtenir la licence pourra être exonérée si elle prouve que la licence a été refusée ou retirée pour une raison qui ne lui est pas imputable (par exemple, lorsque, après la conclusion de l'accord d'échanges compensés, les pouvoirs publics ont imposé une obligation de licence ou ont changé leur politique touchant l'octroi ou le retrait de licences).*

3. *Notification des empêchements*

35. [36] Il est bon que l'accord d'échanges compensés *précise qu'*une partie invoquant un empêchement exonératoire *doit* en aviser par écrit l'autre partie sans retard excessif après qu'elle en *a pris* connaissance. Grâce à la notification, l'autre partie serait davantage à même de prendre des mesures pour atténuer tout préjudice éventuel. *Une telle obligation de notification et d'atténuation du préjudice est énoncée dans les principes généraux de droit contractuel de nombreuses législations nationales.* Les parties pourraient stipuler que la notification doit décrire en détail l'empêchement en démontrant que la partie est empêchée ou risque d'être empêchée d'exécuter l'engagement d'échanges compensés et, si possible, la durée prévue de l'empêchement. La partie invoquant un empêchement exonératoire peut devoir continuer d'informer l'autre partie de toutes les circonstances qui peuvent être pertinentes pour évaluer de manière continue l'empêchement et ses conséquences et aviser l'autre partie de la fin de l'empêchement. On peut stipuler qu'une partie n'avisant pas l'autre partie de l'empêchement exonératoire en temps voulu perd son droit de s'en prévaloir. Une autre solution consisterait à stipuler qu'une partie qui n'adresse pas à temps à l'autre la notification requise demeure en droit d'invoquer la clause, mais est tenue d'indemniser l'autre partie en raison du préjudice résultant de ce défaut de notification. L'accord d'échanges compensés pourrait aussi disposer que l'empêchement doit être vérifié, par exemple, par un organisme public, un notaire, un consulat ou une chambre de commerce dans le pays où il se produit.

36. [37] En outre, les parties pourront stipuler qu'en cas de notification d'un empêchement exonératoire, elles doivent se réunir et examiner *ensemble* les mesures à prendre pour prévenir ou limiter les effets de l'empêchement et prévenir ou atténuer tout préjudice qui pourrait en résulter. Il peut s'agir, par exemple, de la renégociation de l'accord d'échanges compensés (voir plus haut, *paragraphe 17*).

D. Effet du défaut de conclusion ou d'exécution d'un contrat de fourniture sur l'opération d'échanges compensés

37. [38] Une caractéristique *fondamentale* des opérations d'échanges compensés est, *ainsi qu'on l'a noté au paragraphe 1 du chapitre II,* l'existence d'un lien entre la fourniture de marchandises dans les deux directions, en ce sens que la conclusion du contrat de fourniture de marchandises dans une direction dépend de la conclusion du contrat de fourniture dans l'autre *direction.* Compte tenu de ce lien, la question peut se poser de savoir si un défaut

de conclusion ou d'exécution d'un contrat de fourniture dans une direction devrait avoir un effet sur l'obligation de conclure ou d'exécuter un contrat de fourniture dans l'autre direction. Si, par exemple, le contrat d'exportation correspondant à une opération de contre-achat est résilié, la question peut se poser de savoir si l'exportateur a le droit d'être libéré des obligations d'acheter des marchandises qui lui incombaient en vertu de l'engagement d'échanges compensés. De manière similaire, si, dans une opération de contre-achat, l'exportateur ne prend pas les mesures nécessaires pour exécuter l'engagement d'échanges compensés, la question peut se poser de savoir si le contre-exportateur a le droit de suspendre le paiement correspondant au contrat d'exportation ou de résilier ce contrat.

38. [*Nouveau paragraphe*] Ces questions d'interdépendance peuvent aussi se poser dans les opérations d'échanges compensés multipartites. Par exemple, dans une opération tripartite mettant en jeu l'exportateur, l'importateur qui est aussi le contre-exportateur, et un acheteur tiers, la question peut se poser de savoir si le défaut d'achat des marchandises par le tiers donne à l'importateur le droit de suspendre le paiement de marchandises achetées à l'exportateur. Autre exemple, dans une opération d'échanges compensés quadripartite, la question peut se poser de savoir si le défaut de conclusion ou d'exécution d'un contrat de fourniture entre deux des parties donne à une partie au contrat dans l'autre direction le droit de suspendre l'exécution du contrat ou de résilier le contrat. (Les échanges compensés multipartites sont présentés au chapitre VIII, section D; les mécanismes de paiements liés dans le cadre des opérations d'échanges compensés multipartites sont examinés au chapitre IX, section F.) L'analyse faite dans la présente section s'applique à la fois aux opérations d'échanges compensés entre deux parties et aux opérations mettant en jeu plus de deux parties.

39. [*Nouveau paragraphe*] S'il est souhaitable, ainsi qu'indiqué ci-dessous, d'inclure dans l'accord d'échanges compensés des dispositions touchant l'interdépendance des obligations, il est bon aussi, lorsqu'un problème se pose dans l'achèvement de l'opération, que les parties s'efforcent de trouver une solution négociée. Il vaut souvent mieux négocier une modification de l'opération d'échanges compensés que suspendre ou résilier l'engagement d'échanges compensés ou un contrat de fourniture.

40. [39] *De nombreuses législations nationales* contiennent des règles *générales qui* donnent une réponse quant à l'interdépendance des obligations énoncées dans un contrat. Le principe *général est* que la non-exécution par une partie des obligations contractuelles que lui impose un contrat autorise l'autre partie à ne pas s'acquitter de ses propres obligations au titre du même contrat et que, dans certaines circonstances, cette dernière est autorisée à résilier ledit contrat. Une partie ne peut généralement pas refuser d'exécuter ses propres obligations contractuelles ou résilier le contrat lorsque le défaut d'exécution de l'autre partie n'est pas suffisamment grave. Les *législations nationales* ne tranchent normalement pas de manière spécifique la question de l'interdépendance des obligations découlant de divers types d'opérations d'échanges compensés et ne précisent pas non plus dans quelle mesure les principes généraux de droit contractuel mentionnés plus haut peuvent être appliqués à une opération d'échanges compensés.

41. [40] On estime souvent que la structure contractuelle particulière d'une opération d'échanges compensés est un élément important à considérer pour déterminer l'interdépendance des obligations en la matière. Dans les cas où les conditions *contractuelles touchant l'engagement d'échanges compensés ou les contrats de fourniture dans les deux directions* sont rassemblées dans un contrat unique, on considère généralement que les obligations mutuelles seront sans doute jugées interdépendantes (*voir le* chapitre III, "Approche contractuelle", *paragraphes 10, 17 et 18*). Cependant, dans les cas où des contrats séparés sont *employés, on a* exprimé l'avis que, *selon de nombreuses législations nationales*, les deux ensembles d'obligations seraient vraisemblablement jugés indépendants, sauf si des dispositions contractuelles spécifiques énonçaient l'interdépendance (la formule des contrats séparés est examinée au *chapitre III, paragraphes 11 à 23)**. Selon un autre avis, les obligations découlant d'une opération d'échanges compensés pouvaient être jugées interdépendantes même si elles étaient énoncées dans des contrats séparés, parce qu'elles étaient commercialement liées entre elles et correspondaient donc à une opération unique.

42. [41] Les décisions judiciaires et arbitrales étant rares sur la question de l'interdépendance des obligations dans les opérations d'échanges compensés, on ne peut faire de généralisations. Le degré d'interdépendance dépendra des circonstances et des dispositions contractuelles propres à chaque cas. Afin d'éviter des désaccords quant à la question de savoir si une partie est autorisée à suspendre l'exécution de son obligation de fournir des marchandises dans une direction parce que l'autre ne s'est pas acquitté de son obligation de fournir des marchandises dans l'autre direction, les parties souhaiteront peut-être inclure dans l'accord d'échanges compensés des dispositions spécifiques indiquant dans quelle mesure les obligations sont interdépendantes. Ces dispositions pourront porter en particulier sur les problèmes ci-après, qui peuvent se poser dans le cadre de l'exécution de l'opération d'échanges compensés : *1)* défaut de conclusion d'un contrat de fourniture comme prévu dans l'accord d'échanges compensés, *2)* résiliation d'un contrat de fourniture, *3)* défaut d'exécution d'une obligation de paiement liée à un contrat de fourniture, et *4)* défaut de livraison de marchandises faisant l'objet d'un contrat de fourniture.

1. Défaut de conclusion d'un contrat de fourniture

43. [42] Dans les cas où elles concluent d'abord le contrat de fourniture dans une direction (contrat d'exportation) en prévoyant de conclure plus tard le contrat de fourniture dans l'autre direction (contrat de contre-exportation) (voir le chapitre III, "Approche contractuelle", paragraphes *13 à 19*), les parties pourront examiner la question de savoir si le fait que l'exportateur (contre-importateur) ne prend pas une mesure nécessaire pour exécuter l'engagement d'échanges compensés devrait autoriser l'importateur à suspendre le paiement des marchandises importées ou même à résilier le contrat d'exportation. Une telle

interdépendance peut être accueillie favorablement par un importateur dont la capacité de s'acquitter de ses obligations de paiement liées au contrat d'exportation dépend du produit qu'il tirera du contrat de contre-exportation à conclure.

44. [43] Lors de l'examen de la question de savoir s'il faut énoncer cette interdépendance entre l'engagement d'échanges compensés et le contrat d'exportation, les parties pourront souhaiter tenir compte du montant que pourrait atteindre le préjudice subi par le contre-exportateur du fait du défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés et du montant que pourrait atteindre le préjudice subi par l'exportateur du fait de la suspension du paiement lié au contrat d'exportation ou de la résiliation du contrat d'exportation. Il ne serait pas souhaitable qu'un problème rencontré dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés perturbe l'exécution du contrat d'exportation. Les parties pourront faire une telle évaluation lorsque le prix à payer en vertu du contrat d'exportation ou la perte découlant de la résiliation du contrat d'exportation sont considérablement plus élevés que la perte imputable au fait que le contre-importateur n'exécute pas l'engagement d'échanges compensés. En outre, l'interdépendance peut être inopportune car il se peut que les parties ne soient pas d'accord quant à l'attribution des responsabilités en cas de défaut de conclusion d'un contrat de fourniture. La possibilité de suspendre le paiement lié au contrat d'exportation tant que ce désaccord ne serait pas résolu pourrait introduire un degré d'incertitude inacceptable dans l'opération. Par ailleurs, parce qu'il y aurait un risque que le paiement des montants dus en vertu du contrat d'exportation ne soit pas effectué en raison d'un problème rencontré dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, l'exportateur risquerait d'avoir des difficultés à trouver une institution financière disposée à financer l'exportation ou à assurer un risque de défaut de paiement. En effet, les difficultés que pourra rencontrer l'exportateur pourront être dues à des circonstances étrangères au contrat d'exportation, que l'institution financière pourra difficilement évaluer. Pour les raisons examinées aux paragraphes *40 à 42* ci-dessus, les parties pourront souhaiter indiquer dans l'accord d'échanges compensés que le contrat d'exportation est indépendant de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés.

45. [44] Cependant, afin de protéger les intérêts du contre-exportateur, il peut être opportun d'inclure dans l'accord d'échanges compensés une disposition concernant le dédommagement du préjudice que risque d'entraîner un défaut de conclusion du contrat de contre-exportation. L'obligation de dédommagement peut-être énoncée dans une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale figurant dans l'accord d'échanges compensés (voir plus haut, *paragraphes 11 et 12*, ainsi que le chapitre XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales" et le chapitre XII, "Garantie de bonne exécution"). En outre, l'accord d'échanges compensés peut donner au contre-exportateur le droit de déduire des paiements dus au titre du contrat d'exportation le montant des dommages-intérêts spécifiés ou d'une pénalité dus pour défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir le chapitre IX, "Paiement", *paragraphes 12 et 62*, et le chapitre XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", *paragraphe 22*).

46. [45] Dans le cas où un accord d'échanges compensés est conclu avant les contrats de fourniture dans l'une et l'autre direction (voir le chapitre III, "Approche contractuelle", *paragraphes 20 et 21*), les parties peuvent ne pas juger utile d'autoriser une partie à suspendre l'exécution d'un contrat de fourniture conclu dans une direction ou à résilier ledit contrat lorsque l'autre partie ne fait pas le nécessaire pour conclure un contrat de fourniture dans l'autre direction. L'accord d'échanges compensés, dans ces cas, prévoit souvent la conclusion d'une série de contrats de fourniture dans l'une et l'autre directions. En faisant dépendre l'exécution de contrats déjà conclus dans une direction de la conclusion de contrats dans l'autre direction, on perturberait le bon déroulement de l'opération au lieu de le faciliter. Par conséquent, pour les raisons examinées plus haut aux paragraphes *40 à 42*, les parties pourront souhaiter indiquer expressément dans l'accord d'échanges compensés que les obligations découlant des contrats de fourniture dans une direction sont indépendantes de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés dans l'autre direction.

47. [46] Dans certains cas, l'accord d'échanges compensés peut disposer que, lorsqu'une partie ne conclut pas de contrats de fournitures dans une direction, l'autre est en droit de suspendre la conclusion des contrats, ou de suspendre l'expédition des marchandises, dans l'autre direction. Une telle formule peut être utilisée en particulier lorsqu'il est convenu que, pendant la durée de l'opération d'échanges compensés la valeur des marchandises fournies dans une direction ne devrait pas dépasser de plus d'un certain pourcentage convenu la valeur des marchandises fournies dans l'autre direction. Cette approche peut être retenue lorsque les parties stipulent que leurs créances réciproques au titre des contrats de fourniture dans les deux directions doivent être compensées et que la différence de valeur des marchandises expédiées dans chaque direction ne devrait pas dépasser une limite convenue (voir le chapitre IX, "Paiement", *paragraphes 38 à 57*, en particulier le *paragraphe 53*). Afin de contrôler le niveau des échanges entre elles et de préciser les situations dans lesquelles une partie est autorisée à suspendre la conclusion de contrats ou les fournitures de marchandises, les parties peuvent décider que leurs fournitures mutuelles de marchandises doivent être consignées dans un "compte de relevés des opérations" (voir le chapitre *IV*, "*Engagement* d'échanges compensés", *paragraphes 68 à 74*).

48. [47] Même lorsque l'on dispose dans l'accord d'échanges compensés que l'engagement dans une direction ne devrait pas affecter les obligations découlant des contrats de fourniture existants dans l'autre direction, l'on peut énoncer des sanctions pour défaut d'exécution de l'engagement. Par exemple, lorsque les créances réciproques liées à la fourniture de marchandises dans les deux directions doivent être compensées, on peut disposer qu'une partie qui reçoit plus de marchandises qu'elle n'en expédie doit régler le solde, soit en effectuant des paiements en espèces soit en expédiant des marchandises supplémentaires (voir le chapitre *IX*, "Paiement", *paragraphes 53 à 56*). Lorsque les marchandises fournies dans les deux directions doivent être payées indépendamment, l'accord d'échanges compensés peut contenir une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale ou pré-

voir l'émission par une banque d'une garantie ou d'une lettre de crédit stand-by couvrant la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir le chapitre XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", et le chapitre XII, "Garantie de bonne exécution").

2. *Résiliation du contrat de fourniture*

49. [48] Un contrat de fourniture peut être résilié si, par exemple, l'une des parties ne le respecte pas ou s'il y a empêchement exonératoire. Pour les raisons examinées aux paragraphes *40 à 42* ci-dessus, les parties pourront souhaiter préciser dans l'accord d'échanges compensés si la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction doit affecter les obligations incombant aux parties de conclure ou d'exécuter un contrat de fourniture dans l'autre direction. On peut envisager diverses solutions :

i) Ne pas permettre que la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction affecte l'*engagement de conclure* un contrat de fourniture dans l'autre direction ou toutes obligations découlant d'un contrat de fourniture déjà conclu dans l'autre direction;

ii) Disposer que la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction doit libérer les parties de l'engagement d'échanges compensés prévoyant la conclusion d'un contrat de fourniture dans l'autre direction mais qu'un contrat de fourniture qui aurait déjà été conclu dans l'autre direction ne doit pas être affecté;

iii) Disposer que la résiliation du contrat de fourniture dans une direction doit avoir pour résultat de libérer les parties de l'obligation énoncée dans l'engagement d'échanges compensés de conclure un contrat de fourniture dans l'autre direction et entraîner en même temps la résiliation de tout contrat de fourniture déjà conclu dans l'autre direction, à moins que des mesures spécifiées n'aient déjà été prises pour exécuter celui-ci (si, par exemple, les marchandises ont été préparées pour l'expédition ou ont été expédiées).

50. [49] La solution i peut convenir dans les cas où l'accord d'échanges compensés prévoit la conclusion d'une série de contrats de fourniture dans les deux directions. Pour les opérations de contre-achat et d'achat en retour, il peut aussi être opportun de disposer que la résiliation d'un contrat de contre-exportation donné ne devrait pas affecter le contrat d'exportation. En pareil cas, il peut être possible aux parties de conclure un contrat de fourniture destiné à remplacer un contrat de fourniture résilié (voir plus loin, paragraphe *55*). Du fait de cette possibilité, ainsi que de la possibilité d'exercer les recours disponibles au titre du contrat de fourniture résilié, les parties pourront ne pas souhaiter que la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction affecte la conclusion ou l'exécution de contrats dans l'autre direction. *En outre, si la résiliation du contrat de contre-exportation peut affecter le contrat d'exportation, il pourra alors être impossible à l'exportateur d'obtenir une assurance couvrant le risque de non-paiement au titre du contrat d'exportation. Faute de pouvoir faire assurer ce risque, il lui sera sans doute difficile, voire impossible, d'obtenir un financement pour le contrat d'exportation (voir le chapitre III, section C).*

51. [50] Compte tenu des effets que pourrait avoir la résiliation d'un contrat d'exportation dans le cadre d'une opération de contre-achat, d'achat en retour ou de compensation industrielle indirecte, la solution i peut avoir la préférence de l'importateur (contre-exportateur). L'importateur a souvent pour principal objectif, lorsqu'il s'engage dans des opérations d'échanges compensés, de trouver un débouché pour ses marchandises et le besoin qu'il a de trouver un tel débouché ne sera généralement pas réduit par la résiliation du contrat d'exportation. La solution i peut aussi avoir la préférence d'un acheteur tiers engagé par l'exportateur pour s'acquitter de son engagement d'échanges compensés; le tiers peut souhaiter que l'engagement d'échanges compensés reste valide, afin de pouvoir obtenir les honoraires convenus avec l'exportateur ou pour récupérer les sommes dépensées en prévision de l'achat et de la revente des marchandises faisant l'objet d'échanges compensés (voir le chapitre VIII, "Participation de tiers", *paragraphe 35*). L'exportateur (contre-importateur), en revanche, préférera vraisemblement la solution ii, en particulier s'il n'attend pas un profit de l'achat et de la revente des marchandises faisant l'objet d'échanges compensés. Dans ces types d'opérations, l'exportateur prend généralement un engagement d'échanges compensés pour pouvoir exporter ses propres marchandises; il ne souhaitera donc pas rester lié par l'engagement d'échanges compensés si le contrat d'exportation est résilié, mais il ne souhaitera pas non plus résilier les contrats de contre-exportation existants. Dans les opérations de compensation industrielle indirecte, une raison supplémentaire d'adopter la solution ii est que l'exportateur (contre-importateur) conclut des contrats de contre-importation avec des tiers fournisseurs et qu'il serait inopportun de résilier ces contrats en raison de circonstances qui n'ont rien à voir avec ces tiers.

52. [51] La question peut se poser de savoir si, quand la partie qui s'était initialement engagée à acheter est libérée de l'engagement d'échanges compensés, conformément à la solution ii, un tiers acheteur engagé par l'exportateur (contre-importateur) pourrait continuer à prétendre au versement d'honoraires par l'exportateur (contre-importateur) pour les achats qu'il aurait fait auprès du contre-exportateur après que la partie qui s'est initialement engagée à acheter a été libérée de l'engagement d'échanges compensés. Comme on l'a indiqué au chapitre VIII, "Participation de tiers" (*paragraphe 35*), il est conseillé aux parties de répondre expressément à cette question dans l'accord d'échanges compensés.

53. [52] La solution iii pourrait être adoptée lorsque les parties considèrent que l'opération d'échanges compensés ne peut se poursuivre si un contrat de fourniture dans une direction est résilié. Ce pourrait notamment être le cas lorsque les parties conviennent de lier leurs obligations de paiement de sorte que le produit d'un contrat de fourniture dans une direction soit utilisé pour effectuer le paiement correspondant au contrat de fourniture dans l'autre direction (chapitre IX, "Paiement"), ou lorsque, comme dans une opération de compensation industrielle directe, les marchandises fournies par une partie doivent être intégrées

dans les marchandises qui doivent être fournies dans l'autre direction. La solution iii serait aussi indiquée pour les opérations d'achat en retour dans le cadre desquelles la possibilité d'exécuter l'engagement d'échanges compensés est fonction de l'éxécution du contrat d'exportation.

54. [53] Si elles adoptent les solutions ii ou iii, les parties pourront souhaiter préciser dans l'accord d'échanges compensés qu'une partie ne sera libérée de ses obligations découlant de l'engagement d'échanges compensés ou d'un contrat de contre-exportation existant, du fait de la résiliation du contrat d'exportation, que si elle n'est pas elle-même responsable de cette résiliation. L'accord d'échanges compensés peut en outre disposer que, lorsqu'une des parties est responsable de la résiliation du contrat d'exportation (par exemple, parce qu'elle a livré des marchandises défectueuses ou n'a pas réussi à obtenir l'autorisation administrative nécessaire pour le contrat, ou l'émission d'une lettre de crédit), l'autre partie aura le choix entre deux options : maintenir la validité de l'engagement d'échanges compensés ou du contrat de contre-exportation, ou être libérée des obligations qui en découlent.

55. [54] Les paragraphes *49 à 54* ci-dessus traitent de la question de savoir si la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction doit affecter l'obligation incombant aux parties de conclure ou exécuter un contrat de fourniture dans l'autre direction. Les parties peuvent aussi se demander si la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction donnée devrait les obliger à conclure un contrat de fourniture de remplacement dans cette même direction. Une telle obligation peut être jugée appropriée en particulier lorsque l'accord d'échanges compensés prévoit la conclusion de contrats de fourniture multiples ou énumère différents types de marchandises pouvant faire l'objet d'échanges compensés.

3. Défaut de paiement

56. [55] Dans de nombreuses opérations d'échanges compensés, il est convenu que le paiement au titre du contrat de fourniture dans une direction doit être effectué indépendamment du paiement correspondant au contrat de fourniture dans l'autre direction. Par suite, si, dans une opération de contre-achat ou d'achat en retour, l'importateur tardait à payer l'exportateur (contre-importateur), ce dernier ne serait pas autorisé à suspendre le paiement au titre du contrat de contre-importation ou à compenser sa créance correspondant au contrat d'exportation avec son obligation de paiement au titre du contrat de contre-importation. De manière similaire, si le contre-importateur tardait à payer le contre-exportateur (importateur), ce dernier ne serait pas autorisé à refuser d'effectuer le paiement correspondant au contrat d'exportation ou à compenser les créances dans les deux directions. Lorsqu'il y a accord sur l'indépendance des obligations de paiement, il est conseillé de l'indiquer dans l'accord d'échanges compensés.

57. [56] Il peut cependant être décidé qu'un fournisseur qui n'a pas été payé pour les marchandises livrées dans une direction est autorisé à refuser de payer les marchandises livrées dans l'autre direction à concurrence du montant non réglé de la créance, ou de compenser les créances réciproques.

58. [57] L'avantage que présente l'indépendance des obligations de paiement est qu'elle n'accroît pas le risque de défaut de paiement au titre d'un contrat de fourniture dans une direction, contrairement à ce qui se passerait si on liait l'obligation de paiement au titre dudit contrat à la bonne exécution d'un contrat de fourniture dans l'autre direction. Il peut être ainsi plus facile d'obtenir le financement d'un contrat de fourniture parce que l'établissement de financement n'aura pas, pour évaluer le risque de défaut de paiement, à tenir compte de circonstances étrangères audit contrat (voir aussi plus haut, paragraphe *44*).

59. [58] Le fait de rendre les obligations de paiement interdépendantes présente, de son côté, un avantage : la partie qui ne reçoit pas de paiement pour les marchandises qu'elle a fournies bénéficie d'une garantie supplémentaire. Si cette partie refuse de payer ou compense les créances au titre des contrats de fourniture dans les deux directions, le résultat sera similaire à celui que l'on obtiendra avec les mécanismes de paiements liés dont on a traité au chapitre IX, "Paiement" (c'est-à-dire rétention de fonds, blocage de fonds ou compensation des créances réciproques). La différence est que, dans le cas examiné dans la présente section, le refus de paiement ou la compensation des créances est un droit découlant du non-paiement, tandis que, dans le cadre des mécanismes de paiements liés examinés au chapitre IX, le lien entre les obligations de paiement est un élément de la méthode de paiement prévue.

60. [59] Lorsque l'on convient qu'une partie est autorisée à ne pas payer ou à compenser les deux créances réciproques, on décide parfois aussi que la partie qui a la première livré des marchandises (exportateur) est autorisée à prendre possession des marchandises qui doivent être livrées par l'autre partie (importateur), ce qui lui permet d'obtenir la valeur correspondante et d'établir une obligation de paiement qui pourra être compensée avec la créance non réglée. Une telle stipulation est possible lorsque l'accord d'échanges compensés précise les marchandises qui doivent être contre-exportées. Pour appliquer une telle formule, il est conseillé de déterminer clairement les marchandises et l'endroit où elles se trouvent et d'envisager des mesures additionnelles en octroyant par exemple à l'exportateur une sûreté réelle sur ces marchandises et en lui donnant un droit exprès de revendiquer leur possession. Les parties peuvent aussi convenir que le contre-exportateur doit déposer les marchandises auprès d'un tiers et stipuler que ces marchandises seront remises au contre-importateur dans des conditions spécifiées.

4. Défaut de livraison des marchandises

61. [60] Les parties pourront souhaiter préciser dans l'accord d'échanges compensés les conséquences qu'auront sur l'opération d'échanges compensés un défaut de livraison, une livraison tardive ou une livraison de marchandises non conformes dans le cadre d'un contrat de fourniture dans une direction. Pour les cas où des problèmes de livraison entraînent la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction, les parties pourront souhaiter préciser dans l'accord d'échanges compensés (voir plus haut, paragraphes *49 à 55*), si la résiliation doit affecter l'obligation qu'ont les parties de conclure ou d'exécuter des contrats de fourniture dans l'autre direction. Pour les cas où des

problèmes de livraison dans le cadre d'un contrat de fourniture dans une direction n'entraînent pas la résiliation dudit contrat, les parties pourront souhaiter, pour les raisons présentées plus haut aux paragraphes *40 à 42*, stipuler expressément dans l'accord d'échanges compensés que leurs obligations en ce qui concerne la conclusion ou l'exécution de contrats de fourniture dans l'autre direction ne doivent pas être affectées. Une telle indépendance des obligations concernant les expéditions peut être inopportune dans des opérations d'achat en retour pour lesquelles la contre-exportation de marchandises est tributaire de la bonne exécution du contrat d'exportation.

[A/CN.9/362/Add.14]

XIV. CHOIX DE LA LOI APPLICABLE

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
A.	Remarques générales	1-7
B.	Choix de la loi applicable	8-24
C.	Choix de la même loi nationale ou de lois nationales différentes pour régir l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture	25-29
D.	Règles juridiques impératives de caractère public	30-33

[*Note des rédacteurs.* Le présent projet de chapitre est une révision du projet de chapitre XIV, "Choix de la loi applicable", publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5. La note entre crochets placée au début de chaque paragraphe, soit indique le numéro sous lequel ce paragraphe figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5, soit signale que ce paragraphe est nouveau. Les modifications apportées aux paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5 sont en italique.]

A. Remarques générales

1. [3] Le présent chapitre porte sur le choix que font les parties à une opération d'échanges compensés quant à la loi applicable à l'accord d'échanges *compensés, aux* contrats de fourniture dans les deux directions, *et au contrat par lequel une partie tenue de s'acquitter d'un engagement d'échanges compensés fait appel à un tiers pour s'acquitter dudit engagement. Le chapitre traite également de la question de savoir si l'accord d'échanges compensés et les contrats constituant l'opération devraient être soumis à une loi nationale unique ou à des lois nationales différentes (section C).* On n'y examine pas la loi applicable aux arrangements connexes faisant intervenir une personne qui n'est pas partie à l'opération d'échanges compensés. Ces autres arrangements peuvent être une garantie assurant l'exécution d'un engagement d'échanges compensés, un accord conclu entre les parties aux échanges compensés et leurs banques au sujet de mécanismes de paiement liés ou un accord conclu entre des banques participant à la mise en œuvre des mécanismes de paiement prévus. Certains aspects de la question de la loi applicable à ces arrangements sont examinés au chapitre XII, "Garantie de bonne exécution", paragraphes *[3], [5] et [13]*, et au chapitre IX, "Paiement", paragraphes *[4], [7], [16], [18], [19], [24] et [37].*

2. [1] En vertu des règles de droit international privé de *nombreuses lois nationales*, les parties ont la possibilité de choisir la loi applicable par convention, bien que *certaines de ces lois* limitent cette faculté de choix (les *règles* de droit international privé sont dénommées, *dans certains systèmes juridiques*, règles de "conflit de lois" ou règles sur le "choix de la loi"). Si elle n'est pas choisie par les parties, la loi applicable est déterminée par application des règles de droit international privé.

3. [2] Il convient de noter qu'en choisissant la loi applicable, les parties ne déterminent pas la juridiction compétente pour trancher un litige éventuel. Les questions relatives à la juridiction compétente sont examinées au chapitre XV intitulé "Règlement des litiges".

4. [4] Quelle que soit la loi applicable à l'accord d'échanges compensés ou aux contrats de fourniture, des règles juridiques impératives à caractère administratif ou public en vigueur dans les pays des parties et dans le pays où elles doivent s'acquitter de leurs obligations peuvent influer sur tel ou tel aspect de l'opération d'échanges compensés. Ces règles juridiques impératives peuvent, dans l'intérêt public, régir certaines questions comme, par exemple, les transferts de fonds internationaux, les types de marchandises qui peuvent faire l'objet d'opérations d'échanges compensés et les pratiques commerciales restrictives (voir *section D ci-après*).

5. [5] De surcroît, la mesure dans laquelle les parties ont la faculté de décider que telle ou telle question sera

régie par la loi choisie peut être limitée. Par exemple, indépendamment du choix fait par les parties, la loi de l'Etat où se trouvent les marchandises peut régir le transfert de propriété desdites marchandises et la loi de l'Etat où se trouve la banque qui détient les fonds peut régir la disposition desdits fonds. La question de savoir quel est *l'Etat* dont les règles de procédure régiront la procédure arbitrale ou judiciaire de règlement des litiges liés à l'opération d'échanges compensés est examinée au chapitre XV, "Règlement des litiges".

6. [6] *Un contrat de vente faisant partie d'une opération d'échanges compensés peut être soumis à* la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). *En application de son article premier,* cette convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents : *a)* lorsque ces Etats sont des Etats contractants ou *b)* lorsque les règles de droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant. *Il convient de noter que, même si la loi d'un Etat qui est partie à la Convention est la loi applicable, les opinions divergent quant à la question de savoir si la Convention s'appliquerait à un accord d'échanges compensés énonçant un engagement de conclure ultérieurement un contrat de fournitures. Toutefois, il ne semble pas y avoir d'incertitude, dans la législation de certains Etats, quant à l'applicabilité de la Convention à un accord d'échanges compensés contenant tous les éléments essentiels du contrat de fourniture à conclure. Cela, parce que, dans ces Etats (comme il est noté au chapitre IV, par. 40), une partie refusant de s'acquitter d'un tel engagement peut être réputée avoir consenti au contrat de vente effectif.*

7. [7] Pour l'examen de la question de la rédaction du contrat en fonction de la loi applicable, on se reportera au *chapitre V,* "Remarques générales sur la rédaction", paragraphe 6.

B. Choix de la loi applicable

8. [8] Il est souhaitable que les parties choisissent expressément la loi qui régira l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture. Un tel choix est utile parce qu'il permet aux parties de déterminer, en fonction des règles énoncées dans la loi applicable, les mesures qu'elles prendront en exécution de leurs obligations contractuelles ou en vertu de leurs droits contractuels. Quand elles ne choisissent pas la loi applicable, il se peut qu'elles aboutissent, par application des règles du droit international privé, à un résultat qui ne les satisfait pas. Dans une opération de contre-achat ou de compensation industrielle par exemple, il est probable, que, faute de choix des parties, les contrats de vente seront, en vertu des règles du droit international privé, régis par loi de l'Etat du vendeur. Si, pour une telle opération, l'accord d'échanges compensés n'est pas, en vertu des règles du droit international privé, régi par la même loi que le contrat de vente à conclure en application dudit accord, les conditions contractuelles communes à l'accord d'échanges compensés et au contrat de fourniture risquent de ne pas être interprétées de la même façon (voir *par. 25* ci-après).

9. [9] Il est aussi conseillé de choisir expressément la loi applicable à l'accord d'échanges compensés et aux contrats de fourniture pour éviter toute incertitude quant à la loi à appliquer. Cette incertitude, faute de choix d'une loi, peut tenir à deux facteurs.

10. [10] Premièrement, la loi applicable est déterminée par l'application des règles de droit international privé *d'une législation nationale.* Lorsqu'un litige né de l'accord d'échanges compensés ou d'un contrat de fourniture est appelé à être réglé dans le cadre d'une procédure judiciaire, les règles de droit international privé appliquées par le tribunal qui tranche le litige détermineront la loi applicable. Tout tribunal appliquera les règles de droit international privé de son propre pays. Si les parties ne se sont pas mises d'accord sur une clause de compétence exclusive (voir chapitre XV, "Règlement des litiges", par. *[41]*), les tribunaux de plusieurs pays pourront être compétents pour trancher le litige (par exemple, les pays dans lesquels les parties en litige ont leur établissement, ou le pays dans lequel l'obligation en question doit être exécutée). Il se peut donc que plusieurs systèmes de droit international privé déterminent la loi applicable à l'accord d'échanges compensés ou au contrat de fourniture. Lorsque des litiges sont appelés à être réglés dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, le tribunal arbitral décidera de la loi applicable, à moins que les parties elles-mêmes ne l'aient déjà choisie. *Dans certains cas, le tribunal arbitral déterminera la loi applicable* en fonction des règles de droit international privé qu'il jugera appropriées; *dans d'autres cas, il déterminera directement la loi applicable qu'il considère appropriée en l'espèce, sans faire expressément référence aux règles de droit international privé. Il peut être difficile de prévoir sur quels critères ou règles le tribunal arbitral se fondera pour déterminer la loi applicable.*

11. [11] Le deuxième facteur d'incertitude quant à la loi applicable est que, même si l'on sait quel système de droit international privé déterminera la loi applicable à l'accord d'échanges compensés et aux contrats de fourniture, les *critères et notions appliqués dans* ce système risquent d'être trop généraux ou trop flous pour permettre aux parties de prévoir avec une certitude raisonnable quelle loi sera déterminée comme étant applicable. La difficulté est aggravée dans le cas d'un accord d'échanges compensés en raison des incertitudes possibles quant à la nature juridique de cet accord et des incertitudes qui en résultent quant à la règle de droit international privé qui devrait déterminer la loi applicable.

12. [12] [*Le paragraphe 13 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5 a été incorporé au présent paragraphe*] La mesure dans laquelle les parties sont autorisées à choisir la loi applicable est fonction des *règles de droit international privé qui sont appliquées.* Dans certains systèmes de droit international privé, l'autonomie des parties est limitée, puisqu'elles ne sont autorisées à choisir *qu'une loi nationale* présentant un lien avec le contrat, comme par exemple *la loi* du pays de l'une des parties, ou *celle* du lieu d'exécution. *Cette limitation est parfois désignée sous le nom de règle du "lien juridique". Dans d'autres systèmes de droit international privé, les parties sont autorisées à choisir, sans ces restrictions, la loi applicable à l'accord d'échanges compensés et aux*

contrats de fourniture. Du fait qu'un tribunal appelé à trancher un litige appliquera les règles de droit international privé en vigueur dans son pays, les parties devraient choisir une loi qui serait confirmée par les règles de droit international privé des pays dont les tribunaux pourraient avoir à connaître de leurs litiges. Si les parties envisagent d'adopter une clause de compétence exclusive, il est important qu'elles déterminent si les tribunaux de la juridiction envisagée confirmeraient leur choix quant à la loi applicable. *Si un litige est réglé par voie d'arbitrage, le tribunal arbitral appliquera normalement la loi choisie par les parties. Afin d'éviter l'application de la règle du "lien juridique", les parties disposent parfois expressément dans la clause désignant la loi applicable que cette règle ne s'appliquera pas. On notera qu'une telle disposition risque d'être sans effet dans la mesure où la règle du lien juridique sera sans doute considérée comme impérative. Cette disposition aura plus de chances d'être confirmée dans le cadre d'une procédure arbitrale.*

13. [14] Il est généralement souhaitable que la loi choisie par les parties pour régir l'accord d'échanges compensés ou les contrats de fourniture soit celle d'un pays déterminé. Il est en effet possible que les règles de droit international privé d'un pays où une action en justice pourrait être engagée ne reconnaissent pas comme valable le choix de principes généraux de droit ou de principes communs à plusieurs *pays* (par exemple ceux des pays des deux parties). Quand bien même un tel choix serait valable, il pourrait être difficile de circonscrire des principes de droit de nature à régler des litiges du type de ceux auxquels un accord d'échanges compensés ou un contrat de fourniture peut donner lieu. Il n'en reste pas moins qu'un tel choix *pourrait* se révéler réalisable dans certaines circonstances.

14. [Nouveau paragraphe] Lorsqu'une convention internationale applicable à l'opération d'échanges compensés est en vigueur dans un Etat, il est généralement admis que le choix de la loi dudit Etat englobera ladite convention. Le choix d'une convention du fait du choix de la loi nationale est expressément reconnu à l'alinéa *b* de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). En effet, cet alinéa dispose que la Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant.

15. [Nouveau paragraphe] Dans certains Etats, il est admis que les parties peuvent convenir que leur opération ne sera pas régie par une loi nationale, mais par une convention internationale ou par d'autres règles de droit telles qu'un texte juridique international n'ayant pas valeur de traité international ou par un ensemble de principes juridiques relatifs au commerce international. Toutefois, d'autres Etats exigent que soit applicable une loi nationale, de sorte que toute convention internationale ou toutes autres règles choisies par les parties ne s'appliqueront que dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions impératives de la loi nationale applicable.

16. [15] Dans de *nombreuses législations nationales*, une clause désignant la loi applicable est interprétée comme ne s'étendant pas à l'application des règles de droit international privé *de la loi nationale choisie*, même si la clause ne prévoit pas expressément une telle interprétation. Si toutefois cette interprétation n'est pas évidente, les parties tiendront peut-être à préciser dans la clause que les règles juridiques de fond *de la loi nationale* qu'elles ont retenue s'appliqueront. Sinon, le choix *de la loi nationale* risque d'être interprété comme s'étendant aux règles de droit international privé de *cette loi*, qui pourraient prévoir que les règles de fond d'une autre *loi nationale* s'appliqueront.

17. [16] Les parties souhaiteront peut-être choisir comme loi applicable celle du pays de l'une des parties contractantes. Elles pourront aussi préférer retenir la loi d'un pays tiers connue des deux parties et traitant d'une manière pertinente des problèmes juridiques que peuvent poser l'accord d'échanges compensés ou le contrat de fourniture. Si l'accord d'échanges compensés ou un contrat de fourniture prévoient la compétence exclusive des tribunaux d'un pays déterminé pour ce qui est de régler des litiges entre elles, les parties tiendront peut-être à faire de la loi de ce pays la loi applicable. Cette décision pourrait diligenter la procédure judiciaire et la rendre moins onéreuse étant donné que, normalement, il sera plus aisé à un tribunal de déterminer et d'appliquer sa propre loi que celle d'un autre pays.

18. [17] S'agissant de pays *composés de plusieurs unités territoriales dans lesquelles des lois différentes sont applicables* (comme dans certains Etats fédéraux), il est conseillé, afin d'éviter toute incertitude, de préciser *laquelle de ces lois* devra s'appliquer.

19. [18] En choisissant la loi applicable, les parties souhaiteront peut-être aussi tenir compte des facteurs suivants : *a)* connaissance qu'ont les parties de cette loi ou possibilité qu'elles ont d'en prendre connaissance; *b)* capacité qu'a cette loi de régler comme il convient les problèmes juridiques qui peuvent découler des relations contractuelles établies entre elles (les parties pourront par exemple souhaiter que la loi choisie donne effet à l'engagement pris dans l'accord d'échanges compensés de conclure ultérieurement des contrats); *c)* mesure dans laquelle cette loi renferme des règles impératives empêchant les parties de régler par convention des questions qui peuvent découler de leurs relations contractuelles.

20. [19] Les modifications apportées à la loi choisie par les parties pour régir l'accord d'échanges compensés et le contrat de fourniture peuvent selon les cas affecter ou ne pas affecter les contrats déjà conclus. Si les parties tiennent à ce que seules les règles en vigueur à la date de la conclusion de l'accord d'échanges compensés ou du contrat de fourniture s'appliquent, il leur est conseillé de l'indiquer expressément. Elles devraient toutefois ne pas oublier que cette restriction ne sera pas opérante si l'application aux contrats existants des modifications apportées à la législation est obligatoire.

21. [20] Différentes conceptions peuvent présider à la rédaction d'une clause désignant la loi applicable. On peut, par exemple, se contenter de stipuler que *l'accord d'échanges compensés ou* le contrat sera régi par la loi choisie. Cette disposition peut suffire s'il est évident que l'instance

choisie pour régler les litiges entre les parties appliquera la loi choisie à l'ensemble des questions que les parties souhaitent lui voir régler. On peut aussi stipuler que la loi choisie régira *l'accord d'échanges compensés ou* le contrat en question et y énumérer à titre indicatif les questions qu'elle est censée régir *(par exemple, formation du contrat ou rupture, résiliation ou invalidité de l'accord d'échanges compensés ou du contrat)*. Cette disposition peut être utile si les parties jugent souhaitable que les questions, en particulier celles qui sont énumérées à titre indicatif, soient régies par la loi choisie.

22. [21] Selon *les règles* de droit international privé de certains pays, la clause désignant la loi applicable peut être considérée comme un accord distinct du reste du contrat conclu entre les parties. Selon ces *règles*, la clause désignant la loi applicable pourra rester valable quand bien même le reste du contrat serait nul, à moins que les motifs de nullité ne s'étendent également à ladite clause. Dès lors que le contrat est nul, mais que la clause désignant la loi applicable reste valide, la formation et la non-validité du contrat, ainsi que les conséquences de sa nullité seront régies par la loi choisie.

23. [22] Selon la plupart des systèmes de droit international privé, la loi choisie peut régir la prescription des droits, alors que dans d'autres systèmes les règles relatives à la prescription sont considérées comme des règles de procédure et ne sauraient être choisies par les parties dans leur contrat. En pareil cas, ce sont les règles du lieu où est engagée la procédure judiciaire qui s'appliquent. Conformément à l'article 3 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974) *modifiée par le Protocole de 1980*, sauf disposition contraire de ladite Convention, celle-ci s'applique sans égard à la loi qui serait applicable en vertu des règles du droit international privé. Ainsi qu'on l'a indiqué au paragraphe 6 ci-dessus, il n'est pas sûr que les accords d'échanges compensés par lesquels les parties s'engagent à conclure ultérieurement un contrat de vente entrent dans le champ d'application de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. De manière similaire, il n'est pas sûr que ces accords d'échanges compensés entrent dans le champ d'application de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises.

24. [23] Les parties peuvent inclure dans l'accord d'échanges compensés une clause désignant la loi applicable non seulement audit accord mais aussi aux contrats de fourniture à conclure en application de l'accord. De cette manière, les parties peuvent régler dans l'accord d'échanges compensés une question qu'il leur faudrait sinon traiter dans chaque contrat de fourniture.

C. Choix de la même loi nationale ou de lois nationales différentes pour régir l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture
[titre modifié]

25. [24] Lors du choix de la loi applicable, les parties peuvent souhaiter examiner la question de savoir si l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture à conclure dans une direction ou dans les deux directions en application de l'accord devraient être soumis à *une loi nationale* unique ou à *diverses lois nationales*. L'application d'*une loi nationale* unique peut être souhaitable lorsque l'accord d'échanges compensés énonce les conditions des futurs contrats de fourniture et que les parties souhaitent faire en sorte que la signification juridique des conditions stipulées dans l'accord ne change pas lorsque ces conditions sont ultérieurement intégrées dans le contrat de fourniture. Cette uniformité peut être souhaitable en particulier pour les conditions relatives aux mécanismes de paiement (voir le chapitre IX, "Paiement", par. *[16]*) et à la qualité des marchandises et pour les conditions de livraison.

26. [25] Si les parties ont structuré leurs obligations de manière telle que celles qui découlent des contrats de fourniture dans les deux directions sont fortement liées entre elles, elles peuvent juger bon que tous leurs droits et obligations mutuels soient régis par un système juridique national unique. C'est notamment le cas des opérations de troc (voir le chapitre III, "Approche contractuelle", par. *3 à 8*) et des opérations de compensation industrielle directe (voir le chapitre II, "Portée et terminologie du Guide juridique", par. *17*). L'application de plus *d'une loi nationale* à ces opérations peut conduire à des discordances entre les obligations des parties.

27. [26] Dans les cas d'opérations de contre-achat, d'achat en retour et de compensation industrielle indirecte, les obligations des parties découlant d'une part du contrat de fourniture dans une direction (contrat d'exportation) et d'autre part de l'accord d'échanges compensés et du contrat de fourniture dans l'autre direction (contrat de contre-exportation) ne sont généralement pas aussi interdépendantes que dans le cadre des opérations de troc ou de compensation industrielle directe. Dans de tels cas, on ne peut conseiller une formule qui serait systématiquement la meilleure pour les parties : soumettre leurs obligations à une seule ou à plusieurs *lois nationales*. Dans certains de ces cas, les parties pourront souhaiter qu'une loi unique régisse toutes leurs obligations, notamment parce qu'il peut être plus simple d'administrer l'opération d'échanges compensés et d'obtenir les conseils juridiques nécessaires en tenant compte *d'une loi nationale* unique plutôt que de plusieurs. Dans certaines situations, cependant, les parties peuvent décider qu'une loi régira le contrat d'exportation et une autre le contrat de contre-exportation. Les parties peuvent choisir des lois différentes lorsque, d'une part, elles ont des raisons particulières de soumettre l'un des contrats à la loi d'un Etat déterminé et que, d'autre part, elles ne souhaitent pas que cette loi régisse l'ensemble de l'opération. Ces "raisons particulières" peuvent être par exemple le fait qu'en vertu de règles impératives de l'Etat d'une partie, certains types de contrats doivent être régis par les lois dudit Etat, le fait que la pratique commerciale veuille que l'un des contrats soit traditionnellement soumis à une *loi nationale déterminée* ou le fait que les contrats soient conclus par différents groupes de parties. Si les parties décident de soumettre la fourniture de marchandises dans les deux directions à des *lois nationales différentes*, elles pourront envisager, comme il est noté au paragraphe *25* plus haut, de soumettre à la même loi l'accord d'échanges compensés et le contrat de fourniture à conclure en vertu de cet accord.

28. [27] Lorsque la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises fait appel à un tiers pour s'acquitter de cet engagement, ces deux parties peuvent souhaiter soumettre le contrat désignant le tiers à la loi qui régit l'accord d'échanges compensés. En faisant un tel choix, elles contribueraient à ce que les termes communs à l'accord d'échanges compensés et au contrat désignant le tiers soient interprétés de la même façon. (La nécessité d'une harmonisation entre le contrat désignant le tiers et l'accord d'échanges compensés est examinée au chapitre VIII, "Participation de tiers" (par. *[22] à [25]*). Certains autres aspects de la loi applicable à la participation de tiers sont mentionnés aux paragraphes *[7], [9], [13] et [16]* du chapitre VIII.)

29. [28] Lorsque l'accord d'échanges compensés est intégré dans un contrat d'exportation (voir le chapitre III, "Approche contractuelle", *par. 17*), et qu'une clause désignant la loi applicable figure dans le contrat d'exportation, cette clause sera aussi valable, sauf disposition contraire, pour l'accord d'échanges compensés.

D. Règles juridiques impératives de caractère public

30. [29] Outre la loi applicable, des règles impératives de caractère administratif ou public en vigueur dans les pays des parties et dans d'autres pays (par exemple, le pays d'un tiers acheteur ou d'un tiers fournisseur ou le pays dans lequel est détenu le produit de la fourniture dans une direction) peuvent influer sur certains aspects de l'opération d'échanges compensés. Ces règles impératives peuvent s'appliquer aux résidents ou aux nationaux de l'Etat qui les édicte ou à certaines activités commerciales réalisées ou ayant des incidences dans le territoire dudit Etat. Il appartient essentiellement aux pouvoirs publics de les mettre en œuvre. Leur objet est d'assurer l'application de la politique économique, sociale, financière et étrangère de l'Etat. Les parties devraient donc en tenir compte en établissant l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture. (La question des réglementations nationales impératives est aussi examinée au chapitre II, "Portée et terminologie du Guide juridique", par. *9 et 10*).

31. [30] Ces règles peuvent avoir un caractère général et être applicables à divers types d'opérations commerciales ou peuvent ne s'appliquer qu'aux échanges compensés. Les règles à caractère général ont souvent trait aux normes de sécurité, à la protection de l'environnement, aux conditions d'hygiène et de travail, à la protection du consommateur, à l'emploi de personnel local, aux pratiques commerciales restrictives (voir le chapitre X, "Restrictions à la revente des marchandises", par. 3), aux droits de douane, aux taxes et aux restrictions concernant les exportations, aux importations, aux transferts de technologie et au paiement en devises.

32. [31] Les règles impératives propres aux échanges compensés peuvent énoncer par exemple que : *a)* certains types d'opérations d'échanges compensés nécessitent l'approbation des pouvoirs publics; *b)* l'importation de certains types de marchandises ne peut être effectuée que dans le cadre de certaines formes d'échanges compensés; *c)* certains types seulement de marchandises peuvent être offerts dans le cadre d'une opération d'échanges compensés (voir le *chapitre VI*, "Type, qualité et quantité des marchandises", par. *3 et 40*); *d)* les marchandises achetées en exécution d'un engagement d'échanges compensés doivent répondre à certaines règles concernant l'origine géographique (voir le *chapitre VI, par. 4* et le *chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 26*); *e)* l'utilisation d'un compte de relevé des opérations n'est autorisée que dans certaines conditions (voir le *chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 69*); *f)* l'achat de certains types de marchandises doit être pris en compte pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés à des taux spécifiés (voir le *chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés, par. 31 à 34*); *g)* une autorisation préalable des pouvoirs publics est requise pour les arrangements de paiements liés limitant les paiements en devises dans le pays (voir le chapitre IX, "Paiement", par. *[5] et [18]*); *h)* des institutions financières déterminées doivent être utilisées pour le paiement (voir le chapitre IX, par. *[24] et [37]*).

33. [32] Les parties peuvent souhaiter traiter dans l'accord d'échanges compensés du cas où l'exécution de l'engagement d'échanges compensés serait empêchée du fait de la promulgation ou de la modification d'une règle impérative après la conclusion de l'accord. De telles clauses sont examinées au chapitre XIII, *"Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", section D.*

[A/CN.9/362/Add.15]

XV. RÈGLEMENT DES LITIGES

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Remarques générales	1-7
B. Négociation	8-11
C. Conciliation	12-15
D. Arbitrage	16-41
1. Champ de l'accord compromissoire et mandat du tribunal arbitral	18-23
2. Types d'arbitrage et règles de procédure appropriées	24-30

	Paragraphes
3. Nombre d'arbitres	31-33
4. Nomination des arbitres	34
5. Lieu de l'arbitrage	35-39
6. Langue de la procédure	40-41
E. Procédure judiciaire	42-45
F. Règlement des litiges multipartites et des litiges portant sur plusieurs contrats	46-53

[*Note des rédacteurs.* Le présent projet de chapitre est une version révisée du projet du chapitre XV, "Règlement des litiges", publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6. La note placée entre crochets au début de chaque paragraphe soit indique le numéro sous lequel le paragraphe figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6, soit signale que ce paragraphe est nouveau. Les modifications apportées aux paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6 sont en italique. Un astérisque indique les passages qui ont été supprimés sans avoir été remplacés par un nouveau texte.]

A. Remarques générales

1. [1] Dans une opération d'échanges compensés, il peut apparaître des litiges à propos de l'accord d'échanges compensés ou des contrats de fourniture conclus comme suite audit accord. Il est bon que les parties conviennent de la manière dont tout litige né de l'accord d'échanges compensés et des contrats de fourniture connexes sera réglé.

2. [2] En général, il est souhaitable que les parties s'efforcent dans une première étape de régler leurs litiges par la négociation (*section B*). Si la négociation échoue, les parties voudront peut-être soumettre leur litige à un conciliateur indépendant, qui fera des recommandations aux parties sur la manière de régler le litige (*section C*). Si cette méthode de règlement échoue également, il y a pour l'essentiel deux méthodes auxquelles il peut être fait appel pour obtenir une décision exécutoire : l'arbitrage et la procédure judiciaire. L'arbitrage est une méthode par laquelle les parties soumettent *pour décision* les litiges qui peuvent apparaître entre elles, ou qui sont déjà apparus, à un tribunal arbitral, composé d'une ou plusieurs personnes impartiales (arbitres) choisies par elles, qui prend une décision ayant force obligatoire (*section D*). Une procédure arbitrale ne peut être ouverte que sur la base d'un accord compromissoire. En général, les parties sont tenues d'accepter la décision du tribunal arbitral (sentence arbitrale) comme définitive et impérative. La sentence arbitrale est en général exécutée de la même manière qu'une décision judiciaire. Faute d'un accord compromissoire, les litiges entre les parties devront être tranchés dans le cadre d'une procédure judiciaire (*section E*).

3. [3] Le présent chapitre ne traite pas des procédures convenues par les parties pour déterminer les conditions des contrats de fourniture à conclure qui n'ont pas été définies dans l'accord d'échanges compensés. Il s'agit notamment des procédures à suivre par les parties pour négocier les conditions des contrats de fourniture, des normes et directives à utiliser pour déterminer ces conditions, de la désignation d'un tiers chargé de déterminer une disposition contractuelle, ou de l'autorisation donnée à une des parties de déterminer une condition contractuelle sur la base de paramètres convenus. Ces méthodes sont traitées au chapitre *IV, "Engagement d'échanges compensés"*, paragraphes *38 à 60*, et, pour ce qui est de dispositions contractuelles particulières, au *chapitre VI*, "Type, qualité et quantité des marchandises", *Paragraphes 25, 26, 34 et 39, et au chapitre VII*, "Etablissement du prix des marchandises", paragraphes 11 *à 47*.

4. [4] L'exécution d'une opération d'échanges compensés suppose en général des discussions régulières entre les parties, afin de régler les nombreux problèmes et malentendus qui peuvent l'être sans recours à une procédure de règlement des litiges. *Si de telles discussions aboutissent à une modification de l'accord d'échanges compensés ou d'un contrat de fourniture, il est bon d'exprimer l'accord conclu par écrit (voir chap. V, "Remarques générales sur la rédaction", par. 3 à 5).*

5. [5] Lorsque les parties incluent toutes leurs obligations contractuelles dans les deux directions dans un contrat unique (voir le chapitre III, "Approche contractuelle", par. 2 *à 10*), une clause de règlement des litiges au libellé général qui serait incorporée dans ce contrat régirait, sauf disposition contraire, tous les litiges nés du contrat. Toutefois, les parties incorporent en général leurs obligations dans les deux directions dans plus d'un contrat (voir le chapitre III, par. *11 à 23*). Dans les opérations comportant plusieurs contrats, les parties jugeront peut-être utile de convenir d'une seule clause de règlement des litiges pour tous les contrats de fourniture, *le contrat par lequel un tiers est engagé pour acheter ou fournir des marchandises,* ainsi que pour l'accord d'échanges compensés.

6. [5] Lorsque l'accord d'échanges compensés prévoit que les contrats de fourniture seront conclus ultérieurement, les parties peuvent disposer dans l'accord que tous ces contrats seront soumis à une méthode donnée de règlement des litiges. Ainsi, l'accord d'échanges compensés peut régler une question qui, sinon, devrait l'être dans chaque contrat de fourniture.

7. [*Nouveau paragraphe*] Dans certains Etats, la liberté donnée à un organisme de l'Etat ou à tout autre organisme public de conclure un accord compromissoire ou de convenir qu'un tribunal d'un Etat étranger sera compétent est restreinte. Le droit d'adopter de telles clauses de règlement des litiges peut être limité à certains types d'opéra-

tions ou à des opérations avec une partie étrangère, ou encore de telles clauses peuvent être soumises à autorisation. Il est souhaitable que les parties étudient les divers aspects du règlement des litiges dans de tels cas, afin de s'assurer qu'elles sont libres d'adopter une clause impérative de règlement des litiges.

B. Négociation

8. [6] Le mode le plus satisfaisant de règlement *d'un litige entre les parties* est en général *le règlement à l'amiable du litige par la* négociation entre les parties. Le règlement amiable *peut permettre d'éviter* toute rupture des relations commerciales entre les parties. En outre, les parties économiseront ainsi les dépenses considérables et le temps *supplémentaire* qu'exige en général le règlement des litiges par d'autres moyens. De plus, la négociation peut être une méthode particulièrement attrayante dans le cadre d'opérations d'échanges compensés à long terme, lorsque l'accord d'échanges compensés ne décrit qu'en termes généraux les conditions des futurs contrats de fourniture.

9. [7] Même si les parties souhaitent s'efforcer de régler leurs litiges par la négociation avant de recourir à d'autres modes de règlement, il n'est peut-être pas souhaitable que la clause de règlement des litiges interdise à une partie *de recourir à* une autre procédure de règlement avant l'expiration du délai imparti à la négociation. Si, toutefois, la clause prévoit que d'autres procédures de règlement ne peuvent être entamées durant la négociation, il est souhaitable d'autoriser dans certains cas une partie à entamer une autre procédure avant l'expiration de la négociation, par exemple lorsqu'une partie déclare durant la négociation qu'elle n'est pas disposée à poursuivre celle-ci ou lorsqu'il est nécessaire d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire avant la fin de la négociation, afin de prévenir la perte ou la prescription d'un droit. Il est souhaitable de préciser que le règlement obtenu par voie de négociation devra être consigné par écrit.

10. [8] Comme le résultat d'un litige entre deux parties à une opération d'échanges compensés peut avoir des incidences sur les intérêts *d'une autre partie à l'opération*, il peut être *convenu que la partie qui n'est pas* directement mêlée au litige *devrait être* autorisée à participer aux négociations. Cela peut être le cas lorsqu'un tiers est engagé pour acheter des marchandises faisant l'objet d'une opération d'échanges compensés et que le tiers et le fournisseur sont en litige. Dans ce cas, la partie ayant pris l'engagement initial d'acheter les marchandises peut être tenue de payer une somme convenue lorsque le tiers n'effectue pas l'achat prévu et que l'engagement d'échanges compensés n'est donc pas exécuté. De même, une partie qui s'est engagée à fournir et qui recrute à cette fin un fournisseur tiers peut être intéressée aux résultats d'un litige entre le fournisseur tiers et l'acheteur. Ce droit de participation à la négociation peut être limité aux cas où la partie ayant engagé le tiers reste responsable de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. *Dans le cas d'une opération d'échanges compensés multipartite, il peut être convenu que toutes les parties à l'opération participeront aux négociations.*

11. [9] Dans les opérations d'échanges compensés à long terme, les parties peuvent constituer un comité mixte chargé de coordonner et de contrôler l'exécution de l'opération (voir le chapitre *IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 64*). *Un tel comité* peut permettre aux parties de détecter très tôt les difficultés et litiges pouvant se produire et *il peut* constituer un *mécanisme* approprié pour le règlement des litiges par la négociation.

C. Conciliation

12. [10] Si les parties ne peuvent régler leur litige par la négociation, elles voudront peut-être essayer la conciliation avant de recourir à une procédure arbitrale ou judiciaire. La conciliation a pour objet d'arriver à un règlement amiable du litige avec l'assistance d'un conciliateur neutre, respecté par les deux parties. Au contraire d'un arbitre ou d'un juge, le conciliateur ne tranche pas le litige, mais aide les parties à s'accorder sur un règlement, souvent en leur proposant des solutions.

13. [11] La conciliation *étant une procédure non contradictoire et confidentielle*, il est plus facile aux parties de préserver leurs bonnes relations commerciales que dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire. La conciliation peut même améliorer les relations entre les parties, car son champ, de même que l'accord définitif conclu par les parties, peut dépasser les strictes limites du litige à l'origine de la procédure de conciliation. Elle peut également permettre la participation de parties qui ne sont pas directement mêlées au litige, mais qui sont intéressées à son règlement. Par contre, la conciliation peut présenter un inconvénient : si elle échouait, l'argent et le temps dépensés l'auraient été en vain.* Il est souhaitable qu'avant d'entamer une procédure de conciliation, les parties étudient soigneusement s'il y a de bonnes chances d'arriver à un règlement.

14. [12] Si les parties disposent qu'elles pourront recourir à la conciliation, elles devront régler un certain nombre de questions pour que cette procédure soit efficace. Il n'est pas possible de régler toutes ces questions dans l'accord d'échanges compensés; il vaut mieux que les parties y incorporent par référence un règlement de conciliation établi par une organisation internationale, par exemple le Règlement de conciliation de la CNUDCI[1].

15. [13] *Il est souvent souhaitable d'entamer une procédure de conciliation avant de recourir à une procédure arbi-*

[1]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa treizième session (1980), *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 106 [*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XI : 1980, première partie, II, A (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.V.8)]. Le Règlement de conciliation de la CNUDCI a également été publié sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.V.6). Il comporte une clause de conciliation type libellée comme suit : "Quand, en cas de litige découlant du présent contrat ou lié audit contrat, les parties souhaitent rechercher un règlement amiable de ce litige par la conciliation, celle-ci se fera conformément au Règlement de conciliation de la CNUDCI actuellement en vigueur". L'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa résolution 35/52 du 4 décembre 1980, a recommandé l'utilisation du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

trale ou judiciaire. Si, durant la procédure de conciliation, une procédure arbitrale ou judiciaire a été entamée, les parties pourront néanmoins juger utile de poursuivre la conciliation. *Une procédure de conciliation peut également être ouverte après l'ouverture d'une procédure arbitrale ou judiciaire.*

D. Arbitrage

16. [14] Diverses raisons expliquent pourquoi l'arbitrage est si souvent utilisé pour le règlement de litiges nés d'opérations d'échanges compensés. La procédure arbitrale peut être structurée par les parties de manière à être moins formelle qu'une procédure judiciaire et à mieux répondre à leurs besoins et aux caractéristiques des litiges susceptibles de découler d'un accord d'échanges compensés ou d'un contrat annexe. Les parties peuvent choisir pour arbitres des personnes ayant une connaissance approfondie de l'objet du litige. Elles peuvent choisir le lieu où se déroulera la procédure arbitrale, de même que la langue ou les langues à utiliser dans la procédure. En outre, elles peuvent choisir la loi applicable, et ce choix sera dans presque tous les cas respecté par le tribunal arbitral, ce qui n'est pas toujours vrai de la procédure judiciaire (voir chap. XIV, "Choix de la loi applicable", *par. 12*). Lorsque les parties conviennent de recourir à l'arbitrage, aucune d'elles n'est tenue de se soumettre aux tribunaux du pays de l'autre partie. La procédure arbitrale portera sans doute moins atteinte aux relations commerciales entre les parties qu'une procédure judiciaire. La procédure et la sentence arbitrales peuvent rester confidentielles, alors que ce n'est en général pas possible pour une procédure et une décision judiciaires. L'arbitrage tend à être plus rapide et *peut être* moins onéreux qu'une procédure judiciaire. On notera toutefois que certains *Etats* prévoient des procédures judiciaires sommaires *pour des litiges portant sur une* somme ne dépassant pas un certain montant. *En vertu de certaines législations nationales, un tribunal arbitral peut avoir davantage de latitude qu'un tribunal judiciaire pour octroyer au demandeur l'exécution voulue plutôt que des dommages-intérêts.* Enfin, étant donné qu'il existe des conventions internationales favorisant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ces sentences sont en général reconnues et exécutées plus aisément que les décisions judiciaires étrangères. On notera en particulier la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), à laquelle de nombreux Etats sont parties[2].

17. [15] En revanche, une sentence arbitrale peut être annulée dans le cadre d'une procédure judiciaire. Si une telle procédure est engagée, le règlement définitif du litige en sera retardé. Toutefois, dans de nombreux systèmes juridiques, une sentence arbitrale ne peut être annulée que pour des motifs limités, par exemple si les arbitres n'étaient pas habilités à connaître du litige, si une partie n'a pu faire valoir ses moyens dans le cadre de la procédure arbitrale, si les règles applicables à la nomination des arbitres ou à la procédure arbitrale n'ont pas été respectées, ou si la sentence est contraire à l'ordre public. On notera également que, dans certains systèmes juridiques, il n'est pas possible aux parties d'exclure les tribunaux judiciaires du règlement de certains types de litiges. *En outre, un tribunal peut prononcer et imposer des mesures provisoires ou conservatoires dans une plus large mesure qu'un tribunal arbitral.*

1. Champ de l'accord compromissoire et mandat du tribunal arbitral

18. [16] En général, la procédure arbitrale ne peut être organisée que sur la base d'un accord entre les parties. Cet accord peut prendre la forme soit d'une clause compromissoire incluse dans l'accord d'échanges compensés ou dans le contrat *connexe*, soit d'un accord compromissoire distinct conclu par les parties avant ou après la naissance du litige. Comme il peut être plus difficile d'arriver à un accord à ce propos après qu'un litige est apparu, il est souhaitable de conclure un accord compromissoire dès le début de l'opération d'échanges compensés. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, un accord compromissoire n'est valable, pour ce qui est de la procédure comme du fond, que s'il est conclu *ou confirmé* après qu'un litige est apparu.

19. [17] L'accord compromissoire devrait indiquer quels litiges doivent être réglés par arbitrage. Par exemple, la clause compromissoire peut disposer que tous les litiges nés de l'accord d'échanges compensés ou liés à cet accord, ou nés de la violation, résiliation ou nullité de l'accord, ou liés à cette violation, résiliation ou nullité, doivent être réglés par arbitrage. Dans certains cas, les parties voudront peut-être exclure de ce vaste champ de compétence certains litiges dont elles ne souhaitent pas qu'ils soient réglés par arbitrage.

20. [18] Si la loi applicable à la procédure arbitrale le permet, les parties voudront peut-être autoriser le tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires en attendant le règlement définitif du litige. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, les tribunaux arbitraux ne sont pas habilités à ordonner de telles mesures. Dans d'autres systèmes juridiques autorisant le tribunal arbitral à ordonner de telles mesures, celles-ci ne peuvent être exécutées; dans ces cas, il est peut-être préférable que les parties se tournent vers un tribunal judiciaire, qui pourra ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Dans de nombreux systèmes juridiques, un tribunal judiciaire peut ordonner de telles mesures, même si le litige doit être ou a été soumis à l'arbitrage.

21. [19] Il est souhaitable que l'accord compromissoire dispose que les parties doivent exécuter les décisions arbitrales, y compris les décisions ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires, l'avantage en étant que dans certains systèmes juridiques, lorsqu'une sentence arbitrale n'est pas exécutoire dans le pays d'une partie, un défaut d'exécution de la sentence par une partie, malgré l'obligation qui lui en est faite dans l'accord, pourra être considéré, dans le cadre d'une procédure judiciaire, comme un défaut d'exécution d'une obligation contractuelle.

22. [20] Si une procédure judiciaire est entamée pour un litige couvert par un accord compromissoire reconnu comme valide, le tribunal judiciaire renverra normalement

[2]Organisation des Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 330, n° 4739 (1959).

le litige à l'arbitrage si une demande à cette fin lui est présentée en temps voulu. Toutefois, le tribunal judiciaire peut conserver le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et sera normalement habilité à contrôler certains aspects de la procédure arbitrale (il pourra, par exemple, prendre une décision en cas de récusation des arbitres) et à annuler la sentence arbitrale pour certains motifs (voir plus haut, *par. 17*).

23. [21] Il est souhaitable que les parties soient prudentes en ce qui concerne l'autorisation donnée au tribunal arbitral de trancher les litiges *ex aequo et bono* ou de faire office d'amiable compositeur, car les arbitres ne sont pas habilités à le faire dans certains systèmes juridiques. En outre, de telles autorisations peuvent être interprétées de diverses manières et être sources d'incertitudes juridiques. Par exemple, ces termes peuvent être interprétés comme autorisant les arbitres à se guider soit uniquement sur les principes de l'impartialité, de la justice ou de l'équité, soit aussi sur les dispositions de la loi applicable considérées comme fondamentales dans le système juridique auquel se rattache ladite loi. Si les parties souhaitent autoriser le tribunal arbitral à trancher des litiges sans appliquer toutes les règles juridiques d'un Etat, elles voudront peut-être spécifier les normes ou règles en application desquelles le tribunal arbitral devra prendre une décision quant au fond du litige. *En outre*, afin d'éviter tout malentendu, les parties voudront peut-être préciser que le tribunal arbitral doit respecter les clauses du contrat *de fourniture ou de l'accord d'échanges compensés* et tenir compte des usages pertinents du commerce international.

2. *Types d'arbitrage et règles de procédure appropriées*

24. [22] Les parties peuvent choisir le type d'arbitrage qui répond le mieux à leurs besoins. Il est bon qu'elles conviennent de règles appropriées qui régiront la procédure arbitrale. Il existe une gamme étendue de modes d'arbitrage prévoyant une participation plus ou moins active d'organes permanents (par exemple, des institutions d'arbitrage, des tribunaux arbitraux, des associations professionnelles ou commerciales et des chambres de commerce) ou de tiers (par exemple, des présidents de tribunaux arbitraux ou de chambres de commerce). A une extrémité de cet éventail, on trouve l'arbitrage ad hoc proprement dit, qui ne suppose en aucune manière la participation d'un organe permanent ou d'un tiers. C'est-à-dire, en termes pratiques, qu'aucune aide extérieure ne sera disponible (sauf, peut-être, celle d'un tribunal national) si, par exemple, les parties se heurtent à des difficultés pour nommer ou récuser un arbitre. En outre, tous les arrangements administratifs nécessaires devront être pris par les parties ou par les arbitres eux-mêmes. A l'autre extrémité de l'éventail, on trouve les arbitrages entièrement organisés et supervisés par un organe permanent, qui peut revoir le mandat des arbitres et le projet de sentence et modifier la forme de la sentence et faire des recommandations quant au fond.

25. [23] Entre ces deux types d'arbitrage, il existe une variété considérable de systèmes qui tous font appel à une autorité de nomination, mais qui diffèrent quant aux services administratifs fournis. La fonction essentielle, mais non nécessairement exclusive, des autorités de nomination consiste à constituer le tribunal arbitral ou à contribuer à sa constitution (par exemple, en nommant les arbitres, en prenant une décision en cas de récusation ou en remplaçant un arbitre). Les services administratifs ou logistiques, qui peuvent être offerts en bloc ou séparément, sont notamment les suivants : transmettre les communications écrites d'une partie ou des arbitres; aider le tribunal arbitral à fixer et à notifier la date, l'heure et le lieu des audiences et autres séances; fournir, directement ou indirectement, des salles de réunion pour les audiences ou délibérations du tribunal arbitral; organiser la transcription sténographique des audiences et l'interprétation durant les audiences et, le cas échéant, la traduction de pièces; aider à classer ou enregistrer la sentence arbitrale, le cas échéant; détenir les consignations et gérer les comptes relatifs aux honoraires et dépenses; assurer les tâches administratives (secrétariat, etc.).

26. [24] A moins que les parties ne choisissent l'arbitrage ad hoc proprement dit, elles souhaiteront peut-être convenir de l'organe ou de la personne qui s'acquittera des fonctions requises. Pour ce faire, il serait bon de tenir compte des facteurs suivants : volonté de s'acquitter des fonctions requises; compétence, notamment en ce qui concerne les questions internationales; adéquation des honoraires eu égard aux services requis; siège ou résidence de l'organe ou de la personne; limitation possible des services fournis à une zone géographique donnée. Ce dernier point devra être examiné compte tenu du lieu probable ou convenu de l'arbitrage (voir plus loin, *par. 35 à 39*). Toutefois, certaines fonctions (par exemple, la nomination) ne doivent pas nécessairement être assurées sur le lieu de l'arbitrage et certaines institutions d'arbitrage sont disposées à fournir des services dans des pays autres que ceux où elles ont leur siège.

27. [25] Dans la plupart des cas, la procédure arbitrale sera régie par *les règles de procédure* de l'Etat où elle se déroule. De nombreux Etats ont adopté des lois régissant divers aspects de la procédure arbitrale. Certaines de ces dispositions sont impératives, d'autres non. Lorsqu'elles choisiront le lieu de l'arbitrage (voir plus loin, par. 33 à 37), les parties voudront peut-être rechercher dans quelle mesure la loi du lieu envisagé reconnaît les exigences et caractéristiques particulières de l'arbitrage commercial international et, notamment, si cette loi est suffisamment libérale pour autoriser les parties à adapter les règles de procédure à leurs besoins et désirs particuliers, tout en garantissant que la procédure sera équitable et efficace. Des progrès ont été enregistrés dans cette voie, comme il ressort de la législation moderne de certains Etats, et cette tendance est favorisée et renforcée par la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[3]. Cette loi est acceptée par de plus en plus d'Etats appartenant à

[3]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session (1985), *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), par. 332 et annexe I [*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XVI : 1985, troisième partie, I (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.4)]. Dans sa résolution 40/72 du 11 décembre 1985, l'Assemblée générale des Nations Unies a recommandé "que tous les Etats prennent dûment en considération la Loi type sur l'arbitrage commercial international en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international".

des régions différentes et ayant des systèmes juridiques et économiques différents.

28. [26] Comme les règles de procédure de la législation en la matière de certains Etats ne répondent pas nécessairement aux caractéristiques et exigences particulières de l'arbitrage commercial international et comme, en tout cas, cette législation ne contient pas de règles régissant toutes les questions de procédure pouvant se poser dans le cadre d'une procédure arbitrale, les parties voudront peut-être adopter un ensemble de règles régissant la procédure arbitrale dans le cadre de leur accord. Si les parties souhaitent que leur arbitrage soit organisé par une institution, cette institution peut demander aux parties d'appliquer son propre règlement et refuser de s'occuper d'une affaire si les parties ont modifié certaines règles que l'institution considère comme fondamentales pour son système d'arbitrage. La plupart des institutions d'arbitrage donnent toutefois le choix entre deux ensembles de règles, ou parfois plus, et autorisent *souvent* les parties à modifier telle ou telle règle. Si les parties ne sont pas priées par une institution d'appliquer un ensemble de règles donné ou de choisir parmi des règlements donnés, ou si elles optent pour l'arbitrage ad hoc, elles sont libres de choisir leur règlement. Pour ce faire, elles voudront peut-être se demander si ce règlement convient aux litiges internationaux et si les procédures énoncées dans le règlement sont acceptables.

29. [27] Parmi les nombreux règlements d'arbitrage promulgués par des organisations internationales ou des institutions d'arbitrage, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[4] mérite une mention particulière. Ce règlement s'est révélé acceptable pour les divers systèmes juridiques et économiques et il est connu et utilisé dans toutes les régions du monde. Les parties peuvent y recourir aussi bien dans les arbitrages ad hoc proprement dits que dans les arbitrages prévoyant une autorité de nomination fournissant ou ne fournissant pas de services administratifs additionnels. Un nombre considérable d'institutions d'arbitrage du monde entier ont adopté le Règlement comme leur règlement propre pour les litiges internationaux ou se sont proposées comme autorités de nomination dans le cadre de ce règlement. La plupart d'entre elles sont disposées à fournir des services administratifs dans les arbitrages menés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

30. [28] Lorsqu'une clause type accompagne le règlement d'arbitrage devant régir l'arbitrage de litiges nés de l'accord d'échanges compensés, ou est proposée par une institution d'arbitrage, l'adoption de cette clause par les parties peut contribuer à éviter les incertitudes et à renforcer l'efficacité de l'accord compromissoire. Certaines clauses types, telles que celle qui est jointe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, autorisent les parties à régler par convention certaines questions pratiques. Il s'agit de la participation d'une autorité de nomination, ainsi que du nombre des arbitres (voir *par. 31 à 33* ci-après), de la nomination des arbitres (voir plus loin, *par. 34*), du lieu de l'arbitrage (voir plus loin, *par. 35 à 39*) et de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale (voir plus loin, *par. 40 et 41*)[5] [*nouvelle note*].

3. *Nombre d'arbitres*

31. [29] Les parties voudront peut-être spécifier dans la clause compromissoire le nombre des arbitres qui constitueront le tribunal arbitral. Si elles ne le font pas, le règlement d'arbitrage choisi ou, dans certains cas, la loi applicable en matière d'arbitrage spécifiera leur nombre, ou la manière dont ce nombre doit être déterminé. En s'accordant sur le nombre d'arbitres, les parties pourront s'assurer que ce nombre répond à leurs besoins et désirs particuliers, et il n'y aura plus d'incertitude quant à cet aspect de la procédure de nomination. Toutefois, les parties doivent être conscientes du fait que certaines lois nationales limitent leur liberté de convenir du nombre d'arbitres en interdisant, par exemple, un nombre pair.

32. [30] Outre les restrictions juridiques éventuelles mentionnées ci-dessus, les considérations à prendre en compte pour déterminer le nombre des arbitres sont essentiellement de caractère pratique. Pour que la procédure arbitrale et la prise de décisions soient efficaces, il est en général souhaitable de choisir un nombre impair, par exemple un ou trois, bien que, dans la pratique, les parties chosissent parfois deux membres et adjoignent un mécanisme permettant de faire *intervenir* un tiers arbitre, ou surarbitre, pour trancher en cas de blocage.

33. [31] Pour ce qui est du choix entre un ou trois arbitres, les parties voudront peut-être considérer qu'une procédure arbitrale menée par un arbitre unique est en général moins onéreuse et tend à être plus rapide qu'une procédure avec trois arbitres, auxquels il faut verser des honoraires et dont les calendriers doivent être pris en considération. Par contre, avec un groupe de trois arbitres, on dispose de davantage de compétences et d'expérience. Puisque les compétences et l'expérience souhaitables peuvent être de types différents, on peut envisager différents modes de nomination des arbitres.

---

[4]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa neuvième session (1976), *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57 [*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. VII : 1976, première partie, II, A (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.V.1)]. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a également été reproduit sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.V.6). L'Assemblée générale, dans sa résolution 31/98 du 15 décembre 1976, a recommandé l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

[5][*Nouvelle note*] La clause ci-après est recommandée dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI : "Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur.

Note. Les parties voudront peut-être ajouter les indications suivantes :

a) L'autorité de nomination sera ... (nom de la personne ou de l'institution);

b) Le nombre d'arbitres est fixé à ... (un ou trois);

c) Le lieu de l'arbitrage sera ... (ville ou pays);

d) La langue (les langues) à utiliser pour la procédure d'arbitrage sera (seront) ...".

4. *Nomination des arbitres*

34. [32] Dans un arbitrage international, chaque partie peut vouloir choisir un arbitre qui connaisse bien le cadre économique et juridique dans lequel elle fonctionne. Aussi les parties pourront-elles convenir d'une méthode par laquelle chacune choisira un arbitre, le troisième étant choisi par les deux arbitres ou par une autorité de nomination. En revanche, dans des litiges complexes portant sur des questions juridiques, techniques et économiques, il peut être très avantageux de recourir à des arbitres ayant des compétences et une expérience différentes dans les domaines pertinents. Lorsque les parties attachent une importance particulière à cette question, elles peuvent charger une autorité de nomination de nommer les trois arbitres et peuvent éventuellement spécifier les qualifications ou l'expérience requises des arbitres.

5. *Lieu de l'arbitrage*

35. [33] Les parties voudront peut-être spécifier dans l'accord compromissoire le lieu où se déroulera la procédure et où la sentence arbitrale sera rendue. Le choix d'un lieu approprié pour l'arbitrage peut être d'une importance essentielle pour le bon fonctionnement de la procédure et pour l'exécution de la sentence. Les considérations ci-après peuvent guider le choix du lieu de l'arbitrage.

36. [34] Premièrement, les parties pourront juger souhaitable de choisir un lieu tel que la sentence rendue en ce lieu soit exécutoire dans les pays où les parties ont leur établissement ou des avoirs substantiels. Dans de nombreux Etats, les sentences arbitrales ne sont directement exécutoires qu'en application de traités multilatéraux ou bilatéraux et souvent uniquement sur la base de la réciprocité. Dans certains Etats, l'exécution est possible en application d'une législation prévoyant l'exécution réciproque des sentences prononcées dans certains autres Etats. Les parties voudront donc peut-être choisir un lieu se situant dans un Etat qui ait conclu un tel traité ou de tels arrangements de réciprocité avec les Etats où l'exécution pourra être demandée ultérieurement.

37. [35] Deuxièmement, les parties pourront juger souhaitable de choisir un lieu où la législation de l'arbitrage offre un cadre juridique approprié pour les litiges internationaux. Il se peut que certaines législations ne conviennent pas si, par exemple, elles limitent indûment l'autonomie des parties ou n'offrent pas, en matière de procédure, des règles permettant d'assurer une procédure efficace et équitable.

38. [36] D'autres considérations sont de caractère plus pratique : le lieu convient-il aux parties et aux autres participants à la procédure ? Les moyens nécessaires, y compris les salles de réunion, services d'appui et moyens de communication, y sont-ils disponibles ? Une institution d'arbitrage ou une chambre de commerce pourront-elles y fournir les services nécessaires, si les parties souhaitent en bénéficier ? Quels seront les coûts et dépenses pertinents, y compris les frais liés au logement, aux salles de réunion et aux services d'appui ? Les conseils des parties pourront-ils les représenter sans qu'il soit nécessaire de recourir à des conseils locaux ? Il faut en outre noter qu'il peut être avantageux que la procédure arbitrale se déroule dans un lieu proche de l'objet du litige.

39. [37] Toutefois, d'autres considérations conduisent parfois les parties à convenir d'un lieu extérieur aux Etats où elles ont leur établissement. Par exemple, elles peuvent choisir un Etat tiers lorsque aucune d'entre elles ne souhaite que l'arbitrage ait lieu dans le pays de l'autre partie; en effet, si la procédure doit se dérouler dans l'Etat d'une partie, l'autre pourra juger que cette dernière bénéficiera d'un environnement juridique et psychologique familier et aura pour diverses raisons plus de facilités pour faire valoir ses moyens.

6. *Langue de la procédure*

40. [38] Les parties voudront peut-être également spécifier la langue à utiliser dans la procédure arbitrale. Le choix de la langue peut influer sur l'efficacité de la procédure et sur son coût. Dans toute la mesure possible, il est souhaitable de ne spécifier qu'une langue, par exemple la langue dans laquelle *les documents relatifs à l'opération sont rédigés*. Lorsque plus d'une langue est retenue, les coûts de la traduction et de l'interprétation d'une langue dans l'autre sont en général considérés comme faisant partie du coût de l'arbitrage et sont répartis de la même manière que les autres coûts.

41. [39] Les parties voudront peut-être spécifier quelles pièces ou communications devront être soumises ou traduites dans la langue spécifiée. Elles peuvent, par exemple, stipuler que les pièces écrites, les témoignages oraux lors d'une audience et toute sentence, décision ou autre communication du tribunal arbitral seront dans la langue spécifiée. Le tribunal peut être laissé libre de décider dans quelle mesure les pièces constituant des éléments de preuve doivent être traduites. Cette liberté peut être appropriée, étant entendu que les pièces soumises par les parties peuvent être volumineuses et qu'elles se rattachent rarement dans leur intégralité au litige.

E. Procédure judiciaire

42. [40] Si les parties ne peuvent convenir de soumettre leurs litiges à l'arbitrage, les litiges qui ne sont réglés ni par la négociation, ni par la conciliation devront l'être par voie judiciaire. Les tribunaux de deux pays ou plus peuvent parfois connaître d'un litige donné entre les parties, et la manière dont le litige sera tranché peut différer selon que tel ou tel tribunal en sera saisi. Par exemple, la validité et les conséquences du choix par les parties de la loi applicable au contrat dépendront des règles de droit international privé dans le pays du tribunal saisi du litige (voir chap. XIV, "Choix de la loi applicable", *par. 12*).

43. [41] Les incertitudes imputables au fait que plus d'un tribunal peut connaître du litige peuvent être atténuées si les parties incluent dans le contrat une clause de compétence exclusive par laquelle elles sont tenues de soumettre leurs litiges à un tribunal donné, en un lieu donné d'un pays donné. Toutefois, les parties devraient garder

présent à l'esprit que, dans de nombreux systèmes juridiques, une clause conférant compétence exclusive à un tribunal n'est valide que si ledit tribunal *serait habilité, en l'absence d'une clause de compétence exclusive*, à connaître du type de litige qui lui est soumis en vertu de la clause. Par suite, avant de choisir un tribunal, les parties devraient s'assurer que ce tribunal est habilité à connaître des types de litiges qui lui seront soumis. Il est souhaitable que la clause spécifie un tribunal dans le pays choisi, au lieu de faire simplement référence à "*un tribunal compétent*" dudit pays, afin d'éviter toute incertitude quant au tribunal habilité à connaître du litige. La clause peut spécifier les types de litiges auxquels elle s'applique, de la même manière que l'accord compromissoire (voir plus haut, *par. 19*).

44. [42] Lorsqu'elles souhaitent soumettre leurs litiges aux tribunaux d'un Etat donné, les parties devraient étudier dans quelle mesure une décision judiciaire prise dans ledit Etat serait exécutoire dans le pays des parties, ou dans tout autre pays où l'exécution pourrait être demandée (voir plus haut, *par. 36*).

45. [43] Une clause de compétence exclusive peut certes réduire les incertitudes à propos de questions telles que la loi applicable et le caractère exécutoire d'une décision et faciliter le règlement multipartite des litiges (voir *par. 50 à 53* ci-après), mais elle peut aussi présenter certains inconvénients. Si un tribunal d'un pays de l'une des parties s'est vu conférer compétence exclusive et que la clause de compétence exclusive n'est pas valide aux termes de la loi du pays du tribunal choisi, alors qu'elle est valide aux termes de la loi du pays de l'autre partie, il risque d'être difficile d'entamer une procédure judiciaire dans l'un ou l'autre de ces pays. Il se peut que les difficultés liées à la mise en route de la procédure judiciaire se trouvent amplifiées si les parties confèrent compétence exclusive au tribunal d'un pays tiers.

F. Règlement des litiges multipartites et des litiges portant sur plusieurs contrats

46. [44] Les opérations d'échanges compensés font souvent intervenir plusieurs contrats dans les deux directions, outre l'accord d'échanges compensés. Dans ces opérations à contrats multiples, les parties voudront peut-être étudier s'il serait souhaitable de convenir d'une instance unique chargée du règlement de tous les litiges pouvant découler de l'opération, c'est-à-dire le même conciliateur, le même tribunal arbitral ou le même tribunal judiciaire. Si les litiges doivent être réglés par voie judiciaire, les parties voudront peut-être conférer compétence exclusive à un tribunal donné (voir plus haut, *par. 43 à 45*). Si les parties optent pour l'arbitrage ou la conciliation, elles voudront peut-être convenir que le tribunal arbitral ou le conciliateur nommé pour régler le premier litige sera également nommé pour régler tout litige qui pourrait découler ultérieurement de l'opération d'échanges compensés.

47. [45] Le choix d'une instance unique pour régler les litiges est recommandé lorsque les litiges en question posent des problèmes factuels ou juridiques similaires. Une telle solution est favorable à l'économie et à l'efficacité du règlement des litiges, facilite la fusion des procédures de règlement des litiges et réduit le risque de voir prendre des décisions contradictoires. Même si les litiges pouvant découler de l'opération d'échanges compensés ne soulèvent pas les mêmes problèmes factuels ou juridiques, le choix d'une instance unique peut être avantageux, car il permettra aux parties de réduire le coût des services juridiques requis et facilitera la gestion de l'opération.

48. [46] Dans certains cas, toutefois, les parties conviennent de soumettre leurs litiges découlant d'un contrat de fourniture donné à une instance donnée de règlement des litiges, mais décident de soumettre des litiges découlant d'autres contrats à une instance différente. Cela peut être le cas, par exemple, lorsqu'il est habituel pour la partie ou pour sa branche d'activité, ou lorsque des règles impératives l'exigent, de soumettre un litige découlant d'un contrat de fourniture donné à une méthode ou une instance données pour son règlement et lorsque les parties ne souhaitent pas soumettre les litiges découlant d'autres contrats à cette même méthode ou à cette même instance.

49. [47] Il n'est pas rare que des litiges découlant de plus d'un contrat posent des questions factuelles ou juridiques similaires. C'est par exemple le cas lorsque l'objet d'un contrat de fourniture dans une direction est lié à celui d'un contrat de fourniture dans l'autre direction. Cela peut aussi être le cas dans une opération d'achat en retour dans laquelle, par exemple, un litige relatif à la qualité des marchandises contre-exportées, fabriquées au moyen d'équipements fournis dans le cadre du contrat d'exportation, est lié à un litige relatif à la qualité de ces équipements. De même, dans une opération de compensation industrielle directe, dans laquelle les marchandises fournies dans une direction sont incorporées dans les marchandises à fournir dans l'autre direction, un litige relatif à la qualité des marchandises ou au délai de livraison dans une direction peut être lié à un litige relatif à la qualité des marchandises ou au délai de livraison dans l'autre direction. Il peut également y avoir des litiges connexes dans le cas où l'accord d'échanges compensés établit un mécanisme de paiement lié, par lequel le produit de l'expédition de marchandises dans une direction doit être utilisé pour payer l'expédition de marchandises dans l'autre direction (voir chap. IX, "Paiement"). Par exemple, lorsque l'importateur, conformément à l'accord d'échanges compensés, retient le produit du contrat d'exportation, un litige quant à la responsabilité pour défaut de conclusion d'un contrat de contre-exportation peut entraîner un litige connexe concernant le transfert à l'exportateur du produit du contrat d'exportation. Lorsque l'accord d'échanges compensés prévoit la compensation des créances relatives aux contrats de fourniture conclus dans les deux directions, un litige relatif à un déséquilibre de ces créances peut poser des problèmes factuels ou juridiques se rattachant aux contrats de fourniture conclus dans les deux directions. Des litiges connexes se rencontrent aussi lorsque l'accord d'échanges compensés dispose qu'un problème lié à la conclusion ou à l'exécution de contrats de fourniture dans une direction doit avoir des incidences sur les obligations des parties concernant la conclusion ou l'exécution de contrats de

fourniture dans l'autre direction (voir chap. XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", *par. [38] à [60]*).

50. [48] Dans une opération d'échanges compensés, il peut naître des litiges mettant en jeu ou intéressant non seulement l'exportateur et l'importateur, mais également d'autres parties, notamment des tiers engagés en tant qu'acheteurs ou fournisseurs de marchandises *(voir ci-dessus, par. 10)*. Par exemple, lorsqu'il y a un litige entre le contre-exportateur et *la partie s'étant initialement engagée à acheter* portant sur la question de savoir si des dommages-intérêts spécifiés sont payables pour défaut d'achat de marchandises, un tiers acheteur *recruté par la partie s'étant initialement engagée à* acheter ces marchandises sera intéressé au litige si une clause d'"indemnisation" a été conclue entre lui et *ladite partie* (voir chap. VIII, "Participation de tiers", *par. [33]*). De même, *la partie s'étant initialement engagée à acheter sera intéressée* au résultat d'un litige entre un acheteur tiers et le contre-exportateur *si elle* reste responsable de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, bien qu'elle ait fait appel à un acheteur tiers. Il peut enfin se produire un litige multipartite lorsque à la fois la partie ayant pris l'engagement initial d'acheter et l'acheteur tiers sont responsables envers le fournisseur de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés et que ce dernier décide d'intenter une action contre ces deux parties.

51. [49] Dans les cas mentionnés au paragraphe précédent, il peut être souhaitable que toutes les questions connexes soient réglées dans le cadre de la même procédure de règlement des litiges. Cette solution permettrait d'éviter que ne soient prises des décisions contradictoires, faciliterait la présentation de pièces et réduirait les coûts. Toutefois, une procédure de règlement des litiges multipartites tend à être plus complexe et plus difficile à gérer, et une partie éprouvera sans doute davantage de difficultés à préparer et à présenter ses arguments.

52. [49] De nombreux systèmes juridiques prévoient des mécanismes grâce auxquels les litiges mettant en jeu plusieurs parties peuvent être réglés dans le cadre d'une même procédure judiciaire multipartite. Afin que cette solution puisse être appliquée, il est souhaitable que des contrats connexes comportent une clause conférant compétence exclusive à un tribunal habilité à mener des procédures multipartites (voir plus haut, par. *43 à 45*)*.

53. [*Nouveau paragraphe*] Des procédures arbitrales multipartites ne sont en général possibles que si toutes les parties concluent un accord compromissoire soumettant leur litige au même groupe d'arbitres. Les parties peuvent souhaiter conclure un tel accord compromissoire multipartite dès le début de l'opération, ou elles peuvent décider de le faire après que le litige est apparu, lorsque les questions en jeu appellent un tel arbitrage multipartite. Dans certains Etats, après qu'un litige est apparu, les tribunaux peuvent aider les parties à mettre en œuvre l'accord compromissoire multipartite en décidant de questions de procédure dont ne peuvent convenir les parties (par exemple, déterminer si une question est régie par la clause compromissoire multipartite, nommer un tribunal arbitral unique, déterminer le lieu de l'arbitrage). Dans certains Etats également, les tribunaux peuvent, dans certaines conditions, ordonner la jonction de plusieurs procédures arbitrales en une procédure arbitrale unique, même si toutes les parties en jeu n'ont pas convenu de soumettre le litige à un groupe unique d'arbitres. Toutefois, on peut douter qu'une sentence rendue après qu'un tribunal a prononcé la jonction des procédures pourra être imposée à une partie n'ayant pas consenti à une telle procédure.

[A/CN.9/362/Add.16]

PROJETS D'EXEMPLES DE DISPOSITIONS

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
INTRODUCTION		199
Chapitre VI.	Type, qualité et quantité des marchandises	199
Chapitre VII.	Etablissement du prix des marchandises	199
Chapitre VIII.	Participation de tiers	199
Chapitre X.	Restrictions à la revente des marchandises	200
Chapitre XI.	Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales	200
Chapitre XIII.	Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés	201
Chapitre XIV.	Choix de la loi applicable	202
Chapitre XV.	Règlement des litiges	202

Introduction

1. Le Groupe de travail des paiements internationaux a décidé que le Guide juridique devrait comporter un nombre limité d'exemples de dispositions (A/CN.9/357, par. 93 et 94). Il a approuvé le choix fait, dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, des questions qui devraient être assorties d'exemples de dispositions. Le présent document contient le texte révisé des exemples de dispositions publiés sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7.

2. On propose d'inclure les exemples de dispositions dans le Guide juridique sous forme d'annotations.

3. Comme l'indique le paragraphe 2 du document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, pour formuler ces exemples, on s'est fondé sur les considérations suivantes. En premier lieu, le projet de guide juridique examine les diverses options contractuelles de manière à aider le lecteur à rédiger les clauses d'un accord d'échanges compensés. En second lieu, les exemples de dispositions sont nécessairement de nature générale et peuvent donc ne pas tenir compte des circonstances réelles d'une opération donnée. Ces considérations réduisent le nombre des exemples de dispositions qui peuvent être utilement ajoutés au Guide juridique.

4. Durant la réunion du Groupe de travail, il a été proposé que, pour chaque exemple de disposition, mention soit faite de l'avertissement figurant au paragraphe 13 du chapitre I, "Introduction", selon lequel les exemples de dispositions ne devraient pas être nécessairement considérés comme des dispositions types convenant à tous les accords (A/CN.9/357, par. 93). Pour donner suite à cette suggestion, on a proposé de donner le titre suivant à chaque ensemble d'exemples de dispositions figurant à la fin d'un chapitre : *"Exemples de dispositions relatives au chapitre ... (à utiliser avec discernement, voir 'Introduction', par. 13)"*.

Chapitre VI. Type, qualité et quantité des marchandises

[*Note des rédacteurs.* L'annotation du paragraphe 25 ci-après, à l'exception des modifications en italique, figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, sous le titre "Chapitre V. Type, qualité et quantité des marchandises, Annotation du paragraphe 13".]

Annotation du paragraphe 25

Si l'on suppose que la *"société Y" s'est engagée à acheter des marchandises à la "société X"*, la clause figurant *dans l'accord d'échanges compensés peut comporter les éléments suivants* :

"*Lorsque la société X fait, conformément à l'accord d'échanges compensés, une offre en vue de la conclusion d'un contrat de fourniture, les marchandises offertes à l'achat doivent* :

"*a)* Etre propres aux usages auxquels serviraient habituellement des marchandises du même type;

"*b)* Etre propres à tout usage spécial qui a été porté expressément ou tacitement à la connaissance de la société X au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés;

"*c)* Posséder des qualités *correspondant à celles de l'échantillon ou du modèle présenté par la société X à la société Y*;

"*d)* Etre emballées ou conditionnées selon le mode habituel pour les marchandises du même type ou, faute de *mode habituel établi*, d'une manière propre à les conserver et à les protéger."

(Cette clause est inspirée de l'article 35 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980).)

Chapitre VII. Etablissement du prix des marchandises

[*Note des rédacteurs.* L'annotation suivante du paragraphe 48, à l'exception de l'ajout en italique, figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, sous le titre "Chapitre VI. Etablissement du prix des marchandises, Annotation du paragraphe 37".]

Annotation du paragraphe 48

Si l'on suppose que la monnaie de paiement est le schilling autrichien et que la monnaie de référence est le franc suisse, la clause peut être rédigée comme suit :

"Si, à la date du paiement effectif, le taux de change entre le schilling autrichien et le franc suisse diffère du taux de change ... [indiquer le taux de change en vigueur en un lieu donné] en vigueur à la date de la conclusion de l'accord d'échanges compensés dans une proportion supérieure à ... [5 % par exemple, ou quelque autre pourcentage précisé par les parties], le prix en schillings autrichiens est augmenté ou diminué de sorte que ce prix, converti en francs suisses, demeure inchangé par rapport au prix exprimé en francs suisses à la date de la conclusion de l'accord d'échanges compensés." *(Il convient de noter que cette clause peut aboutir à un résultat imprévu et inopportun si le taux de change applicable est fixé par décision administrative indépendamment de l'évolution du marché des changes (voir par. 49).)*

Chapitre VIII. Participation de tiers

[*Note des rédacteurs.* Les annotations suivantes des paragraphes 12, 18 et 23 sont les versions révisées des annotations des paragraphes 10, 16 et 21, qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, sous le titre "Chapitre VIII. Participation de tiers". Les modifications sont en italique. La troisième phrase de l'annotation du paragraphe 18 est nouvelle.]

Annotation du paragraphe 12

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui s'est *initialement* engagée à acheter, la clause peut être rédigée comme suit :

"La société Y est autorisée à désigner un acheteur tiers pour effectuer les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés." *(A cette clause, les parties peuvent ajouter la disposition visée au para-*

graphe 18 indiquant si, une fois que le tiers est engagé, la partie initialement engagée reste ou non responsable de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés.)

Annotation du paragraphe 18, troisième phrase

[*Nouvelle annotation*] Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui s'est initialement engagée à acheter et la "société X" le fournisseur, la clause figurant dans l'accord d'échanges compensés peut être rédigée comme suit :

"Le fait que la société Y désigne un tiers pour effectuer les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés et que le tiers s'engage envers la société X à effectuer ces achats ne libère pas la société Y de sa responsabilité en cas de non-exécution de l'engagement d'échanges compensés."

Annotation du paragraphe 18, sixième phrase

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui s'est *initialement* engagée à acheter *et la "société X" le fournisseur*, la clause *figurant dans l'accord d'échanges compensés* peut être rédigée comme suit :

"La société Y est libérée de sa responsabilité concernant l'exécution de l'accord d'échanges compensés *lorsque, du fait de la désignation par elle d'un acheteur tiers, son engagement d'acheter des marchandises à la société X est transféré à l'acheteur tiers. [Le transfert porte également sur l'obligation de payer les dommages-intérêts spécifiés en cas de défaut d'achat des marchandises.] Pour qu'un tel transfert prenne effet, la société Y, la société X et l'acheteur tiers doivent y avoir consenti."*

Annotation du paragraphe 18, septième phrase

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui s'est *initialement* engagée à acheter *et la "société X" le fournisseur*, la clause *figurant dans l'accord d'échanges compensés* peut être rédigée comme suit :

"La société Y entreprend de libérer la société X de sa responsabilité concernant l'exécution de l'engagement d'échanges compensés *lorsque, du fait de la désignation par la société d'un acheteur tiers, la société X et l'acheteur tiers concluent un accord en vertu duquel le tiers assume l'obligation d'effectuer* les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés *de la société Y."*

Si cette disposition est incluse dans l'accord d'échanges compensés, la libération effective de la société X de sa responsabilité d'exécuter l'engagement d'échanges compensés *peut s'exprimer comme suit :*

"La société X, *ayant convenu avec la société Z (acheteur tiers) que celle-ci assume l'obligation d'effectuer* les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés *de la société Y, consent à ce que la société Y soit libérée de sa responsabilité concernant l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. La libération de la société Y devient effective lorsque l'accord entre la société X et la société Z prend effet."*

Annotation du paragraphe 23

Si l'on suppose que la "société Z" est l'acheteur tiers, la "société Y" la partie qui s'est initialement engagée à acheter et la "société X" le fournisseur, la clause *figurant dans le contrat entre la société Y et la société Z* peut être rédigée comme suit :

"La société Z *conclut avec la société X un accord en vertu duquel elle* accepte d'effectuer les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés énoncé dans l'accord conclu entre la société Y et la société X, dont copie est jointe au présent contrat. La société Z accepte d'être liée par tous les termes et conditions de l'accord et accepte en particulier de payer des dommages-intérêts spécifiés conformément audit accord si elle n'effectue pas les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés."

Chapitre X. Restrictions à la revente des marchandises

[*Note des rédacteurs.* L'annotation suivante du paragraphe 10 figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, sous le titre "Chapitre X. Restrictions à la revente des marchandises, Annotation du paragraphe 9". Aucune modification importante n'a été apportée au texte de l'annotation.]

Annotation du paragraphe 10

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui achète les marchandises conformément à l'accord d'échanges compensés et que la "société X" est le fournisseur, la clause peut être rédigée comme suit :

"La société Y doit informer la société X

[*Option A* :] de la revente de ces marchandises; l'information sera donnée dans les ... jours suivant la conclusion du contrat de revente.

[*Option B* :] des négociations menées en vue de la revente des marchandises; la société Y donne à la société X [... jours] [suffisamment de temps] pour formuler toutes observations ou suggestions sur la revente envisagée et la société Y s'abstient de conclure le contrat de revente faisant l'objet de négociations avant l'expiration de ce délai.

Les renseignements donnés doivent comprendre ... [quelques-uns ou la totalité des points suivants : pays, région d'un pays ou ville où les marchandises doivent être envoyées; établissement de la personne à laquelle les marchandises sont revendues; prix de revente; remarquage ou réemballage éventuels des marchandises avant la revente et, le cas échéant, type d'emballage ou de marquage utilisés]."

Chapitre XI. Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales

[*Note des rédacteurs.* Les annotations suivantes des paragraphes 6, 12 et 26 du projet de chapitre XI figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, sous le titre "Chapitre XI. Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales" en tant qu'annotations des paragraphes 5, 12 et 22. Les modifications sont en italique.]

Annotation du paragraphe 6

Si l'on suppose que la "société X" est le fournisseur, que la "société Y" est la partie qui s'est engagée à acheter et que le schilling autrichien est la monnaie de paiement, la clause peut être rédigée comme suit :

[*En cas de défaut d'achat des marchandises*]

"1. Si la société Y n'effectue pas les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés avant l'expiration du délai fixé pour l'exécution, elle est tenue de payer à la société X un montant en schillings autrichiens équivalant à ... pour cent de la portion non exécutée de l'engagement d'échanges compensés. Le paiement de ce montant libère la société Y de la partie de l'engagement non exécuté pour laquelle la somme convenue est demandée.

"2. Si le défaut d'exécution par la société Y est dû au fait que la société X n'a pas mis les marchandises à sa disposition conformément au présent accord d'échanges compensés, le paragraphe 1 ne s'applique pas."

[*En cas de défaut de livraison des marchandises*]

"1. Si la société X ne met pas les marchandises à disposition pour permettre l'exécution de l'engagement d'échanges compensés avant l'expiration du délai fixé pour l'exécution, elle est tenue de verser à la société Y un montant en schillings autrichiens équivalant à ... pour cent de la portion non exécutée de l'engagement. Le paiement de ce montant libère la société X de la partie de l'engagement non exécuté pour laquelle la somme convenue est demandée.

"2. Si le défaut d'exécution par la société X tient au fait que la société Y n'a pas rempli ses obligations au titre du présent accord d'échanges compensés, le paragraphe 1 ne s'applique pas."

Annotation du paragraphe 12 (disposition pouvant être ajoutée à toute clause de dommages-intérêts spécifiés ou clause pénale)

"Aucun montant à titre de dommages-intérêts n'est recouvrable en sus de la somme convenue pour le défaut d'exécution ouvrant droit au paiement de cette somme."

Annotation du paragraphe 26 (disposition pouvant être ajoutée à toute clause de dommages-intérêts spécifiés ou clause pénale)

Si l'on suppose que la "société X" est le bénéficiaire de la clause et la "société Y" la partie tenue de payer la somme convenue, la clause peut être rédigée comme suit :

"Si le paiement de la somme convenue est dû conformément au paragraphe 1, la *société X* a le droit de déduire *la somme convenue de fonds de la société Y détenus par la société X ou de déduire la valeur de la somme convenue d'une créance qu'a la société Y sur la société X. [La déduction ou compensation n'est autorisée que si les fonds détenus par la société X ou la créance qu'a la société Y résultent des contrats suivants ...]*"

Chapitre XIII. Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés

[*Note des rédacteurs.* Les annotations suivantes des paragraphes 7, 21, 23, 44 et 50 figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, sous le titre "Chapitre XIII. Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés" en tant qu'annotations des paragraphes 6, 22, 24, 43 et 49. Les modifications rédactionnelles mineures qui ont été apportées sont en italique.]

Annotation du paragraphe 7

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui s'est engagée à acheter et que la "société X" est le fournisseur, la clause peut être rédigée comme suit :

"Si la société X n'accepte pas une commande passée par la société Y conformément au présent accord d'échanges compensés [ou une commande passée par un acheteur tiers désigné par la société Y conformément au présent accord d'échanges compensés], la société Y est en droit de déclarer que le montant de l'engagement non réglé est réduit du montant de la commande non acceptée."

Lorsqu'il est convenu que la société Y doit accorder un délai supplémentaire à la société X, la clause suivante peut être ajoutée à la précédente :

"Pour se prévaloir du *droit de déclarer* réduit l'engagement d'échanges compensés non réglé, la société Y doit remettre à la société X une notification écrite indiquant que la non-acceptation de la commande constitue une rupture de l'engagement d'échanges compensés et que l'engagement non réglé sera réduit du montant de l'ordre de paiement non accepté si la société X ne met pas les marchandises à disposition dans le délai supplémentaire de [par exemple, 30] jours."

Annotation du paragraphe 21

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui s'est engagée à acheter et que la "société X" est le fournisseur, la clause peut être rédigée comme suit :

"1. La [société Y] [société X] est exemptée de verser des dommages-intérêts ou une somme convenue en cas de défaut d'exécution de ses obligations en vertu de l'accord d'échanges compensés si elle établit que l'inexécution est due à un empêchement matériel ou juridique indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, qu'elle le prévienne ou le surmonte, ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences.

"2. Le délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés est prolongé d'une période de temps correspondant à la durée de l'empêchement. Si l'empêchement dure plus de [six mois, par exemple], [la partie contre laquelle il est invoqué] [l'une ou l'autre des parties] peut résilier l'accord d'échanges compensés par une notification écrite."

Annotation du paragraphe 23

[*Définition générale d'un empêchement exonératoire suivie d'une liste indicative ou exhausive*]

"1. [Même texte que le paragraphe 1 de la clause donnée à titre d'exemple pour le *paragraphe 21*.]

"2. [*Liste indicative* :] Les faits suivants sont des exemples de faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires, à condition qu'ils satisfassent aux critères énoncés au paragraphe 1 : ... [*Liste exhaustive* :] Les faits suivants, à l'exclusion de tout autre, doivent être considérés comme des empêchements exonératoires, à condition qu'ils satisfassent aux critères énoncés au paragraphe 1."

Annotation du paragraphe 44

Si l'on suppose que la "société Y" est l'exportateur (contre-importateur) et que la "société X" est l'importateur (contre-exportateur), la clause peut être libellée comme suit :

"Le fait que la société Y n'achète pas les marchandises conformément au présent accord d'échanges compensés n'autorise pas la société X à suspendre ou retenir les paiements dus à la société Y en vertu du contrat de fourniture de ..."

Annotation du paragraphe 50, première phrase

"En cas de résiliation d'un contrat de fourniture de marchandises dans une direction, aucune des parties n'est autorisée, quelle que soit la cause de la résiliation, à suspendre la conclusion de contrats dans l'autre direction ou à suspendre ou arrêter l'exécution des obligations découlant des contrats conclus dans l'autre direction."

Annotation du paragraphe 50, deuxième phrase

"Si un contrat prévoyant la fourniture de marchandises par la société X à la société Y, conclu au titre du présent accord d'échanges compensés, est résilié, aucune des parties n'est autorisée, quelle que soit la cause de la résiliation, à suspendre ou arrêter l'exécution des obligations découlant du contrat prévoyant la fourniture de marchandises par la société Y à la société X."

Chapitre XIV. Choix de la loi applicable

[*Note des rédacteurs*. Les annotations du paragraphe 21 (deuxième et quatrième phrases) figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7 en tant qu'annotations du paragraphe 20. Les modifications apportées au texte de l'annotation du paragraphe 21, deuxième phrase, sont en italique. Les annotations des paragraphes 15 et 24 sont nouvelles.]

Annotation du paragraphe 15

[*Nouvelle annotation*] "Le présent accord d'échanges compensés, ainsi que les contrats conclus en application dudit accord, sont régis par les règles de (préciser l'ensemble de règles, par exemple la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises)."

Annotation du paragraphe 21, deuxième phrase (exemple de disposition pour l'accord d'échanges compensés et pour un contrat de fourniture)

"*Le présent ... (indiquer l'accord d'échanges compensés ou le contrat de fourniture) est régi par la* loi de ... (indiquer un pays ou une unité territoriale donnée) [en vigueur au ... (indiquer la date de conclusion de l'accord d'échanges compensés ou du contrat de fourniture)]. [*La présente disposition fait référence aux règles de fond de (indiquer le même pays ou la même unité territoriale) et non à ses règles de conflit de lois.*]"

Annotation du paragraphe 21, quatrième phrase (exemple de disposition pour l'accord d'échanges compensés et pour un contrat de fourniture)

[Même texte que celui de l'annotation du *paragraphe 21*, deuxième phrase, avec l'ajout, après la première phrase, du texte suivant :] "La loi choisie régit en particulier la formation et la validité du contrat, ainsi que les conséquences de sa nullité."

Annotation du paragraphe 24

[*Nouvelle annotation*] "Le présent accord d'échanges compensés est régi par la loi de ... (indiquer un pays ou une unité territoriale donnée) [en vigueur au ... (indiquer la date de conclusion de l'accord d'échanges compensés ou du contrat de fourniture)]. Les contrats conclus en vertu du présent accord d'échanges compensés seront régis par (indiquer la loi mentionnée dans la phrase précédente ou une loi différente). [Les règles de droit international privé de ... (indiquer le même pays ou la même unité territoriale que dans les deux phrases précédentes) ne s'appliquent pas.]" (Sur la question de savoir s'il faut retenir la même loi nationale ou différentes lois nationales, on se reportera aux paragraphes 25 à 29.)

Chapitre XV. Règlement des litiges

Les clauses types recommandées dans le Règlement de conciliation de la CNUDCI et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sont incluses dans les annotations des paragraphes 14 et 30 du chapitre XV (A/CN.9/362/Add.15). Pour appliquer la décision du Groupe de travail des paiements internationaux, selon laquelle le Guide juridique devrait indiquer qu'il existe un certain nombre de règlements de conciliation et d'arbitrage différents (A/CN.9/357, par. 101), on propose d'apporter les modifications suivantes au texte du projet de chapitre XV (A/CN.9/362/Add.15) :

A la dernière phrase du paragraphe 14, supprimer les mots "établi par une organisation internationale" et ajouter à la fin du paragraphe la phrase suivante : "D'autres règlements de conciliation ont été établis par diverses organisations internationales et nationales."

A la fin de la note 1, ajouter la phrase suivante : "L'utilisation d'autres règlements de conciliation peut aussi être appropriée dans certains cas."

A la deuxième phrase du paragraphe 30, supprimer les mots : "telles que celle qui est jointe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI".

A la fin de la note 4, ajouter la phrase suivante : "L'utilisation d'autres règlements d'arbitrage peut aussi être appropriée dans certains cas."

Au début de la note 5, ajouter le texte suivant : "Il existe un certain nombre de clauses compromissoires types. De manière générale, il est conseillé d'utiliser la clause type se rattachant au règlement d'arbitrage choisi."

[A/CN.9/362/Add.17]

RÉSUMÉS DE CHAPITRES

Le Groupe de travail des paiements internationaux a décidé, afin de faciliter l'utilisation du Guide juridique, que chaque chapitre serait précédé d'un résumé (A/CN.9/357, par. 15). Comme suite à cette décision, on trouvera dans le présent additif les résumés des chapitres II à XV du projet de Guide juridique.

II. Portée et terminologie du Guide juridique

Les opérations d'échanges compensés traitées dans le Guide juridique sont les opérations dans lesquelles une partie fournit des biens, des services, des techniques ou une autre contrepartie économique à la deuxième partie, en retour de quoi la première partie achète à la seconde un volume convenu de marchandises, de services, de techniques ou d'une autre contrepartie économique. La caractéristique propre à ces opérations est l'existence d'un lien entre les contrats de fourniture dans les deux directions, en ce sens que la conclusion du contrat ou des contrats de fourniture dans une direction dépend de la conclusion du contrat ou des contrats de fourniture dans l'autre direction (par. 1). Le Guide juridique traite des opérations portant sur des marchandises, mais il s'applique également en général aux opérations portant sur des services et peut faire office de modèle, dans ses grandes lignes, pour des opérations portant sur des techniques (par. 2). Il traite essentiellement des opérations d'échanges compensés dans lesquelles les marchandises sont livrées d'un pays à un autre (par. 3).

Les opérations d'échanges compensés prennent diverses formes et ont diverses caractéristiques. Le Guide juridique s'applique dans la plupart des cas à tous les types d'échanges compensés, sauf indication contraire (par. 4 à 6).

Le Guide est axé sur l'élaboration de clauses contractuelles propres aux opérations internationales d'échanges compensés ou revêtant une importance particulière dans ce contexte (par. 7). En règle générale, il ne traite pas de la teneur des contrats de fourniture de marchandises dans le cadre d'une opération d'échanges compensés, car ces contrats ressemblent dans leurs grandes lignes aux contrats conclus en tant qu'opérations séparées et indépendantes (par. 8).

Dans certains pays, les échanges compensés font l'objet d'une réglementation qui peut avoir pour objet de favoriser ou de limiter ces opérations de diverses manières. En outre, divers aspects des opérations d'échanges compensés peuvent être soumis à des règles qui ne visent pas expressément des échanges compensés. Ces règles étant disparates et souvent modifiées, les parties sont avisées le cas échéant, sous la forme d'une mise en garde, qu'une question examinée peut faire l'objet d'une réglementation impérative (par. 9 et 10). Les questions de droit privé intervenant dans les opérations internationales d'échanges compensés ne varient en général pas d'une région à l'autre (par. 11).

La terminologie utilisée dans les opérations d'échanges compensés est très diverse et une terminologie reconnue ne s'est pas fait jour. Le chapitre présente la terminologie utilisée dans le Guide juridique pour désigner divers types d'opérations d'échanges compensés, ainsi que les parties, les contrats et les questions en jeu (par. 12 à 28).

Les termes utilisés pour décrire les divers types d'échanges compensés sont les suivants : "troc" (par. 14); "contre-achat" (par. 15); "achat en retour" (par. 16); "compensation industrielle directe" et "compensation industrielle indirecte (par. 17).

Les termes utilisés pour désigner les parties aux opérations d'échanges compensés sont les suivants : "acheteur"; "fournisseur" ou "partie" (par. 18); "exportateur" ou "contre-importateur" (par. 19); et "importateur" ou "contre-exportateur" (par. 20).

Le terme "opération d'échanges compensés" est utilisé pour désigner l'ensemble de l'arrangement d'échanges compensés (par. 23). Les expressions utilisées pour désigner les différents contrats constituant une opération d'échanges compensés sont les suivantes : "accord d'échanges compensés" [accord énonçant diverses dispositions relatives à la manière dont l'opération d'échanges compensés sera mise en œuvre (par. 24)]; "engagement d'échanges compensés" [engagment pris par les parties de conclure ultérieurement un contrat (par. 25)]; "contrats de fourniture" (par. 26); "contrat d'exportation", "contrat d'importation", "contrat de contre-exportation" et "contrat de contre-importation" (par. 27).

L'utilisation du mot "marchandises" est expliquée au paragraphe 28.

III. Approche contractuelle

Les parties peuvent regrouper en un seul contrat leurs obligations liées aux expéditions de marchandises dans les deux directions ou les énoncer dans des contrats séparés. Un contrat unique peut prendre la forme d'un contrat de troc, qui est un contrat prévoyant un véritable échange de marchandises, ou d'un "contrat fusionné", arrangement par lequel les deux contrats, l'un pour la livraison de marchandises dans une direction et l'autre pour la livraison de marchandises dans l'autre direction sont fusionnés en un contrat unique. La différence entre un contrat de troc et un contrat fusionné est que, dans un contrat de troc, la livraison des marchandises dans une direction vaut paiement pour la livraison des marchandises dans l'autre direction, alors que, dans un contrat fusionné, chaque livraison de marchandises crée une obligation de paiement pécuniaire (par. 1 à 10).

Lorsque les expéditions dans les deux directions font l'objet de contrats séparés, les parties peuvent utiliser diverses approches contractuelles. Selon une approche, le contrat d'exportation et l'accord d'échanges compensés sont conclus simultanément et le contrat de contre-exportation est conclu ultérieurement (par. 11 à 19). C'est la méthode utilisée lorsque les parties souhaitent finaliser un contrat d'expédition dans une direction (contrat d'exportation) avant de convenir du contrat d'expédition dans l'autre direction (contrat de contre-exportation). L'objet de l'accord d'échanges compensés dans un tel cas est d'exprimer l'engagement de conclure un ou des contrats de contre-exportation et, dans la mesure du possible, de tracer les grandes lignes des contrats futurs et de mettre en place des procédures pour la conclusion et l'exécution des contrats de fourniture. Les questions qui peuvent être traitées dans un tel accord d'échanges compensés sont énumérées aux paragraphes 29 à 39.

Selon une autre approche, l'accord d'échanges compensés est conclu avant la conclusion des contrats de fourniture. Cette solution est en général retenue lorsque les parties souhaitent établir un cadre contractuel qui permettra un certain volume d'échanges réciproques durant un délai donné. Dans ce cas, l'accord d'échanges compensés a pour but d'exprimer l'engagement des parties à conclure des contrats de fourniture dans les deux directions et, dans la mesure du possible, d'énoncer les termes des contrats futurs et d'établir des procédures pour la conclusion et l'exécution desdits contrats (par. 11, 12, 20 et 21). Les questions pouvant être traitées dans le cadre d'un tel accord d'échanges compensés sont énumérées aux paragraphes 29 à 39.

Selon une autre approche encore, les parties concluent simultanément les contrats de fourniture distincts pour les expéditions dans chaque direction, ainsi que l'accord d'échanges compensés établissant une relation entre lesdits contrats (par. 11, 12, 40 et 41). Comme cette approche ne suppose pas un engagement à conclure ultérieurement des contrats, elle pose un nombre limité de problèmes. La principale question à traiter dans l'accord d'échanges compensés est la manière dont les obligations des parties relatives aux expéditions dans les deux directions doivent être liées. D'autres questions pouvant se poser sont traitées aux paragraphes 41 et 42.

Dans de nombreux pays, une partie exportant des biens, des services ou des technologies peut s'assurer contre le risque que la créance née de l'exportation ne soit pas honorée. Parmi les risques assurables figurent des risques commerciaux et des risques non commerciaux. Quant aux principes sur lesquels se fonde l'assurance-crédit à l'exportation, certains revêtent une importance particulière pour les opérations d'échanges compensés (par. 43 à 52, en particulier 49 à 52).

Les parties ont souvent besoin d'un financement pour pouvoir mener à bien l'opération. La capacité de la partie demandant un financement à assurer le risque de non-paiement de la créance découlant des livraisons qu'elle a effectuées constitue un facteur important pour l'institution financière qui doit décider d'octroyer ou non un financement. Ce financement peut prendre la forme d'un crédit au fournisseur ou d'un crédit à l'acheteur (par. 53 à 55).

IV. Engagement d'échanges compensés

L'engagement d'échanges compensés est un engagement à conclure ultérieurement un contrat ou une série de contrats de fournitures dans une direction ou dans les deux (par. 1). L'engagement peut être "ferme" ou plus limité, du type d'un engagement "à faire de son mieux". Le guide juridique est axé sur les engagements d'échanges compensés fermes (par. 2).

L'ampleur de l'engagement d'échanges compensés, c'est-à-dire le montant des marchandises à acheter, peut être exprimée en valeur monétaire absolue, en pourcentage de la valeur des marchandises fournies ou en unités d'un type donné de marchandises (par. 3 et 4). L'accord d'échanges compensés peut disposer que seuls les achats dépassant les quantités habituellement achetées seront pris en compte dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés (notion de "quantités additionnelles") (par. 5 et 6).

Les parties peuvent spécifier dans l'accord d'échanges compensés que le délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés doit commencer à date fixe et expirer à date fixe (par. 7), ou que le délai d'exécution d'une durée convenue doit commencer à courir lorsque se produit un fait spécifié dans l'accord d'échanges compensés (par. 8). Un certain nombre de facteurs sont à prendre en compte pour la détermination de la durée du délai d'exécution (par. 9 à 12). Ce délai peut être prolongé dans certaines circonstances (par. 13 à 16). Lorsque l'exécution de l'engagement d'échanges compensés suppose de nombreuses expéditions durant une longue période, les parties voudront peut-être diviser le délai en sous-périodes (par. 17 à 20).

Les parties devraient définir les contrats de fournitures qui seront pris en considération pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés ("contrats de fournitures à prendre en considération"). Ces contrats peuvent être définis sur la base de certains critères : type de marchandises à acheter (par. 21 à 25), origine géographique des marchandises (par. 26 et 27), identité du fournisseur ou type de fournisseur (par. 28), ou identité de l'acheteur ou type d'acheteur (par. 29). Il peut être convenu que, dans certaines circonstances, des achats non conformes seront pris en compte pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés (par. 30).

Dans de nombreuses opérations d'échanges compensés, le prix d'achat total d'un contrat de fourniture est déduit de l'engagement d'échanges compensés non encore exécuté (le montant déduit est appelé "crédit d'exécution"). Parfois, il est convenu qu'un crédit d'exécution sera accordé à un taux supérieur ou inférieur par rapport au prix d'achat total, selon le type de marchandises achetées, l'identité du fournisseur ou le moment où l'achat est effectué (par. 31 à 34).

Il est bon que l'accord d'échanges compensés indique les mesures qui doivent être prises pour que soit exécuté l'engagement d'échanges compensés. Les parties peuvent convenir qu'il y a exécution soit lors de la conclusion d'un contrat de fourniture, soit lors de l'exécution d'un tel contrat (par. 35 à 37).

Il est bon que les parties incluent dans l'accord d'échanges compensés, d'une manière aussi précise que possible, les conditions du contrat futur (par. 38 à 43) ou prévoient les moyens de les déterminer ultérieurement. Elles peuvent énoncer des normes ou directives à utiliser pour déterminer les dispositions contractuelles données (par. 44 à 46), convenir de faire appel à un tiers pour déterminer une condition contractuelle (par. 47 à 54) ou laisser à une partie contractuelle le soin de déterminer une telle disposition (par. 55 et 56). En outre, l'accord d'échanges compensés peut prévoir des procédures de négociation pour la conclusion d'un contrat de fourniture (par. 57 à 60).

Les parties peuvent souhaiter envisager d'énoncer des procédures pour le contrôle et l'enregistrement des progrès réalisés dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés (par. 61). Ces procédures peuvent porter sur les éléments suivants : échange d'informations (par. 62 à 64), confirmation de l'exécution d'un engagement d'échanges compensés (par. 65 à 67) et "compte de relevé des opérations" (par. 68 à 74).

V. Remarques générales sur la rédaction

Les parties jugeront peut-être souhaitable d'établir une liste récapitulative des mesures à prendre lors de la négo-

ciation et de l'élaboration des contrats constitutifs de l'opération (l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture) (par. 1 et 2). Les règles juridiques applicables peuvent exiger que les contrats soient sous forme écrite; même si cette forme n'est pas obligatoire, il est recommandé que les contrats soient établis par écrit (par. 3).

Lors de l'élaboration des contrats constitutifs de l'opération d'échanges compensés, il faudrait tenir compte des questions suivantes : la relation entre les documents contractuels, d'une part, et les échanges verbaux, échanges de correspondance et projets de document, d'autre part (par. 4); la désignation d'une personne chargée avant tout de superviser l'établissement des projets de documents (par. 5); les dispositions de la loi applicable sur l'interprétation des contrats et les présomptions quant au sens à donner à certaines expressions (par. 6); les dispositions impératives (par. 7); les exposés introductifs (par. 8); l'utilisation de formules types, conditions générales, clauses types et contrats conclus précédemment (par. 9); l'utilisation d'une ou plusieurs langues pour les documents contractuels (par. 10 à 12); l'identification et la description des parties dans un document principal venant en premier dans l'ordre logique des différents documents (par. 13); les fondements du statut juridique des parties qui sont des personnes morales et toute condition particulière à prendre en compte lorsqu'une partie est un organisme public (par exemple autorisation requise pour la conclusion d'un contrat ou d'une convention d'arbitrage) (par. 14); le nom, l'adresse, le statut et les pouvoirs de tous représentants (par. 15).

Il est souhaitable que les parties envisagent la forme que doivent prendre les notifications dans le cadre de l'opération d'échanges compensés et les moyens d'acheminement de ces notifications (par. 16 et 17), le moment où une notification est réputée exercer ses effets (par. 18), les destinataires des notifications (par. 19) et les conséquences d'un défaut de notification et d'un défaut de réponse à une notification (par. 20).

Il est bon de définir certaines expressions ou notions clefs qui sont fréquemment utilisées dans l'accord d'échanges compensés ou dans les contrats de fourniture (par. 21 à 24).

VI. Type, qualité et quantité des marchandises

Les considérations relatives aux "marchandises" dans le Guide juridique s'appliquent également, de manière générale, aux services et à la technologie (par. 1).

Les parties peuvent soit déterminer dans l'accord d'échanges compensés le type de marchandises qui fera l'objet du contrat de fourniture ultérieur, en ne faisant peut-être référence qu'à de grandes catégories de marchandises, soit ne pas énoncer le type de marchandises. Plus le type, la qualité et la quantité des marchandises seront précisés, plus le contrat de fourniture aura de chances d'être conclu. Parfois, bien que le type de marchandises soit déterminé dans l'accord d'échanges compensés, la détermination de la qualité et de la quantité est laissée à plus tard, parce que les éléments sur lesquels les parties souhaitent fonder leur décision en la matière ne sont pas encore pleinement connus (par. 2).

Diverses considérations commerciales sont prises en compte pour le choix du type de marchandises à fournir dans le cadre de l'opération. La liberté qu'ont les parties de convenir du type de marchandises à échanger peut être limitée par des règlements nationaux (par. 3 à 6).

Lorsque les parties concluent un accord d'échanges compensés sans déterminer le type de marchandises, elles peuvent souhaiter inclure dans l'accord une liste de marchandises possibles dont l'achat s'inscrira dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés. Lorsqu'elles établissent une telle liste, les parties peuvent régler des questions telles que la disponibilité des marchandises figurant sur la liste, l'obligation faite à l'acheteur de fournir des spécifications et conditions, la notion de "quantité additionnelle" et la procédure de détermination du type de marchandises (par. 7 à 14). Les questions qui se posent lorsque des services et des technologies sont l'objet de l'opération d'échanges compensés sont traitées aux paragraphes 15 à 23.

La question de la qualité des marchandises pose deux grands problèmes que les parties pourront traiter dans l'accord d'échanges compensés : détermination du niveau de qualité de marchandises offertes à l'achat (par. 24 à 28) et mise en place de procédures pour vérifier, avant la conclusion du contrat de fourniture, si les marchandises offertes sont conformes au niveau de qualité spécifié (par. 29 à 32).

La quantité des marchandises achetées peut être spécifiée dans l'accord d'échanges compensés ou n'être déterminée qu'au moment de la conclusion des contrats de fourniture. La quantité peut être exprimée en valeur pécuniaire ou en nombre d'unités, ou être déterminée sur la base des besoins de l'acheteur ou de la production du fournisseur (par. 33 à 39).

Notamment dans le cadre d'opérations à long terme, il peut être prévu qu'à intervalles réguliers ou comme suite à une modification spécifiée des circonstances, les parties réexamineront les dispositions de l'accord d'échanges compensés relatives au type, à la qualité ou à la quantité des marchandises. Les parties voudront peut-être convenir dans l'accord d'échanges compensés que, dans certaines conditions, un crédit d'exécution pourra être accumulé grâce à l'achat de marchandises autres que celles qui avaient été convenues dans l'accord d'échanges compensés (par. 40 et 41).

VII. Etablissement du prix des marchandises

Ce chapitre traite des méthodes de détermination du prix des marchandises qui feront l'objet du contrat de fourniture à conclure comme suite à l'engagement d'échanges compensés. Il traite également de certaines questions qui se posent en la matière dans le cas de la fourniture de services et du transfert de technologie. Il traite en outre de la monnaie dans laquelle le prix est exprimé et de la révision du prix.

Il est bon que les parties spécifient dans l'accord d'échanges compensés le prix des marchandises qui feront l'objet du futur contrat de fourniture. Lorsqu'elles ne sont pas à même de le faire, il est bon de prévoir dans l'accord d'échanges compensés une méthode de détermination du prix au moment où le contrat de fourniture sera conclu (par. 1 à 6).

La monnaie dans laquelle le prix doit être payé peut entraîner certains risques en raison de la fluctuation du taux

de change de la monnaie retenue par rapport à d'autres monnaies. Lorsqu'elles conviennent de la monnaie à retenir, les parties devraient tenir compte des réglementations en matière de change. Elles souhaiteront peut-être libeller le prix dans une monnaie stable ou une unité de compte (par. 7 à 10).

L'accord d'échanges compensés peut prévoir la détermination du prix au moyen d'une norme, méthode qui permet d'établir le prix au moment de la conclusion d'un contrat de fourniture sans qu'intervienne la volonté des parties. Les normes de prix suivantes peuvent être retenues : prix sur le marché de biens ou services de qualité standard; coût de production des marchandises; prix pratiqué par un concurrent; prix du client le plus favorisé (par. 11 à 20).

Les parties peuvent convenir dans l'accord d'échanges compensés que le prix à payer au titre du futur contrat de fourniture sera négocié après la conclusion de l'accord d'échanges compensés. Il est souhaitable que, dans la mesure du possible, les parties arrêtent des directives pour la négociation du prix (par. 21 à 24).

Parfois, les parties prévoient que le prix sera fixé par un tiers indépendant (par exemple, un spécialiste du marché des marchandises en question) (par. 25 et 26). Parfois, il est convenu que le prix sera déterminé par l'une des parties à l'accord d'échanges compensés, auquel cas la plus grande prudence est recommandée (par. 27).

Les prix des services peuvent être fixés sur la base de taux unitaires pour des unités de travail ou sur la base d'un montant forfaitaire ou encore selon la méthode des travaux en régie (par. 28 à 31).

Pour ce qui est de la détermination du prix d'un transfert de technologie, les deux principales méthodes sont le paiement d'un montant forfaitaire et le paiement de redevances (par. 32 à 38).

Lorsque les expéditions s'étalent sur une certaine durée, il peut être nécessaire de réviser le prix pour tenir compte de l'évolution des conditions économiques. Le prix peut être révisé à des dates déterminées ou comme suite à certaines modifications des conditions économiques (par. 39 à 43). Les méthodes possibles de révision des prix sont les suivantes : nouvelle application de la méthode utilisée pour déterminer le prix original (par. 44); clause d'indexation, méthode par laquelle le prix des marchandises échangées évolue en fonction du niveau des prix de biens et services spécifiés (par. 45 à 47); clause sur la monnaie de paiement ou clause sur l'unité de compte, en vertu desquelles le prix est lié à un taux de change entre la monnaie dans laquelle le prix est libellé et une autre monnaie spécifiée (par. 48 à 52).

VIII. Participation de tiers

Ce chapitre traite des cas où une partie qui s'est engagée à acheter ou à fournir des marchandises, au lieu de les acheter ou de les fournir elle-même, confie cette tâche à un tiers (sect. B et C). La section D traite des opérations "multipartites" qui sont distinctes des cas examinés aux sections B et C.

Il arrive souvent qu'une partie qui s'est engagée à acheter des marchandises (partie "initialement" engagée à acheter des marchandises) dans le cadre d'un accord d'échanges compensés engage un tiers ("acheteur tiers") pour réaliser ces achats (par. 4 à 7). Lorsque la participation d'un acheteur tiers est envisagée, il est souhaitable de traiter dans l'accord d'échanges compensés la question du choix de cet acheteur et de préciser qui est responsable vis-à-vis du fournisseur si le tiers n'effectue pas les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés (par. 9 à 20). En outre, la partie qui s'est initialement engagée à acheter des marchandises et l'acheteur tiers doivent conclure un contrat où seront traitées des questions telles que la nature de l'engagement du tiers (engagement "ferme" ou engagement "à faire de son mieux") (par. 22); les honoraires du tiers (par. 30 à 36); la clause d'indemnisation (par. 37); et la question de savoir si le tiers doit avoir un mandat exclusif ou non exclusif pour l'achat et la revente des marchandises (par. 38 à 40).

Il arrive que les parties à un accord d'échanges compensés conviennent que la partie effectuant des achats en sus de ce qu'exige l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sera autorisée à utiliser le crédit ainsi constitué en vue d'acquitter des engagements d'échanges compensés qu'elle ou un tiers pourra devoir assumer à l'avenir (par. 8).

La partie qui s'est engagée à fournir des marchandises (partie "initialement" engagée à fournir) désigne parfois un tiers ("acheteur tiers") pour fournir les marchandises (par. 41 à 44). Lorsqu'est envisagée la participation d'un fournisseur tiers, il est bon de traiter dans l'accord d'échanges compensés la question du choix dudit tiers et de préciser quels sont les effets de son incapacité à mettre les marchandises convenues à disposition. Dans certaines opérations, le choix du fournisseur tiers est laissé à la partie qui s'engage à acheter les marchandises (par. 45 et 46). Dans d'autres cas, ce choix est laissé à la partie qui s'est engagée initialement à fournir des marchandises (par. 47 à 52).

Pour ce qui est des opérations d'échanges compensés "multipartites", trois types sont décrits dans le chapitre, à savoir : *a)* l'opération tripartite qui met en jeu l'exportateur (qui ne s'engage à aucun moment à effectuer une contre-importation), l'importateur et le contre-importateur tiers; *b)* l'opération tripartite qui met en jeu l'exportateur, l'importateur (qui ne s'engage à aucun moment à effectuer une contre-exportation) et un contre-exportateur tiers; et *c)* une opération quadripartite dans laquelle le contrat de fourniture dans une direction est conclu par deux parties et le contrat de fourniture dans l'autre direction est conclu par deux autres parties (par. 53 à 58).

IX. Paiements

Les parties à une opération d'échanges compensés peuvent décider de lier les paiements pour les contrats de fourniture dans les deux directions, de manière que le produit du contrat dans une direction soit utilisé pour payer le prix du contrat dans l'autre direction, ce qui permet d'éliminer ou de réduire les transferts de fonds entre les parties (par. 1 à 8).

Les parties conviennent parfois que l'expédition dans une certaine direction (contrat d'exportation) précédera l'expédition dans l'autre direction (contrat de contre-exportation) de manière à dégager des fonds pour l'opération de contre-exportation. Dans une telle opération, parfois qualifiée d'"achat préalable" les parties peuvent décider que les sommes provenant de l'exportation seront détenues par l'importateur jusqu'à ce que le prix de la contre-exporta-

tion soit exigible (par. 9 à 13). Lorsque dans une opération d'achat préalable, les fonds obtenus au titre du contrat d'exportation ne sont pas laissés sous le contrôle de l'importateur, les parties peuvent décider d'utiliser un "compte bloqué" ou des "lettres de crédit croisées" (par. 14 à 18). Lorsque les parties choisissent la méthode du compte bloqué, les fonds obtenus au titre du contrat d'exportation sont déposés sur un compte d'une banque convenue, et le retrait des fonds, qui doivent servir à payer les marchandises faisant l'objet de l'opération de contre-exportation est régi par des conditions convenues (par. 19 à 30). Lorsque les parties utilisent des lettres de crédit croisées, les fonds payables au titre de la lettre de crédit émise par l'importateur en faveur de l'exportateur ("lettre de crédit d'exportation") sont bloqués de manière à être utilisés pour couvrir la lettre de crédit émise par le contre-importateur en faveur du contre-exportateur ("lettre de crédit de contre-exportation") (par. 31 à 37).

Les parties peuvent convenir que leurs créances découlant des expéditions effectuées dans les deux directions feront l'objet d'une compensation. Si un solde apparaît lors de cette compensation, il peut être réglé par livraison de marchandises supplémentaires ou par un versement. Pour faciliter la compensation des créances, notamment dans le cas d'expéditions multiples, les parties peuvent souhaiter utiliser un mécanisme appelé dans le Guide "compte de compensation". Un compte de compensation peut être administré par les parties elles-mêmes ou par une ou plusieurs banques (par. 38 à 57).

Certaines questions communes à tous les mécanismes de paiements liés (monnaie, désignation des banques, accords interbancaires, fonds inutilisés ou excédentaires, paiements ou livraisons supplémentaires et frais bancaires) sont examinées aux paragraphes 58 à 65.

Dans le cas d'une opération d'échanges compensés multipartites (c'est-à-dire tripartite ou quadripartite; voir chap. VIII), les parties peuvent convenir que les fonds résultant du contrat de fourniture entre deux parties données doivent être utilisés pour payer un contrat entre deux parties dont l'une au moins est différente. Dans une opération tripartite comprenant un tiers contre-importateur, l'importateur, au lieu de transférer des fonds à l'exportateur dans le cadre du contrat d'exportation, livre des marchandises au contre-importateur et est réputé avoir payé les importations à concurrence de la valeur des marchandises qu'il a ainsi livrées; le contre-importateur, quant à lui, paie à l'exportateur une somme correspondant à la valeur des marchandises qu'il a reçues du contre-exportateur. De même, dans une opération tripartite comprenant un tiers contre-exportateur, l'importateur effectue un virement au profit du contre-exportateur en paiement des marchandises expédiées au contre-importateur et ce dernier (exportateur) accepte que sa créance au titre du contrat d'exportation soit compensée jusqu'à concurrence de la valeur des marchandises qui lui ont été livrées. Dans une opération quadripartite, l'exportateur expédie des marchandises à l'importateur et ce dernier, au lieu de payer l'exportateur, paie au contre-exportateur un montant équivalent à la valeur des marchandises qu'il a reçues de l'exportateur. Le contre-exportateur est payé pour les marchandises expédiées au contre-importateur par les sommes qu'il reçoit de l'importateur. Le contre-importateur paie à l'exportateur un montant correspondant à la valeur des marchandises reçues du contre-exportateur (par. 66 à 73).

Comme lorsqu'il n'y a que deux parties, les systèmes de comptes bloqués et de lettres de crédit croisées peuvent être utilisés dans les opérations d'échanges compensés multipartites (par. 74 à 77).

X. Restrictions à la revente des marchandises

Parfois, les parties conviennent, dans l'accord d'échanges compensés ou dans un contrat de fourniture, de restrictions concernant la vente des marchandises achetées conformément à l'engagement d'échanges compensés (par. 1 et 2).

Les parties devraient être conscientes du fait que de nombreux systèmes juridiques énoncent des règles impératives concernant les pratiques commerciales restrictives et elles devraient veiller à ce que les restrictions qu'elles envisagent ne soient pas contraires à ces règles. Ces règles impératives peuvent énoncer des interdictions de caractère général touchant les pratiques qui limitent indûment la concurrence et désavantagent donc les consommateurs ou les concurrents, ou qui nuisent à l'économie nationale. En outre, elles interdisent souvent expressément des types donnés de pratiques commerciales restrictives (contre des accords fixant un prix minimum, par exemple) (par. 3).

Lorsque les parties envisagent une restriction à la revente, il leur est conseillé d'être aussi précises que possible dans l'accord d'échanges compensés quant à la teneur de la restriction (par. 4 à 7).

Les parties à une opération d'échanges compensés font parfois figurer dans l'accord d'échanges compensés des dispositions restreignant la liberté du fournisseur des marchandises de compensation de commercialiser le type de marchandises faisant l'objet de l'opération d'échanges compensés (par. 8).

L'accord d'échanges compensés peut disposer que la partie achetant les marchandises doit informer le fournisseur de certains aspects de la revente des marchandises, tels que le territoire où s'effectuera la revente, le prix de revente, ou l'emballage ou le marquage des marchandises (par. 9 et 10).

Les parties à une opération d'échanges compensés conviennent parfois de restrictions quant au territoire sur lequel la partie achetant les marchandises dans le cadre de l'accord pourra les revendre (par. 11 à 16).

Parfois, les accords d'échanges compensés comportent des dispositions relatives au prix minimum de revente des marchandises. Il convient de noter que, dans de nombreux Etats, les règles impératives relatives aux pratiques commerciales restrictives n'autorisent pas la fixation d'un prix de revente minimum ou ne l'autorisent que dans des circonstances limitées (par. 17 à 20).

L'accord d'échanges compensés peut énoncer des conditions quant au type d'emballage ou de marquage à utiliser pour la revente des marchandises. Les parties devraient veiller à ce que les conditions énoncées dans l'accord à propos de l'emballage et du marquage ne soient pas contraires aux règles impératives du lieu où les marchandises doivent être revendues (par. 21 et 22).

Lorsqu'il est possible à la partie qui s'est engagée à acheter les marchandises de faire appel à un tiers pour effectuer les achats, le fournisseur voudra peut-être veiller à ce que la restriction à la revente énoncée dans l'accord d'échanges compensés soit respectée par le tiers (par. 23 et 24).

Il peut être bon, pour le cas où les circonstances commerciales évoluent, de prévoir dans l'accord d'échanges compensés une révision des restrictions convenues (par. 25 et 26).

XI. Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales

Les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales prévoient qu'en cas d'inexécution par une partie d'une obligation spécifiée, ou d'exécution tardive, la partie lésée a droit au versement par la partie en faute d'une somme convenue au moment où les parties ont établi leur relation contractuelle. Le versement de la somme convenue peut avoir pour objet, soit de stimuler l'exécution de l'obligation, soit de dédommager du préjudice causé par le défaut d'exécution, soit les deux (par. 1).

Le chapitre traite des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales couvrant les défauts d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (par. 2), qui peuvent prendre la forme d'une non-exécution ou d'une exécution tardive (par. 3 et 4). La clause peut couvrir l'engagement pris par l'acheteur d'acquérir les marchandises ou l'engagement pris par le fournisseur de mettre les marchandises à disposition (par. 5 et 6).

De nombreuses législations nationales comportent des dispositions sur les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales. Ces dispositions comprennent : nullité, dans certains systèmes juridiques, des clauses fixant une somme convenue pour encourager l'exécution de l'engagement, la partie à laquelle s'applique la clause n'étant tenue qu'à verser des dommages-intérêts en application du droit commun (par. 7); règles donnant aux tribunaux le pouvoir de réduire le montant convenu ou d'accorder des dommages-intérêts supplémentaires lorsque le préjudice effectif dépasse la somme convenue (par. 7); règle selon laquelle la somme convenue n'est pas due si la partie qui n'a pas exécuté l'obligation en question n'est pas responsable de la non-exécution (par. 8); autres règles sur la relation entre le recouvrement de la somme convenue et le recouvrement de dommages-intérêts (par. 12).

Il faut distinguer les clauses de dommages-intérêts spécifiés ou les clauses pénales des clauses limitant le montant des dommages-intérêts recouvrables, des clauses instituant des obligations alternatives et des clauses instituant l'obligation de corriger par des paiements en espèces tout déséquilibre des échanges dans le cas de contrats de troc, ou prévoyant que les créances réciproques doivent être compensées (par. 9 et 10).

Lorsqu'une partie qui s'est initialement engagée à acheter ou à fournir des marchandises recourt à un tiers pour s'acquitter de cet engagement, les parties peuvent convenir que le tiers doit verser des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité à la partie ayant pris l'engagement initial, au cas où il ne s'acquitterait pas de son engagement d'acheter ou de fournir des marchandises (par. 11).

Les parties doivent traiter d'une importante question : en réclamant la somme convenue, le bénéficiaire de la clause renonce-t-il à obtenir l'exécution de l'obligation principale ? Souvent, les parties à des opérations d'échanges compensés considèrent que le bénéficiaire qui choisit de réclamer la somme convenue ne peut alors réclamer aussi l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Parfois, les parties disposent que la somme convenue est payable en cas de retard dans l'exécution de l'engagement, auquel cas l'engagement d'échanges compensés reste à exécuter malgré le paiement de la somme convenue. Il est souhaitable que les parties précisent, dans l'accord d'échanges compensés, les effets du paiement de la somme convenue (par. 13 à 16).

Le montant des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité peut être un montant absolu ou un pourcentage de la valeur de l'engagement non exécuté (par. 17). Lorsque la clause s'applique également en cas de retard, la somme convenue est souvent fixée de manière graduelle, un montant spécifié étant dû pour un retard spécifié (par. 18). Les questions concernant la détermination du montant approprié de la somme convenue sont examinées aux paragraphes 19 à 23.

Les questions relatives au recouvrement de la somme convenue qui peuvent être traitées dans un accord d'échanges compensés sont notamment les suivantes : délai de recouvrement de la somme convenue (par. 24); paiement de la somme convenue lorsque le délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés est divisé en sous-périodes (par. 25); droit du bénéficiaire à déduire la somme convenue des fonds de l'autre partie qui lui ont été remis ou droit du bénéficiaire à compenser la créance correspondant à la somme convenue par une créance équivalente (par. 26); garantie indépendante pour couvrir l'obligation de verser la somme convenue (par. 27). L'accord d'échanges compensés peut aussi prévoir la possibilité de résilier l'engagement d'échanges compensés lorsque la clause de dommages-intérêts spécifiés ou la clause pénale couvre les retards (par. 28), et l'effet de la résiliation de l'engagement d'échanges compensés sur l'obligation de payer la somme convenue (par. 29).

XII. Garantie de bonne exécution

Les parties à une opération d'échanges compensés peuvent convenir d'utiliser une garantie pour assurer l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Une garantie peut être utilisée pour assurer l'obligation d'acheter des marchandises, l'obligation de fournir des marchandises ou ces deux obligations à la fois (par. 1).

Une garantie peut être soit indépendante de l'obligation principale, soit accessoire. Dans une garantie indépendante, le garant est tenu de payer lorsque le bénéficiaire de la garantie lui présente la demande de paiement et tout autre document supplémentaire requis selon les conditions de la garantie; un tel document peut être, par exemple, la déclaration du bénéficiaire selon laquelle la partie qui a fait établir la garantie (le "donneur d'ordre") n'a pas respecté l'obligation principale, la déclaration du bénéficiaire précisant les circonstances qui constituent la non-exécution, ou un certificat ou une décision d'un tiers indiquant que l'obligation principale n'a pas été respectée. Pour déterminer s'il doit ou non payer, le garant n'a pas à enquêter pour savoir si l'obligation principale n'a effectivement pas été exécutée, mais doit seulement vérifier si la demande de paiement et tout document justificatif sont conformes aux conditions spécifiées dans la garantie. Même si l'obligation de payer incombant au garant est indépendante de l'obligation principale, la demande de paiement formulée au titre de la garantie peut être, dans des circonstances exceptionnelles, exclue, notamment lorsque la demande du bénéficiaire est frauduleuse (par. 3).

Dans le cas d'une garantie accessoire, le garant doit, avant de payer, vérifier si l'obligation principale a été exécutée et il est normalement habilité à invoquer tous les moyens de défense que le donneur d'ordre peut invoquer à l'encontre du bénéficiaire (par. 4).

Le chapitre ne traite que des garanties indépendantes, ce qui ne doit pas être interprété comme une préférence pour ce type de garantie. Il traite aussi des garanties sous forme de lettres de crédit stand-by, qui sont un équivalent fonctionnel des garanties indépendantes (par. 5 et 6).

En cas d'utilisation d'une garantie, les parties devraient inclure dans l'accord d'échanges compensés des dispositions portant notamment sur les questions suivantes : partie devant fournir la garantie (par. 8); libération du donneur d'ordre de son obligation d'exécuter l'engagement d'échanges compensés par un paiement au titre de la garantie (par. 9); identité du garant ou manière de le choisir (par. 10 à 16); documents à présenter par le bénéficiaire pour que le garant soit tenu de payer (par. 17 à 22); montant de la garantie et possibilité d'instaurer un mécanisme pour réduire ce montant au fur et à mesure de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés (par. 23 à 26); moment où la garantie doit être établie (par. 27 à 30); expiration de la garantie (par. 31 à 33); renvoi de l'instrument de garantie (par. 34); obligation de prolonger la garantie du fait de la prolongation du délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (par. 35 et 36); modification de l'engagement principal et modification de la garantie (par. 37 à 39).

Dans les opérations où les marchandises expédiées dans les deux directions ne sont pas payées en espèces, des garanties peuvent être utilisées pour assurer l'élimination par un paiement en espèces d'un éventuel déséquilibre des échanges (par. 40 à 48).

XIII. Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés

Ce chapitre traite de la question des recours en cas de défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (sect. B) et des circonstances dans lesquelles une partie est libérée de sa responsabilité pour défaut d'exécution de l'engagement (sect. C). Il examine en outre les conséquences d'un défaut de conclusion ou d'exécution d'un contrat de fourniture dans une direction sur l'obligation incombant aux parties de conclure ou d'exécuter des contrats de fourniture dans l'autre direction (sect. D). L'analyse s'inscrit dans le contexte des engagements "fermes" d'échanges compensés (par. 1 à 3).

Il est souhaitable d'énoncer dans l'accord d'échanges compensés les recours disponibles pour défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés car les législations nationales ne comportent généralement pas de règles visant expressément les échanges compensés (par. 4 et 5). Les recours à envisager sont la libération d'une partie de l'engagement d'échanges compensés (par. 6 à 10) ou une compensation pécuniaire, en particulier sous forme de dommages-intérêts spécifiés ou de pénalité (par. 11 et 12).

Durant la période d'exécution de l'engagement d'échanges compensés, il peut se produire des faits d'ordre juridique ou matériel qui empêchent, de façon permanente ou temporaire, une partie de conclure, comme elle s'y était engagée, un contrat de fourniture envisagé. La partie qui ne s'acquitte pas de ses obligations en raison d'un tel empêchement peut, selon la loi applicable ou les dispositions de l'accord d'échanges compensés, obtenir un délai supplémentaire pour s'acquitter de ses obligations ou en être totalement libérée. Les empêchements qui donnent lieu à une telle exemption sont appelés "empêchements exonératoires" (par. 13).

Nombre de législations nationales comportent des règles concernant les empêchements exonératoires. Cependant, ces règles peuvent avoir des résultats incompatibles avec les exigences d'une opération donnée et les parties peuvent donc souhaiter inclure dans leur accord d'échanges compensés une clause précisant les conséquences juridiques d'un empêchement exonératoire (par. 14 à 18) et une clause définissant les empêchements exonératoires (par. 19 à 34). L'accord d'échanges compensés peut aussi contenir une clause par laquelle la partie invoquant un empêchement exonératoire doit en aviser par écrit l'autre partie (par. 35 et 36).

Dans la mesure où dans une opération d'échanges compensés la conclusion du contrat de fourniture de marchandises dans une direction dépend de la conclusion du contrat de fourniture dans l'autre direction, la question peut se poser de savoir si un défaut de conclusion ou d'exécution d'un contrat dans une direction devrait avoir un effet sur l'obligation de conclure ou d'exécuter un contrat dans l'autre direction. En général, les législations nationales ne donnent pas de réponses précises à cette question d'interdépendance des obligations dans des opérations d'échanges compensés. Pour éviter toute incertitude ou désaccord, les parties peuvent donc souhaiter inclure dans l'accord d'échanges compensés des clauses indiquant dans quelle mesure les obligations sont interdépendantes (par. 37 à 42). Ces clauses peuvent porter en particulier sur les problèmes ci-après, qui peuvent se poser dans le cadre de l'exécution de l'opération d'échanges compensés : défaut de conclusion d'un contrat de fourniture comme prévu dans l'accord d'échanges compensés (par. 43 à 48), résiliation d'un contrat de fourniture (par. 49 à 55), défaut d'exécution d'une obligation de paiement liée à un contrat de fourniture (par. 56 à 60), défaut de livraison de marchandises faisant l'objet d'un contrat de fourniture (par. 61).

XIV. Choix de la loi applicable

Ce chapitre porte sur le choix que font les parties à une opération d'échanges compensés quant à la loi applicable à l'accord d'échanges compensés, aux contrats de fourniture dans les deux directions, et au contrat par lequel une partie tenue de s'acquitter d'un engagement fait appel à un tiers pour s'acquitter dudit engagement. Le chapitre traite également de la question de savoir si l'accord d'échanges compensés et les contrats constituant l'opération devraient être soumis à une loi nationale unique ou à des lois nationales différentes (par. 1).

En vertu des règles de "droit international privé" (ou règles de "conflit de lois") de nombreux Etats, les parties ont la possibilité de choisir par convention la loi applicable, bien que certaines de ces lois limitent cette faculté de choix. Si les parties ne choisissent pas la loi applicable, celle-ci est déterminée par l'application des règles du droit international privé (par. 2). En choisissant la loi applicable, les parties ne déterminent pas la juridiction compétente

(par. 3). Quelle que soit la loi choisie, certains aspects de l'opération d'échanges compensés peuvent être régis par des règles impératives (par. 4 et 30 à 33). La mesure dans laquelle les parties ont la faculté de décider que telle ou telle question sera régie par la loi choisie peut être limitée (par. 5). L'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises à une opération d'échanges compensés est examinée au paragraphe 6.

Pour éviter toute incertitude quant à la loi qui s'applique, il est souhaitable que les parties choisissent expressément la loi qui régira l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture (par. 8 à 11). La mesure dans laquelle les parties sont autorisées à choisir la loi applicable est fonction des règles de droit international privé qui sont appliquées. Dans certains systèmes de droit international privé, l'autonomie des parties est limitée, puisqu'elles ne sont autorisées à choisir qu'une loi nationale présentant un lien avec le contrat (règle du "lien juridique"). Dans la plupart des systèmes de droit international privé, les parties sont autorisées à choisir la loi applicable sans ces restrictions (par. 12).

Il est généralement souhaitable que la loi choisie par les parties soit la loi d'un pays déterminé (par. 13 à 18). En choisissant la loi applicable, les parties voudront peut-être tenir compte des facteurs suivants : connaissance qu'ont les parties de cette loi ou possibilité qu'elles ont d'en prendre connaissance; capacité qu'a cette loi de régler comme il convient les problèmes juridiques qui peuvent découler des relations contractuelles établies entre elles; mesure dans laquelle cette loi renferme des règles impératives empêchant les parties de régler par convention des questions qui peuvent découler de leur relation contractuelle (par. 19). Les autres questions que les parties pourraient garder à l'esprit sont les suivantes : modifications éventuelles apportées à la loi choisie par les parties (par. 20); conception pouvant présider à la rédaction de la clause désignant la loi applicable (par. 21); séparation entre la clause concernant la loi applicable et le reste du contrat (par. 22); applicabilité de la loi choisie à la prescription des droits (limites des recours) (par. 23); utilité de désigner la loi applicable non seulement à l'accord d'échanges compensés mais aussi aux futurs contrats de fourniture (par. 24).

Lors du choix de la loi applicable, les parties peuvent souhaiter examiner la question de savoir si l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture à conclure devraient être soumis à une loi nationale unique ou à diverses lois nationales (par. 25 à 29).

XV. Règlement des litiges

Il est souhaitable que les parties conviennent de la manière de régler tous litiges qui pourront naître de l'accord d'échanges compensés et des contrats de fourniture connexes. Il y a notamment la négociation, la conciliation, l'arbitrage et la procédure judiciaire (par. 1 à 6). Dans certains Etats, la liberté donnée à un organisme de l'Etat de conclure un accord compromissoire ou de convenir qu'un tribunal d'un Etat étranger sera compétent est restreinte (par. 7).

En général, le mode le plus satisfaisant de règlement d'un litige entre les parties est le règlement amiable par la négociation entre les parties (par. 8 à 11).

Si les parties ne peuvent régler leur litige par la négociation, elles voudront peut-être essayer la conciliation avant de recourir à une procédure arbitrale ou judiciaire. La conciliation a pour objet d'arriver à un règlement amiable du litige avec l'assistance d'un conciliateur neutre. Si les parties disposent qu'elles pourront recourir à la conciliation, elles peuvent régler les questions de procédure pertinentes en convenant d'un ensemble de règles de conciliation telles que le Règlement de conciliation de la CNUDCI (par. 12 à 15).

Diverses raisons expliquent pourquoi l'arbitrage est fréquemment utilisé pour le règlement de litiges nés d'opérations d'échanges compensés (par. 16 et 17). En général, la procédure arbitrale ne peut être organisée que sur la base d'un accord entre les parties. Comme il peut être plus difficile d'arriver à un accord à ce propos après qu'un litige est apparu, il est souhaitable de conclure un accord compromissoire dès le début de l'opération d'échanges compensés (par. 18 et 23). Les parties peuvent choisir le type d'arbitrage qui répond le mieux à leurs besoins (par. 24 à 26).

La procédure arbitrale sera normalement régie par les règles de procédure de l'Etat où elle se déroule. Il est souhaitable que les parties conviennent d'adopter un ensemble de règles régissant la procédure arbitrale dans le cadre de leur accord. Lorsque les parties choisissent de faire arbitrer leurs litiges par une institution, cette institution peut leur demander d'appliquer son propre règlement (par. 27 à 29). Certaines règles d'arbitrage contiennent une clause d'arbitrage type qui invite les parties à régler dans le cadre de cette clause des questions telles que la participation d'une autorité de nomination et le nombre des arbitres (par. 30 à 34), le lieu de l'arbitrage (par. 35 à 39) et la ou les langue(s) à utiliser dans la procédure arbitrale (par. 40 et 41).

Si les parties ne peuvent convenir de soumettre leur litige à l'arbitrage, les litiges qui ne sont réglés ni par la négociation ni par la conciliation devront l'être par voie judiciaire. Les tribunaux de deux Etats ou plus peuvent parfois connaître d'un litige donné entre les parties. Les parties peuvent convenir d'adopter une clause conférant compétence dans laquelle elles s'obligent à soumettre leur litige à un tribunal donné (par. 42 à 45).

Les opérations d'échanges compensés font souvent intervenir plusieurs contrats, outre l'accord d'échanges compensés. Dans ces opérations à contrats multiples, les parties voudront peut-être étudier s'il serait souhaitable de convenir d'une instance unique chargée du règlement de tous les litiges pouvant découler de l'opération, c'est-à-dire le même conciliateur, le même tribunal arbitral ou le même tribunal judiciaire (par. 46 à 49).

Dans une opération d'échanges compensés, il peut naître des litiges mettant en jeu ou intéressant non seulement l'exportateur et l'importateur, mais également d'autres parties, notamment des tiers engagés en tant qu'acheteurs ou fournisseurs de marchandises. Dans de tels litiges, il peut être souhaitable que toutes les questions connexes soient réglées dans le cadre de la même procédure de règlement des litiges (par. 50 à 53).

III. PASSATION DES MARCHÉS

A. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa treizième session

(New York, 15-26 juillet 1991) (A/CN.9/356) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-13
DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS		14-196
I. EXAMEN DES PROJETS D'ARTICLES 28 A 35 DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS (A/CN.9/WG.V/WP.30)		14-147
Article 28	Examen, évaluation et comparaison des offres	14-41
Article 29	Rejet de toutes les offres	42-50
Article 30	Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs	51-52
Article 31	Procédure d'appel d'offres en deux étapes	53-59
Article 32	Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	60-76
Article 33	Compte rendu de la procédure d'appel d'offres	77-81
Articles 33 *ter* à 33 *sexies*	Procédure de sollicitation de propositions	82-105
Article 34	Procédure de négociation avec appel à la concurrence	106-123
Article 34 *bis*	Sollicitation de prix	124-133
Article 35	Compte rendu de la procédure de sollicitation d'une source unique	134-147
II. EXAMEN DES PROJETS D'ARTICLES 36 A 42 DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS (A/CN.9/WG.V/WP.27)		148-192
Article 36	Droit de recours	150-158
Article 37	Recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle	159-169
Article 38	Recours administratif	170-175
Article 39	Certaines règles applicables aux procédures de recours en application de l'article 37 [et de l'article 38]	176-181
Article 40	Recours judiciaire	182-187
Article 41	Suspension de la procédure de passation du marché [et de l'exécution du marché]	188-190
Article 42	Responsabilité disciplinaire, administrative et pénale de l'entité adjudicatrice	191-192
III. FUTUR PROGRAMME DE TRAVAIL, Y COMPRIS LA RÉDACTION D'UN COMMENTAIRE		193-196

INTRODUCTION

1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission a décidé que priorité serait donnée aux travaux sur la passation des marchés et a confié cette tâche au Groupe de travail du nouvel ordre économique international[1]. A sa dixième session, tenue du 17 au 25 octobre 1988, le Groupe de travail a commencé ses travaux sur ce sujet par

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément n° 17* (A/41/17), par. 243.

l'examen d'une étude de la passation des marchés établie par le Secrétariat[2]. Il a prié le Secrétariat d'établir le premier projet d'une loi type sur la passation des marchés, accompagné d'un commentaire, à la lumière des délibérations et décisions de sa dixième session[3].

2. Un projet de loi type sur la passation des marchés et un commentaire, établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.24 et A/CN.9/WG.V/WP.25), ont été examinés par le Groupe de travail à sa onzième session, tenue du 5 au 16 février 1990. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de modifier le texte proposé pour la loi type à la lumière des délibérations et décisions de cette session. Le Groupe de travail a indiqué qu'en apportant ces modifications, le Secrétariat ne devait pas chercher à améliorer la structure ou le libellé du texte. Il a également décidé que le commentaire ne serait pas modifié avant que le texte de la loi type n'ait été définitivement arrêté, et qu'aucun texte modifié du commentaire ne devait être élaboré pour la douzième session. Enfin, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir pour la douzième session un projet de texte pour les dispositions de la loi type concernant les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique[4].

3. A sa douzième session, tenue du 8 au 19 octobre 1990, le Groupe de travail était saisi du deuxième projet de texte pour les articles 1 à 35 (A/CN.9/WG.V/WP.28), ainsi que d'un projet de texte pour les dispositions concernant les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique (projet de texte pour les articles 36 à 42, figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.27). A cette session, le Groupe de travail a examiné le deuxième projet de texte pour les articles premier à 27. Faute de temps, il n'a pu examiner les textes proposés pour les articles 28 à 35 et pour les dispositions sur les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique, et a décidé de reporter cet examen à sa treizième session. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de remanier les articles premier à 27 à la lumière de ses délibérations et décisions à sa douzième session[5] (A/CN.9/343, par. 229). Il a en outre demandé au Secrétariat d'établir pour sa treizième session un document sur les dispositions des législations nationales relatives à la procédure de négociation avec appel à la concurrence, un des moyens de passation des marchés autres que la procédure d'appel d'offres que le Groupe de travail avait estimé devoir être prévus dans la loi type sous certaines conditions.

4. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa treizième session à New York du 15 au 26 juillet 1991. Les Etats membres ci-après du Groupe de travail étaient représentés à la session : Allemagne, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Chypre, Cuba, Egypte, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Inde, Iran (République islamique d'), Iraq, Jamahiriya arabe libyenne, Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Nigéria, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Union des Républiques socialistes soviétiques, Uruguay et Yougoslavie.

5. Les Etats ci-après étaient représentés à la session en qualité d'observateurs : Brésil, Burkina Faso, Cap-Vert, Colombie, Equateur, Haïti, Honduras, Indonésie, Liban, Ouganda, Pakistan, Pérou, Philippines, République de Corée, République-Unie de Tanzanie, Suède, Suisse, Thaïlande, Turquie, Vanuatu, Venezuela, Viet Nam et Yémen.

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

a) *Organismes des Nations Unies :* Banque internationale pour la reconstruction et le développement, Organisation des Nations Unies pour le développement industriel, Bureau des services d'achat interorganisations;

b) *Organisations intergouvernementales :* Comité consultatif juridique afro-asiatique;

c) *Organisations internationales non gouvernementales :* Association internationale du barreau, Chambre de commerce internationale.

7. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

Président : M. Robert Hunja (Kenya)

Rapporteur : M. Hussein Ghazizadeh (République islamique d'Iran).

8. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants :

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.V/WP.29);

b) Passation des marchés : Projet de texte pour les articles de la loi type sur la passation des marchés traitant des procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures appliquées par elle (A/CN.9/WG.V/WP.27);

c) Passation des marchés : Projets d'articles premier à 35 de la loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.30);

d) Passation des marchés : Procédure de négociation avec appel à la concurrence, note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.31).

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

1. Election du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Passation des marchés.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

10. En ce qui concerne l'examen du point 3 de son ordre du jour, le Groupe de travail a décidé de commencer par examiner les articles 28 à 35 du projet de loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.30). Il a décidé d'examiner le document sur la procédure de négociation avec appel à la concurrence (A/CN.9/WG.V/WP.31) dans le cadre de l'examen des articles du projet de loi type portant sur cette question.

[2] A/CN.9/WG.V/WP.22.

[3] A/CN.9/315, par. 125.

[4] A/CN.9/331, par. 222.

[5] A/CN.9/343, par. 229.

11. Les délibérations et décisions du Groupe de travail relatives à l'examen des articles 28 à 35 du projet de loi type sur la passation des marchés et au document sur la procédure de négociation avec appel à la concurrence font l'objet du chapitre premier du présent rapport.

12. Après avoir achevé l'examen des articles 28 à 35 du projet de loi type et du document sur la procédure de négociation avec appel à la concurrence, le Groupe de travail a examiné les articles du projet de loi type relatifs aux procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures appliquées par elle (E/CN.9/WG.V/WP.27).

13. Les délibérations et décisions du Groupe de travail relatives à l'examen des articles 36 à 42 du projet de loi type relatifs aux procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures appliquées par elle font l'objet du chapitre II du présent rapport.

DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

I. Examen des projets d'articles 28 à 35 de la loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.30)

Article 28

Examen, évaluation et comparaison des offres

Paragraphe 1

14. Le Groupe a décidé de maintenir la troisième phrase de l'alinéa *a*, selon laquelle les demandes d'éclaircissements concernant les offres et les réponses à ces demandes peuvent être faites par téléphone, sous réserve que confirmation en soit donnée par écrit, étant donné que ce mode de communication par téléphone est très répandu. Le Groupe de travail a noté que des dispositions analogues concernant les communications par téléphone avaient été ajoutées en plusieurs endroits de la loi type et il a demandé au Secrétariat d'envisager de regrouper ces dispositions en une disposition unique.

15. On a proposé de se borner, dans la dernière phrase, à interdire toute modification du prix soumissionné sans interdire toute modification des autres aspects importants de l'offre. On a fait valoir, à l'appui de cette proposition, que l'interdiction de toute modification des autres aspects importants de l'offre soulevait des questions relatives à la conformité de l'offre, qui était traitée dans d'autres dispositions de la loi type, notamment dans les articles 2 *j*, 28-2 *c* et 28-4. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de modifier la dernière phrase de manière à tenir compte de la conformité de l'offre, en particulier des écarts mineurs autorisés en vertu du paragraphe 4, et à permettre, dans ce cadre, d'éclaircir des questions autres que celle du prix.

16. En ce qui concerne l'alinéa *b*, on a estimé que le membre de phrase "les erreurs purement arithmétiques qui apparaissent dans une offre" risquait de susciter des difficultés dans certains systèmes juridiques. Le Groupe de travail a décidé d'attendre, pour prendre une décision sur cet alinéa, d'avoir examiné les autres articles de la loi type.

Paragraphe 2

17. On s'est demandé si le libellé actuel, qui obligeait l'entité adjudicatrice à "rejeter" une offre dans les circonstances spécifiées, impliquait de sa part le devoir d'accomplir un acte formel de rejet au lieu de se contenter d'une non-acceptation passive. Un tel acte pourrait consister, par exemple, à communiquer à l'entrepreneur ou au fournisseur dont l'offre a été rejetée les motifs de ce rejet. On a dit que l'imposition d'un tel devoir s'inscrirait plus logiquement au paragraphe 2 de l'article 28 qu'au paragraphe 2 de l'article 29. On a fait valoir, d'autre part, que si l'objet de la disposition n'était pas d'imposer le devoir de prendre une décision formelle et qu'une simple non-acceptation était suffisante, une formule comme "n'accepte pas une offre" serait peut-être plus appropriée dans le chapeau que la formule "rejette une offre". On a reconnu, en même temps, que la question de savoir s'il fallait exiger un acte formel de rejet était particulièrement importante en ce qui concernait les droits des entrepreneurs et fournisseurs lésés et les recours dont ils disposaient et que, par conséquent, cette question devait être examinée dans le contexte des projets d'articles relatifs au droit de recours.

18. On a proposé de supprimer l'alinéa *d*, qui prévoyait le rejet d'une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de soumission des offres, car il était prévu au paragraphe 3 de l'article 24 qu'une offre reçue après la date limite de soumission des offres n'était pas ouverte et était renvoyée à l'entrepreneur ou au fournisseur qui l'avait soumise. Bien qu'on ait fait valoir que les lois de certains Etats exigeaient que les entités publiques répondent aux soumissions, le Groupe de travail a estimé que l'alinéa *d* pouvait être supprimé, eu égard à la disposition du paragraphe 3 de l'article 24, qui pourrait être mentionnée dans le commentaire du paragraphe 2.

Paragraphe 3

19. Le Groupe de travail a décidé de remplacer, dans la première phrase, les mots "l'entité adjudicatrice peut rejeter une offre" par les mots "l'entité adjudicatrice rejette une offre", de manière à indiquer que le rejet d'une offre est obligatoire, et pas seulement facultatif, quand un entrepreneur ou un fournisseur tente d'influer irrégulièrement sur la décision de l'entité adjudicatrice. On a estimé qu'une telle approche correspondait mieux aux objectifs de la loi type.

Paragraphe 4

20. On a estimé qu'étant donné que le paragraphe 4, qui permettait de considérer comme conforme une offre comportant des écarts mineurs par rapport aux spécifications requises, et l'alinéa *j* de l'article 2, qui définissait les termes "offre conforme", traitaient l'un et l'autre de la conformité des offres, il fallait soit supprimer la définition figurant à l'alinéa *j* de l'article 2, soit assurer la concordance des termes employés dans les deux dispositions. Le Groupe de travail a noté qu'un renvoi au paragraphe 4 de l'article 28 avait été ajouté à l'alinéa *j* de l'article 2 en vue d'établir une concordance entre les deux dispositions.

21. On a fait observer qu'il n'était pas possible de quantifier tous les types d'écarts autorisés ainsi qu'il était prévu dans la deuxième phrase. Compte tenu de cette observation, le Groupe de travail a décidé d'ajouter les mots "dans la mesure du possible" après les mots "sont quantifiés".

Paragraphe 7

22. On s'est demandé s'il convenait d'employer l'expression "l'offre la plus économique" aux alinéa *a* et *c*, car cette expression ne paraissait pas tenir suffisamment compte du fait que l'entité adjudicatrice pouvait appliquer des critères autres que le prix pour choisir une offre. On a dit que cette expression convenait à l'alinéa *c* i, qui traitait du choix de l'offre présentant le prix le plus bas, mais qu'elle était moins appropriée dans le contexte de l'alinéa *c* ii et de l'alinéa *d*, qui traitaient du choix d'une offre sur la base de critères autres que le prix. Des préoccupations analogues ont été exprimées au sujet de l'expression "l'offre évaluée la plus basse", utilisée à l'alinéa *c* ii. De même, des doutes ont été émis au sujet des termes "l'offre la plus avantageuse", qui était utilisée dans le projet antérieur. On a généralement estimé qu'il fallait employer une expression plus neutre, telle que "la meilleure offre".

23. On a dit que le texte n'indiquait pas clairement à quel moment les différents critères de sélection mentionnés aux alinéas *c* i, *c* ii et *d* étaient applicables. On a généralement estimé que, pour remédier à ce manque de clarté, il fallait préciser au paragraphe 7 que l'entité adjudicatrice devait indiquer les critères de sélection dans le dossier de sollicitation.

24. On a proposé de simplifier le paragraphe 7 en supprimant l'alinéa *d*. On a fait valoir, à l'appui de cette proposition, que les critères mentionnés à l'alinéa *d* pouvaient être considérés comme compris dans les critères énoncés à l'alinéa *c* ii. Cette proposition n'a recueilli aucun appui et on a généralement estimé que les critères socio-économiques énoncés à l'alinéa *d* étaient distincts des critères énoncés à l'alinéa *c* ii, qui concernaient les caractéristiques opérationnelles et fonctionnelles des biens et des travaux et qui étaient quantifiables. On a proposé, au lieu de supprimer l'alinéa *d*, de limiter les critères socio-économiques applicables par une entité adjudicatrice à ceux qui étaient énoncés dans la réglementation des marchés. On a généralement estimé, toutefois, que l'identification des critères socio-économiques admissibles était un élément de base de la loi type qui devait être maintenu. Ce point de vue était renforcé par le fait que selon l'article 4, la promulgation de la réglementation des marchés était facultative. On a proposé d'élargir l'alinéa *d* en y incluant des considérations de défense nationale et de sécurité nationale.

25. On a également proposé, pour simplifier le paragraphe 7, de combiner les alinéas *d* et *e*. On a fait valoir, à l'encontre de cette proposition, que les deux dispositions étaient essentiellement différentes, car l'alinéa *d* traitait des critères socio-économiques, tandis que l'alinéa *e* portait sur l'application d'une marge de préférence sous forme de formule mathématique. Le Groupe de travail a toutefois accepté une proposition tendant à supprimer la deuxième phrase de l'alinéa *e*, qui traitait des aspects détaillés de l'application d'une marge de préférence. Il a estimé qu'il serait préférable de traiter en détail de cette question dans la réglementation des marchés. On a également proposé, pour plus de clarté, de réunir dans un même alinéa tous les critères admissibles actuellement énoncés dans les alinéas *c* et *d*.

26. Le Groupe de travail a ensuite examiné le nouveau texte ci-après proposé pour les alinéas *c*, *d* et *e* :

"*c)* L'offre retenue est :

i) L'offre présentant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa *e* du présent paragraphe; ou

ii) Si l'entité adjudicatrice le stipule dans le dossier de sollicitation, l'offre évaluée la plus basse, déterminée sur la base des critères spécifiés dans le dossier de sollicitation, qui seront objectifs et quantifiables dans la mesure du possible.

"*d)* Pour déterminer l'offre évaluée la plus basse conformément à l'alinéa *c* ii du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut prendre en considération que les critères suivants :

i) Le prix soumissionné, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa *e* du présent paragraphe;

ii) Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai dans lequel les biens doivent être livrés ou les travaux achevés, les conditions de paiement et les conditions de garantie;

iii) Des critères socio-économiques tels qué la situation de la balance des paiements ou les réserves de devises du [présent Etat], la compensation industrielle, les éléments locaux, y compris les produits manufacturés, la main-d'œuvre et les matériaux, le développement économique régional, la stimulation des investissements ou des activités sur le plan national, le fait que les fournisseurs nationaux aient l'exclusivité de certains produits, le transfert de technologie et l'acquisition de compétences en matière de gestion et en matière scientifique et opérationnelle; et

iv) Des considérations de défense nationale et de sécurité.

"*e)* Lors de l'évaluation et de la comparaison des offres, l'entité adjudicatrice peut accorder une marge de préférence aux offres de travaux soumises par des entrepreneurs et fournisseurs nationaux ou aux offres de biens produits localement. La marge de préférence est calculée conformément aux règles régissant la passation des marchés."

27. Le Groupe de travail a noté que l'expression "l'offre retenue" était utilisée provisoirement en attendant une expression plus adéquate. L'alinéa *c* i a été jugé satisfaisant.

28. On a fait observer que le nouveau texte de l'alinéa *c* ii n'indiquait pas comment s'effectuerait la quantification des critères autres que le prix. On a proposé, en conséquence, de prévoir à cet alinéa que ces critères seraient exprimés en termes pécuniaires ou seraient pondérés. Cette proposition a donné lieu à un débat sur la

question de savoir s'il fallait exiger à la fois qu'une pondération soit accordée aux critères autres que le prix et que ces critères soient exprimés en termes pécuniaires. On a fait valoir à l'appui d'une telle formule qu'en laissant le choix à l'entité adjudicatrice, on risquait de donner l'impression que l'entité adjudicatrice avait le droit de déterminer la manière de quantifier les critères autres que les prix après la réception des offres, et non pas qu'elle était tenue de prendre dès le début une décision sur la méthode de quantification et d'indiquer dans le dossier de sollicitation la manière dont la quantification devait être effectuée. Le Groupe de travail a jugé qu'il était nécessaire d'indiquer la méthode de quantification des facteurs autres que le prix dans le dossier de sollicitation, mais il a estimé en général qu'il n'était pas souhaitable d'exiger à la fois que ces critères soient affectés d'un facteur de pondération et qu'ils soient exprimés en termes pécuniaires. A son avis, une telle approche se heurterait à des difficultés car il y avait certains types de critères qui étaient difficiles, sinon impossibles à quantifier.

29. Un échange de vues analogue a eu lieu au sujet des mots "dans la mesure du possible" figurant dans le nouveau texte proposé pour l'alinéa *c* ii. On a dit que ces mots devaient être supprimés parce qu'ils risquaient de permettre à l'entité adjudicatrice de se soustraire à l'obligation de quantifier les critères autres que le prix, ce qui réduirait l'objectivité et la transparence de la procédure d'appel d'offres. Mais la majorité a estimé que ces mots devaient être maintenus en ce qui concernait l'obligation d'exprimer les critères autres que les prix en termes pécuniaires.

30. Un membre du Groupe de travail a dit que dans le nouveau texte de l'alinéa *c* ii, en particulier à cause de l'emploi du mot "critères", on ne voyait pas très bien s'il était question des cas dans lesquels une entité adjudicatrice pourrait souhaiter prendre en considération des facteurs autres que le prix, ou s'il s'agissait des formules particulières à utiliser pour prendre en considération des facteurs autres que les prix aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres.

31. Compte tenu des délibérations et des décisions susmentionnées, le Groupe de travail a décidé de modifier l'alinéa *c* ii de la façon suivante, sous réserve que l'entité adjudicatrice indique clairement dans le dossier de sollicitation la manière dont seraient quantifiés les critères autres que le prix :

"ii) Si l'entité adjudicatrice l'a stipulé dans le dossier de sollicitation, l'offre évaluée la plus basse, déterminée sur la base des facteurs spécifiés dans le dossier de sollicitation, qui seront, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables, et seront affectés d'un facteur de pondération dans la procédure d'évaluation ou seront exprimés en termes pécuniaires dans la mesure du possible."

32. Le Groupe de travail a estimé que les alinéas *d* i et ii étaient satisfaisants.

33. On a généralement estimé que l'entité adjudicatrice ne devait pas avoir une discrétion absolue dans le choix des critères autres que le prix à utiliser pour évaluer et comparer les offres, comme ce serait le cas si la loi type ou la réglementation des marchés ne contenait aucune disposition concernant les types de critères autres que les prix qui pouvaient être admis. Le Groupe de travail s'est demandé, sur cette base, s'il fallait établir une liste de ces critères dans la loi type et si cette liste devait être exhaustive ou indicative, ou s'il suffisait de prévoir que l'entité adjudicatrice se bornerait à appliquer les critères énoncés dans la réglementation des marchés. On a estimé que la solution consistant à dresser la liste de ces critères dans la réglementation des marchés plutôt que dans la loi type aurait l'avantage d'être plus souple, car si un Etat adoptant la loi type voulait modifier la liste des critères autorisés, il lui serait plus facile de le faire si la liste figurait dans une réglementation que si elle se trouvait dans une loi. En même temps, toute modification d'une liste figurant dans la réglementation des marchés ferait probablement l'objet d'un examen critique de la part de tous les intéressés. Malgré ces avantages, le Groupe de travail n'a pas choisi d'énumérer les critères en question dans la réglementation des marchés, car l'article 4 prévoyait que la promulgation de cette réglementation était facultative, et il se pouvait par conséquent que, si l'on se fiait uniquement à cette réglementation, un élément fondamental de la procédure promulguée au moyen de la loi type ne soit pas adopté par certains Etats.

34. La décision d'énumérer dans la loi type les critères applicables autres que les prix a amené certains à se demander si cette liste devait être exhaustive ou si les Etats adoptant la loi type devaient avoir la possibilité d'élargir la liste figurant à l'alinéa *d* iii pour adapter la procédure d'appel d'offres à leurs besoins particuliers et à leur situation. On a généralement estimé qu'une telle souplesse était souhaitable et pourrait être obtenue en indiquant entre crochets, à la fin de l'alinéa, que les Etats adoptant la loi type pourraient étendre cette liste. Le Groupe de travail a également estimé que les mots "des critères socio-économiques tels que", qui figuraient au commencement du nouveau texte proposé pour l'alinéa *d* iii, devraient être remplacés parce que le terme "socio-économiques" ne décrivait pas de manière exacte les critères énoncés à l'alinéa et que les mots "tels que" ne permettaient pas de savoir si la liste des critères figurant à l'alinéa était censée être exhaustive ou simplement indicative. On a décidé d'employer, à la place, les mots "d'autres facteurs, à savoir,". On a également décidé d'accepter l'addition, à l'alinéa *d* iv, d'un critère supplémentaire autre que le prix, à savoir la défense et la sécurité nationales.

35. Le Groupe de travail a accepté le nouveau texte proposé pour l'alinéa *e*.

Paragraphe 8

36. On s'est demandé s'il fallait spécifier, au paragraphe 8, à quel moment et à quel taux de change les prix soumissionnés exprimés dans des monnaies différentes devaient être convertis dans la même monnaie aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres. Le Groupe de travail a estimé qu'une telle modification était inutile parce que la date et le taux de change étaient déjà spécifiés à l'alinéa *q* du paragraphe 2 de l'article 17, et il a décidé que l'inclusion d'un renvoi à cette disposition n'était pas nécessaire. Il a décidé en outre de maintenir les mots "pour

toutes les offres" et "la même", qui avaient été ajoutés pour préciser que tous les prix soumissionnés devaient être convertis dans la même monnaie.

Paragraphe 8 bis

37. On a estimé que la nature de la confirmation des qualifications de l'entrepreneur ou du fournisseur ayant soumis la meilleure offre n'était pas claire, étant donné que, dans la pratique de certains Etats, la sélection initiale ou la présélection des entrepreneurs et des fournisseurs consistait à effectuer un simple examen préliminaire de leurs qualifications afin de déterminer si les entrepreneurs et les fournisseurs en question devaient être autorisés à soumettre des offres. Suivant cette pratique, l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre avait été jugée la meilleure était, à un stade ultérieur, soumis à un examen approfondi de ses qualifications. On a dit que la loi type devait tenir compte de ce type de procédure en deux étapes. La majorité des membres du Groupe de travail a toutefois estimé que, pour être équitable, la confirmation des qualifications devait consister uniquement à vérifier si les dates soumises au stade initial de la présélection avaient changé. En conséquence, le Groupe de travail a affirmé que la loi type devait indiquer clairement que les critères utilisés pour confirmer les qualifications devaient être les mêmes que ceux utilisés pour la présélection. En outre, pour réduire au maximum les incertitudes concernant la nature de la confirmation, le Groupe de travail a décidé qu'il fallait revoir l'emploi du mot "réévaluer" au paragraphe 6 de l'article 8 *bis*.

38. Le Groupe de travail a ensuite examiné si, comme dans le projet actuel, la confirmation devait être obligatoire lorsque l'entité adjudicatrice avait ouvert une procédure de présélection, et facultative dans le cas contraire. On a noté qu'au paragraphe 6 de l'article 8 *bis*, la confirmation restait facultative et n'était exigée dans aucun type de situation. Le Groupe de travail a estimé que la nécessité de confirmer les qualifications dépendait des circonstances particulières de la procédure d'appel d'offres et qu'il n'y avait pas lieu de prévoir dans la loi type une obligation générale de confirmation lorsque l'entité adjudicatrice avait ouvert une procédure de présélection. Il a décidé, en conséquence, d'aligner le paragraphe 8 *bis* sur le paragraphe 6 de l'article 8 *bis*, selon lequel la confirmation était facultative.

39. Le Groupe de travail a noté que, conformément au paragraphe 2 *a* de l'article 28 et au paragraphe 1 de l'article 32, l'entité adjudicatrice était obligée de rejeter l'offre retenue si l'entrepreneur ou le fournisseur en question ne confirmait pas ses qualifications. Il restait toutefois à savoir si la loi type devait indiquer comment l'entité adjudicatrice devait procéder en pareil cas. Selon un point de vue, la loi type, par souci d'équité à l'égard des autres entrepreneurs et fournisseurs, devait obliger l'entité adjudicatrice à choisir la plus économique des autres offres. Selon un autre point de vue, qui l'a emporté, une telle obligation était trop restrictive car il se pouvait que, pour différentes raisons, aucune des autres offres ne soit acceptable. On a estimé qu'il serait préférable d'obliger l'entité adjudicatrice à choisir l'offre la plus économique parmi les autres offres, tout en lui laissant le droit de rejeter toutes les offres en vertu de l'article 29. Le Groupe de travail a noté qu'une telle approche serait conforme au caractère facultatif de la procédure prévue au paragraphe 4 de l'article 32 dans le cas où l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre est acceptée ne signe pas de marché écrit ou ne fournit pas la garantie requise pour l'exécution du marché.

40. Lors de l'examen du paragraphe 8 *bis*, on a dit qu'au cas où l'entrepreneur ou le fournisseur choisi ne confirmerait pas ses qualifications, l'entité adjudicatrice devrait recourir à une procédure de négociation avec appel à la concurrence si l'on décidait de maintenir dans la loi type, comme condition d'utilisation de cette méthode de passation des marchés, le rejet de toutes les offres conformément au paragraphe 2 ou 3 de l'article 28 ou à l'article 29 (voir le nouveau paragraphe 1 *e* de l'article 34). On a fait observer toutefois que l'article 29, tel qu'il était actuellement formulé, visait le rejet de toutes les offres, et pourrait être interprété comme ne couvrant pas le cas dans lequel l'entrepreneur ou le fournisseur choisi ne confirme pas ses qualifications et où l'entité adjudicatrice a alors l'intention de rejeter toutes les autres offres. On a décidé que l'article 29 devait autoriser clairement l'entité adjudicatrice à rejeter toutes les autres offres après que l'entrepreneur ou le fournisseur choisi n'a pas confirmé ses qualifications.

Paragraphe 9

41. On a exprimé la crainte que le paragraphe 9, qui restreint la divulgation des informations concernant l'examen, la clarification, l'évaluation et la comparaison des offres, soit apparemment incompatible avec la disposition du paragraphe 2 de l'article 33 concernant la divulgation du compte rendu de la procédure d'appel d'offres. On a proposé, pour atténuer au maximum ce manque de concordance, que le compte rendu de la procédure d'appel d'offres ne soit communiqué qu'aux entrepreneurs et aux fournisseurs qui avaient participé à cette procédure. Pour répondre à cette crainte, on a fait observer que les deux dispositions traitaient de questions différentes, à différentes étapes de la procédure d'appel d'offres. Le paragraphe 2 de l'article 33 prévoyait la divulgation du compte rendu de la procédure d'appel d'offres après l'entrée en vigueur du marché, alors que le paragraphe 9 de l'article 28 interdisait, à juste titre, la divulgation d'informations à un stade antérieur de la procédure afin de préserver l'intégrité de cette procédure. Le Groupe de travail a noté que la contradiction apparente pourrait être atténuée par la suppression du renvoi au paragraphe 2 de l'article 33, et il a décidé d'attendre d'avoir examiné le paragraphe 2 de l'article 33 pour prendre une décision définitive sur le paragraphe 9 de l'article 28.

Article 29

Rejet de toutes les offres

Paragraphe 1

42. Le Groupe de travail est convenu d'une façon générale que, sous réserve de l'approbation qui pourrait être requise, l'entité adjudicatrice devrait avoir le droit de rejeter toutes les offres et que ce droit devrait être mentionné dans le dossier de sollicitation. Il a été indiqué qu'il était dans l'intérêt général de laisser une telle latitude à l'entité adjudicatrice. Le Groupe de travail a rappelé qu'il

avait été décidé, lors de l'examen de l'article 28-8 *bis*, de préciser dans l'article 29 que la disposition autorisant l'entité adjudicatrice à rejeter toutes les offres s'applique notamment aux situations dans lesquelles, l'entrepreneur ou fournisseur retenu n'ayant pas confirmé ses qualifications, l'entité adjudicatrice veut rejeter toutes les autres offres.

43. Il a été proposé que l'entité adjudicatrice soit autorisée à rejeter "une offre quelconque ou toutes les offres". A l'appui de cette proposition, il a été indiqué que ces termes sont utilisés dans certains pays et que cela permettrait à l'entité adjudicatrice de rejeter par exemple un entrepreneur ou fournisseur retenu lors de la présélection mais que l'entité adjudicatrice considère comme inacceptable, compte tenu de son expérience. L'argument invoqué à l'encontre de cette proposition est que c'est au stade de la présélection qu'il convient d'éliminer les entrepreneurs ou fournisseurs inacceptables et que la modification proposée risquerait de donner à entendre que l'autorité adjudicatrice a le droit d'exclure l'entrepreneur ou fournisseur présélectionné pour des motifs autres que ceux qui sont prévus dans le dossier de sollicitation. Cela serait injuste et cela compromettrait l'intégrité du processus d'appel d'offres. La proposition n'a pas été acceptée.

44. On a proposé de supprimer dans le paragraphe 1 les mots "à condition que ce ne soit pas à la seule fin d'engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence ou à des fins frauduleuses", en arguant que le principe auquel se réfèrent ces termes pouvait être incorporé dans les dispositions relatives aux conditions du recours à des négociations avec appel à la concurrence et à la sollicitation d'une source unique. De plus, l'inclusion de ces termes dans le paragraphe 1 pourrait faire penser à tort que le rejet par un Etat de toutes les offres à la seule fin d'engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence ou de sollicitation d'une source unique pourrait donner lieu à une action en réparation contre l'entité adjudicatrice. Enfin, on a fait valoir que la possibilité que toutes les offres soient rejetées faisait partie du risque commercial normal que les entrepreneurs et les fournisseurs prenaient en compte chaque fois qu'ils participaient à un processus d'adjudication de marché. A l'encontre de la proposition, on a fait valoir que les termes en question énonçaient un principe particulièrement important, à savoir que le rejet de toutes les offres ne saurait avoir pour objectif unique de permettre à l'Etat d'avoir recours à d'autres méthodes de passation des marchés, comme la négociation avec appel à la concurrence ou la sollicitation d'une source unique. On a fait observer qu'un tel rejet serait contraire à la disposition de l'article 7, préconisant la procédure d'appel d'offres de préférence à toute autre et serait injuste pour les entrepreneurs et les fournisseurs, étant donné les frais qu'entraîne pour eux le fait de soumissionner. En outre, les termes "à des fins frauduleuses" devaient être conservés, car ils étaient conçus pour combattre la corruption dans l'exercice du droit de rejeter toutes les offres et pouvaient être utiles aux fins de l'interprétation de la loi type. On a fait valoir, en réponse à cet argument, que la fraude et la corruption relevaient d'autres textes législatifs, tels que le code pénal ou le code administratif, qui contenaient des dispositions suffisantes à cet égard.

45. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de supprimer les termes "à condition que ce ne soit pas à la seule fin d'engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence ou à des fins frauduleuses".

Paragraphe 1 bis

46. On a proposé que le paragraphe 1 *bis* soit modifié, de façon à inclure des motifs de rejet de toutes les offres autres que celui des prix soumissionnés, qui figure dans le présent libellé. A l'appui de cette proposition, on a fait valoir qu'il existait plusieurs autres motifs, comme la modification du besoin que le marché est destiné à satisfaire, pour lesquels l'entité adjudicatrice pourrait souhaiter rejeter toutes les offres, puis engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence. L'opinion dominante, cependant, a été que le paragraphe 1 *bis* était inutile et pouvait être supprimé, étant donné que le paragraphe 1, en prévoyant le rejet de toutes les offres pour n'importe quel motif, était suffisamment large pour englober tous les cas mentionnés au paragraphe 1 *bis*, et étant donné que les conditions de recours à des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres étaient précisées dans les articles de la loi type relatifs à ces autres méthodes. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 1 *bis*.

Paragraphe 2

47. On a fait valoir que les termes "mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs" appelaient un nouvel examen, et devaient donc être placés entre crochets. Ces termes, en effet, pourraient faire difficulté dans les pays où les tribunaux sont compétents pour examiner les décisions administratives, et donc pour approfondir les motifs avancés pour les justifier. De plus, il pourrait se présenter des cas où il serait approprié d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle justifie les motifs qui l'ont amenée à rejeter toutes les offres. On a fait valoir en outre que la démarche retenue au paragraphe 2 pourrait compromettre la faculté des parties lésées de demander réparation et que le Groupe de travail pourrait revenir sur la question lorsqu'il examinera les dispositions relatives aux actions en réparation.

48. L'opinion prédominante, cependant, a été que les termes en question devraient être conservés et qu'il n'y avait pas lieu de les placer entre crochets. On a déclaré dans ce sens qu'une entité adjudicatrice ne devait pas être tenue de justifier les motifs qui l'avaient amenée à rejeter toutes les offres. Une entité adjudicatrice devait être libre de ne pas conclure un marché, pour des motifs économiques, sociaux ou politiques qu'elle ne devait pas être tenue de justifier. Il suffisait qu'elle en donne les raisons, et il ne devait donc pas y avoir d'action en réparation contre l'entité adjudicatrice en cas de rejet de toutes les offres, d'autant plus qu'aux termes du paragraphe *x* de l'article 17, l'entité adjudicatrice, dans le dossier de sollicitation, se serait réservé le droit de rejeter toutes les offres.

49. Après délibération, le Groupe de travail a décidé d'adopter le paragraphe 2 dans son libellé actuel.

Paragraphe 3

50. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 tel qu'il est actuellement libellé. Le Secrétariat a été invité à

envisager de mentionner dans une disposition générale la communication de l'avis de rejet par téléphone.

Article 30

Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs

51. Un membre du Groupe de travail a été d'avis que l'article 30 n'était pas nécessaire et devrait être supprimé étant donné que les procédures d'appel d'offres énoncées dans la loi type, en particulier au paragraphe 1 de l'article 28, excluent nettement la négociation et que la loi type prévoit l'emploi, sous certaines conditions, de méthodes de passation des marchés comportant des négociations. Mais de l'avis général, il importe d'énoncer le principe qu'aucune négociation ne peut avoir lieu entre l'entité adjudicatrice et un entrepreneur ou fournisseur à propos d'une offre, d'autant plus que les entités adjudicatrices et les entrepreneurs ou fournisseurs ont souvent l'impression qu'ils peuvent négocier même lorsque l'appel d'offres a été choisi comme méthode de passation du marché.

52. On a noté qu'il fallait supprimer la mention de l'article 29-1 *bis* étant donné la décision prise précédemment par le Groupe de travail de supprimer cette disposition dans la loi type (voir par. 5 ci-dessus), et que la mention de l'article 31-4 avait perdu de sa pertinence étant donné que le Groupe de travail avait décidé de traiter l'appel d'offres en deux étapes comme une méthode distincte de passation des marchés.

Article 31

Procédure d'appel d'offres en deux étapes

Paragraphe 1

53. Il a été proposé d'ajouter, au paragraphe 1 et aux autres paragraphes de cet article, les mots "spécifications d'exécution" parmi les objectifs possibles d'un projet donné.

Paragraphes 2, 3 et 4

54. Le Groupe de travail a adopté le texte des paragraphes 2, 3 et 4 sans y apporter de changement.

Paragraphe 5

55. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 5 satisfaisant dans son ensemble et a décidé de maintenir la mention, figurant entre crochets, du droit pour l'entité adjudicatrice de supprimer ou modifier tout critère d'évaluation énoncé dans le dossier de sollicitation. Il a demandé au Secrétariat de reformuler la disposition relative à la perte de la garantie de soumission de façon à préciser que cette disposition n'était applicable que dans les cas où l'entité adjudicatrice exigeait une garantie de soumission à la première étape d'une procédure d'appel d'offres en deux étapes.

Paragraphe 6

56. On a proposé de supprimer la disposition prescrivant à l'entité adjudicatrice d'inclure dans le compte rendu de la procédure d'appel d'offres un état des circonstances justifiant l'invocation du paragraphe 1 de l'article 31. A l'appui de ce point de vue, on a fait valoir que l'entité adjudicatrice ne devrait pas être tenue de révéler des faits dont la divulgation risquerait de constituer une violation du droit au secret des affaires ou une atteinte aux intérêts commerciaux des entrepreneurs et des fournisseurs. On a fait observer qu'il suffisait de prescrire à l'entité adjudicatrice de révéler les circonstances justifiant l'invocation du paragraphe 1 de l'article 31. Une autre proposition tendait à supprimer purement et simplement le paragraphe 6 étant donné que la prescription d'inclure dans le compte rendu une description des circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice se fonde pour choisir une méthode de passation de marchés autre que l'appel d'offres était énoncée de façon suffisamment claire au paragraphe 5 de l'article 7; si cette prescription était maintenue à l'article 31, elle devrait être répétée ailleurs dans les dispositions relatives à toutes les procédures de passation de marchés autres que l'appel d'offres.

57. Cependant, l'avis général a été que le paragraphe 6 devrait être maintenu. A l'appui de cette opinion, on a fait valoir qu'il était improbable que la divulgation des informations prévue au paragraphe 6 viole le secret des affaires ou porte atteinte aux intérêts commerciaux des entrepreneurs et des fournisseurs, étant donné qu'il s'agit uniquement des circonstances justifiant le choix de la méthode de passation de marchés, qui est antérieur au choix des entrepreneurs ou fournisseurs. Cette disposition est importante, car elle constitue un mécanisme de contrôle, étant donné que l'entité adjudicatrice qui a choisi la procédure d'appel d'offres en deux étapes sera tenue de rendre compte des faits sur lesquels se fonde sa décision. Le compte rendu pourrait également utilement servir de référence dans d'autres cas où l'entité adjudicatrice envisage l'opportunité d'une procédure d'appel d'offres en deux étapes.

58. Toutefois, compte tenu des observations formulées, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "et spécifiant les faits pertinents" et de reformuler le paragraphe 6 de manière à prescrire l'inclusion dans le compte rendu d'une description "des raisons et des circonstances" justifiant l'invocation du paragraphe 1 de l'article 31. Il a été convenu qu'à un stade ultérieur on pourrait envisager de refondre en une disposition générale toutes les dispositions de la loi type portant sur les comptes rendus des procédures faisant intervenir plusieurs méthodes de passation de marchés, si bien que la disposition qu'énonce le paragraphe 6 pourrait ne plus être nécessaire.

59. Le Secrétariat a été prié d'étudier une nouvelle formulation de l'article 31, ainsi que d'autres articles concernant les méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres de manière à définir dans des articles séparés les conditions du recours à de telles méthodes et les dispositions relatives aux procédures applicables à ces méthodes.

Article 32

Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

Paragraphes 1, 2 et 3

60. On a posé la question de savoir si le paragraphe 1, qui stipulait que l'offre la plus économique devait être retenue, cadrait avec l'article 29 (par. 1), qui autorisait l'entité

adjudicatrice à rejeter toutes les offres. On est convenu qu'il fallait remédier à cette apparente incohérence en ajoutant les mots "sous réserve des dispositions de l'article 29" au début du paragraphe 1.

61. Le Groupe de travail a noté que la deuxième phrase du paragraphe 1 soulevait la même question que celle qu'avaient suscitée les articles 28 (par. 8 *bis*) et 29 (par. 1), à savoir si la loi type devait indiquer la démarche à suivre par l'entité adjudicatrice si l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre était retenue ne confirmait pas ses qualifications. On est convenu que le paragraphe 1 devrait prescrire la démarche arrêtée antérieurement en vertu de laquelle l'entité adjudicatrice, sous réserve du droit de rejeter toutes les offres conformément aux dispositions de l'article 29, était tenue de choisir l'offre la plus économique suivante.

62. Il a été noté que certains Etats suivaient la règle énoncée au paragraphe 2, selon laquelle un marché entrait en vigueur lorsque l'avis d'acceptation de l'offre avait été expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur, d'autres Etats suivant celle définie au paragraphe 3, en vertu de laquelle le marché entrait en vigueur lorsqu'un contrat écrit était signé après que l'avis a été expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur intéressé. On est généralement convenu que la loi type devrait envisager les deux variantes et que celle proposée aux paragraphes 2 et 3 était par conséquent acceptable quant au fond.

63. Des points de vues divergents ont été exprimés à propos de la référence faite à la deuxième phrase de l'alinéa *a* du paragraphe 3 à la loi applicable comme source de la disposition prescrivant la signature d'un contrat écrit. Selon certains, la référence générale à la loi applicable était satisfaisante dans la mesure où elle appelait l'attention sur le fait qu'une loi autre que la loi type déterminait la validité formelle du marché. D'autres par contre ont estimé qu'en faisant allusion à la loi applicable de manière générale sans identifier celle-ci, on laisserait l'entité adjudicatrice dans l'incertitude quant à la loi qui régirait la validité du marché. Une telle incertitude aurait pour effet de rendre particulièrement difficile l'établissement du dossier de sollicitation. On a suggéré pour lever cette incertitude de remplacer la référence générale à la loi applicable par une disposition (une règle) indiquant que la validité du marché serait régie par la loi de l'Etat de l'entité adjudicatrice. On a également suggéré que si la loi type n'indiquait pas la loi applicable quant à la validité du marché, elle devrait déterminer si un contrat signé était requis pour l'entrée en vigueur du marché.

64. On s'est opposé à l'idée d'identifier dans la loi type la loi applicable quant à la validité du marché au motif que la question de la loi applicable quant à la validité des contrats concernait des règles de droit international privé généralement reconnues, qui avaient fait l'objet de traités multilatéraux. On a par ailleurs fait observer qu'insérer dans la loi type une règle prévoyant que la validité du marché était subordonnée à la loi de l'Etat de l'entité adjudicatrice ne suffirait peut-être pas à garantir l'applicabilité de cette loi en toutes circonstances et qu'une telle règle irait à l'encontre du principe de la liberté de choix du droit applicable. On a souligné qu'une entité adjudicatrice prudente ne permettrait pas que la validité d'un marché public soit régie par une loi autre que la sienne. Si l'entité adjudicatrice tenait à ce que la loi de son Etat régisse la validité du marché, elle devait l'indiquer dans le dossier de sollicitation, liant ainsi l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre était retenue, lequel, en participant à la procédure d'appel d'offres, avait accepté les conditions stipulées dans le dossier de sollicitation. Une telle formule serait conforme au principe généralement reconnu de la liberté des contrats.

65. Cela étant, on est convenu que l'on pouvait écarter la nécessité de faire référence à la loi applicable comme source éventuelle de la disposition prescrivant la signature d'un contrat écrit en remaniant les paragraphes 2 et 3 afin de stipuler qu'un marché entrerait en vigueur lorsque l'avis d'acceptation aurait été expédié, à moins que le dossier de sollicitation n'exige la signature d'un contrat écrit. Une telle stipulation dans le dossier de sollicitation pourrait être imposée par la loi applicable à l'entité adjudicatrice ou découler simplement de la pratique établie par cette dernière. On est par ailleurs convenu que le commentaire devrait conseiller aux entités adjudicatrices d'envisager d'indiquer dans le dossier de sollicitation la loi applicable quant à la validité du marché.

66. On a exprimé l'avis que la loi type devrait faire une place à la pratique en vigueur dans certains Etats en vertu de laquelle l'entité adjudicatrice, après avoir avisé l'entrepreneur ou le fournisseur qu'il avait accepté son offre ou après avoir signé un marché, était tenue d'obtenir une approbation finale pour le marché en tant que condition préalable à l'entrée en vigueur dudit marché. A cela on a opposé qu'imposer l'obtention d'une telle approbation, du moins dans la mesure où elle venait après l'acceptation d'une offre ou l'entrée en vigueur d'un marché, était indésirable et ne devait pas être encouragée par la loi type. Elle risquait, a-t-on fait valoir, de semer le doute chez les entrepreneurs et les fournisseurs quant à savoir quand et si le marché obtiendrait en fait l'approbation finale, et on en commencerait l'exécution. Le risque qu'une telle prescription entraînait pour l'entrepreneur et le fournisseur se trouvait aggravé lorsque le dossier de sollicitation exigeait de l'entrepreneur ou du fournisseur dont l'offre avait été retenue qu'il fournisse une garantie de bonne exécution lorsqu'il a été avisé que son offre avait été acceptée ou qu'il a signé un marché et avant la délivrance de l'approbation finale. Face à une telle incertitude quant à la période pendant laquelle leur offre de prix devrait être valable et à d'autres risques, les entrepreneurs et fournisseurs seraient découragés de participer à la procédure d'appel d'offres ou seraient contraints de relever leur offre de prix. On a en outre fait observer que permettre aux Etats d'imposer de telles conditions à l'approbation finale des marchés aurait pour effet de limiter le degré d'uniformisation du droit atteint par la loi type dans une importante matière.

67. On a par ailleurs exprimé l'avis que la loi type devrait permettre d'imposer l'obtention d'une approbation dans les étapes finales de la procédure de sélection, mais que l'approbation devrait être obtenue plus tôt, avant que l'avis d'acceptation ne soit expédié. On a déclaré qu'une telle formule aurait l'avantage d'éviter les retards et le surcroît de risques et de coûts qui résulterait autrement de la formule de l'approbation finale. Elle tiendrait également

compte du fait que, conformément aux dispositions des paragraphes 2 et 3, un marché pouvait entrer en vigueur en vertu de l'expédition d'un avis d'acceptation ou de la signature d'un marché.

68. L'opinion dominante a été que la loi type devait reconnaître le droit d'un Etat de subordonner l'entrée en vigueur du marché à une approbation finale qui serait délivrée après l'acceptation de l'offre. Un certain nombre d'Etats tenaient cette disposition pour essentielle. Tel était le cas, a-t-on fait observer, en particulier lorsque le marché devait être signé, dans la mesure où on ne pouvait pas s'attendre à ce qu'une autorité à ce habilitée délivre une approbation sur la base d'une version préliminaire ou incomplète du contrat. Une manière de traduire cette constatation consistait à indiquer dans le commentaire que les Etats, dans l'application de la loi type, avaient le loisir d'insérer des conditions d'approbation non prévues par celle-ci. Il a été également proposé de stipuler que l'approbation serait réputée avoir été délivrée si aucune décision n'était annoncée dans un délai spécifié, l'entité adjudicatrice pouvant obtenir une prolongation de ce délai. Il a en outre été proposé d'ajouter un alinéa *a bis*, conçu comme suit, qui prendrait en considération les risques de retard évoqués ainsi que les deux manières par lesquelles un marché pouvait entrer en vigueur :

> "Lorsqu'un marché doit être approuvé par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, l'approbation est donnée dans un délai raisonnable après que l'avis a été expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur. Le marché n'entre pas en vigueur ou, le cas échéant, n'est pas exécuté avant que l'approbation ne soit donnée."

69. L'alinéa proposé a été généralement jugé acceptable. Afin de limiter les retards, il a été proposé de fixer un délai certain dans les limites duquel l'approbation devait être délivrée au lieu d'utiliser l'expression "dans un délai raisonnable". Cette proposition n'a pas été acceptée car on s'est accordé à juger préférable de prendre en considération le fait que le délai requis pour l'approbation varierait suivant le cas, en fonction de circonstances telles que le montant et la nature du marché et l'autorité gouvernementale dont l'approbation émanerait. Les membres du Groupe de travail sont toutefois convenus que, pour atténuer les risques de retard, la loi type devait, peut-être à l'alinéa *y* du paragraphe 2 de l'article 17 ou dans un nouvel alinéa 3 *b* iv ou 3 *c* de l'article 32, exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle précise dans le dossier de sollicitation le délai qui serait nécessaire pour obtenir les approbations requises et qu'elle lie à ce délai la période de validité de l'offre et de toutes garanties de soumission requises. On établirait de la sorte un meilleur équilibre entre les droits et les obligations des entrepreneurs et fournisseurs, d'une part, et de l'entité adjudicatrice, de l'autre, en excluant la possibilité pour un entrepreneur ou un fournisseur dont l'offre était retenue de rester lié à l'entité adjudicatrice pendant un délai peut-être indéfini sans avoir nullement l'assurance que le marché entrerait en vigueur. Le Groupe de travail a noté qu'insérer un alinéa 3 *a bis* pourrait nécessiter des changements importants à l'alinéa 3 *b* et à l'alinéa 2 *y* de l'article 17.

70. On a exprimé l'avis que pour distinguer clairement entre les questions touchant l'acceptation d'une offre et celles relatives à l'entrée en vigueur d'un marché, on devrait envisager de traiter dans des articles distincts de ces deux séries de questions, qui faisaient maintenant ensemble l'objet de l'article 32.

71. On s'est demandé quelle était l'utilité du libellé des alinéas i, ii et iii du paragraphe 3 *b*, qui énonçaient les règles régissant la conduite de l'entité adjudicatrice et de l'entrepreneur ou du fournisseur entre le moment où l'avis d'acceptation est expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur et la signature du marché. On a fait observer que le sens de ces dispositions, qui s'inspiraient du principe du droit international régissant la conduite des signataires d'un traité avant sa ratification et son entrée en vigueur, étaient difficiles à discerner dans le contexte de la procédure de la passation des marchés. On s'est demandé en particulier dans quelle mesure ces règles, et non celles prescrites par quelque autre loi de l'Etat considéré, seraient applicables à un entrepreneur ou à un fournisseur qui refuserait de signer un marché. On s'est également demandé quel était le sens des mots "de l'objet ou du but" figurant à l'alinéa *b* i du paragraphe 3.

72. A l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de revenir à la déclaration de principe générale énoncée dans le projet précédent (document A/CN.9/WG.V/WP.24), ce qui impliquait la suppression des alinéas *b* i, ii et iii du paragraphe 3. On est par ailleurs convenu qu'il fallait préciser que l'alinéa 3 *b* était sans préjudice de la possibilité que l'entrée en vigueur du marché soit subordonnée à une approbation finale.

Paragraphe 4

73. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 4 devrait être remanié dans le sens de sa décision qui voulait que si l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre avait été acceptée ne confirmait pas ses qualifications, l'entité adjudicatrice soit tenue de sélectionner l'offre la plus économique suivante, sous réserve de son droit de rejeter toutes les offres (voir plus haut, par. 2). On a par ailleurs noté que les mots "peut être acceptée" dans la première phrase n'étaient pas compatibles avec l'expression "est donné" dans la deuxième et qu'ils devaient être remplacés par les mots "est acceptée". Le Groupe de travail a jugé le reste du paragraphe 4 acceptable.

Paragraphe 5

74. Le Groupe de travail a adopté le texte du paragraphe 5 sans changement.

Paragraphe 6

75. Il a été proposé de nuancer la définition du terme "expédié" à l'alinéa *b* en y insérant la réserve que l'entrepreneur ou le fournisseur avait le droit de prouver qu'il n'avait pas reçu un avis. On a émis des doutes au sujet de la proposition car les preuves qui pourraient être produites pour prouver que l'avis n'avait pas été reçu revêtaient un caractère contestable, à moins que l'entité adjudicatrice ne soit tenue d'utiliser une formule de communication fondée sur des accusés de réception.

76. On a également proposé de supprimer l'alinéa *b* et de traiter de la définition du mot "expédié" dans le com-

mentaire. On a souligné que la notion d'expédition était bien développée dans de nombreux systèmes juridiques et que le terme tel qu'il était utilisé dans la loi type serait interprété en conséquence. Tout en acceptant la proposition tendant à supprimer l'alinéa *b*, le Groupe de travail a noté que dans la mesure où l'insertion dans la loi type d'une disposition à volets multiples sur les communications était envisageable, elle pourrait être l'occasion de définir le terme "expédié".

Article 33

Compte rendu de la procédure d'appel d'offres

77. Le Groupe de travail a notamment examiné la question du contenu et de l'objet du compte rendu de la procédure d'appel d'offres que l'entité adjudicatrice était tenue d'établir et a conclu que cette question était étroitement liée à celle de savoir dans quelle mesure le contenu du compte rendu devait être divulgué. On a également fait observer que la question de l'objet ou de l'emploi du compte rendu était étroitement liée aux questions réglées par les dispositions de la loi type relatives aux procédures de recours. Le Groupe de travail a donc poursuivi et terminé son examen de l'obligation d'établir un compte rendu après avoir examiné les articles 36 à 42. Etant donné qu'un certain nombre de dispositions de la loi type relatives aux diverses méthodes de passation de marchés prescrivaient l'établissement d'un compte rendu, le Groupe de travail a jugé qu'il serait souhaitable de les réunir en une disposition unique qui traiterait du contenu des comptes rendus pour toutes les méthodes de passation de marchés et de la mesure dans laquelle ils seraient divulgués.

78. On a fait observer qu'il fallait établir une distinction entre la question de l'utilisation éventuelle des informations contenues dans le compte rendu aux fins de l'exercice des recours prévus par la Loi type et la question des recours qui pourraient être exercés si l'entité adjudicatrice n'avait pas établi de compte rendu ou si le compte rendu établi présentait des lacunes ou des informations inexactes. S'agissant de cette seconde catégorie de recours, il fallait établir une autre distinction entre les recours qui pourraient être exercés par des particuliers et les mesures correctrices qui pourraient être nécessaires en vue de garantir la transparence des procédures de passation des marchés. En ce qui concerne les recours prévus pour les particuliers, il a été convenu que ceux-ci devraient avoir le droit d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle établisse un compte rendu, mais non de recevoir des dommages-intérêts au cas où celle-ci aurait failli aux obligations qui lui incombaient en matière d'établissement de comptes rendus. Il a également été convenu qu'il fallait envisager de prévoir une dérogation aux délais prévus par la loi type en ce qui concerne les recours, dans la mesure où l'entrepreneur ou le fournisseur lésé se trouvait empêché d'exercer son droit de recours du fait que l'entité adjudicatrice avait manqué à l'obligation qui lui était faite d'établir un compte rendu.

79. On a fait observer que le compte rendu de la procédure de passation des marchés présenterait un intérêt pour trois catégories d'utilisateurs et que l'intérêt que ceux-ci portaient aux informations contenues dans le compte rendu variait suivant l'emploi auquel ils les destinaient. Les trois catégories d'utilisateurs en question étaient le public, les entrepreneurs et fournisseurs qui participaient d'une manière ou d'une autre à la procédure de passation des marchés et les organismes gouvernementaux exerçant un contrôle ou une tutelle sur l'entité adjudicatrice. On est donc convenu que la loi type devait établir une distinction entre les parties du compte rendu qui seraient mises à la disposition de quiconque en ferait la demande, celles qui seraient réservées aux entrepreneurs ou fournisseurs lésés et celles qui seraient tenues exclusivement à la disposition des vérificateurs des comptes au nom de l'intérêt général.

80. En ce qui concerne le public, on est convenu qu'il suffirait de présenter dans le compte rendu une brève description des biens ou des travaux requis, les noms et adresses des entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis des offres ou autres types de propositions et d'indiquer l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre avait été retenue. On est convenu que le compte rendu destiné aux entrepreneurs et fournisseurs devrait comporter des informations supplémentaires touchant par exemple les qualifications ou l'insuffisance de qualifications des entrepreneurs et fournisseurs, le prix et un résumé de chaque offre ou proposition et du marché, un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres ou propositions et une déclaration indiquant si des offres ou propositions avaient été rejetées. On est convenu que les restrictions à la divulgation d'informations prévues aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 devraient être maintenues, mais que la loi type devrait préciser que la divulgation pouvait être ordonnée par un tribunal compétent. Une telle dérogation permettrait d'utiliser, à titre exceptionnel, les informations d'accès restreint si un tribunal le jugeait nécessaire, par exemple à l'occasion d'une procédure de recours. Les informations destinées à la troisième catégorie d'utilisateurs comprendraient par exemple l'exposé des motifs sur lesquels l'entité adjudicatrice s'était fondée pour justifier le recours à une méthode de passation des marchés donnée, prévu au paragraphe 5 de l'article 7.

81. Le Groupe de travail est convenu que le compte rendu devait être mis à la disposition des diverses catégories d'utilisateurs après que la procédure d'appel d'offres a pris fin ainsi que le prévoyait le paragraphe 2 et a décidé de maintenir les deux variantes entre crochets en attendant que la disposition soit réexaminée. Par ailleurs, il a été convenu qu'en attendant, la question de l'accès aux informations contenues dans le compte rendu ne serait pas réglée dans la loi type mais qu'elle relèverait d'autres branches du droit telles que la législation sur l'accès à l'information et le droit de la preuve.

Articles 33 ter à 33 sexies

Procédure de sollicitation de propositions

82. Le Groupe de travail a examiné la proposition ci-après, qui combine les dispositions contenues dans les articles 33 *ter* à 33 *sexies* concernant les conditions et la procédure d'utilisation de la sollicitation de propositions :

"Article 33 ter

"Sollicitation de propositions

1. (Sous réserve d'approbation par ...,) une entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation

des marchés en adressant une sollicitation de propositions au plus grand nombre possible d'entrepreneurs et de fournisseurs, étant entendu que :

a) L'entité adjudicatrice n'a pas identifié la nature ou les spécifications particulières des biens ou des travaux requis et demande qu'on lui soumette des propositions quant aux divers moyens possibles de répondre à ses besoins;

b) Le choix de l'entrepreneur ou du fournisseur doit se fonder à la fois sur l'efficacité des moyens proposés et sur le prix de la proposition; et

c) L'entité adjudicatrice a établi les critères à utiliser pour évaluer les propositions et a déterminé la pondération à accorder à chacun de ces critères et la manière dont il faut les appliquer pour évaluer les propositions.

"2. Les critères visés à l'alinéa *c* du paragraphe 1 doivent permettre d'évaluer :

a) La compétence de l'entrepreneur ou du fournisseur;

b) La conformité de la proposition soumise par l'entrepreneur ou le fournisseur; et

c) Le prix proposé par l'entrepreneur ou le fournisseur pour exécuter sa proposition et les coûts de remplacement connexes.

"3. La sollicitation de propositions publiée par l'entité adjudicatrice doit contenir au minimum les renseignements suivants :

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) La description des besoins pour lesquels l'entité adjudicatrice sollicite des propositions, y compris toutes les caractéristiques techniques et autres critères auxquels les propositions doivent répondre, ainsi que l'emplacement des travaux à effectuer;

c) Les critères à utiliser pour évaluer la proposition, la pondération à accorder à chacun de ces critères, exprimée en termes pécuniaires dans la mesure du possible, et la manière dont ils doivent être appliqués aux fins de l'évaluation de la proposition; et

d) La forme sous laquelle la proposition doit être présentée et toute instruction applicable, y compris les délais d'exécution de la proposition.

"4. L'entité adjudicatrice ouvrira toutes les propositions de manière à éviter que leur contenu soit divulgué aux entrepreneurs et fournisseurs en concurrence.

"5. L'entité adjudicatrice peut négocier avec les entrepreneurs et les fournisseurs au sujet de leurs propositions et demander ou autoriser une modification de ces propositions, étant entendu que :

a) Les négociations entre l'entité adjudicatrice et l'entrepreneur et le fournisseur sont confidentielles; et

b) Sous réserve des dispositions du paragraphe 7, une partie aux négociations ne révèle à aucun tiers des éléments d'information d'ordre technique ou commercial relatifs à ces négociations, notamment les prix des propositions, sans le consentement de l'autre partie.

"6. A l'issue de négociations, l'entité adjudicatrice peut demander aux entrepreneurs ou aux fournisseurs de lui soumettre, dans un délai spécifié, une offre définitive concernant leurs propositions.

"7. L'entité adjudicatrice appliquera les procédures suivantes pour l'évaluation des propositions :

a) Seuls les facteurs visés au paragraphe 2 et mentionnés dans la sollicitation seront pris en considération;

b) La conformité d'une proposition aux besoins de l'entité adjudicatrice sera évaluée séparément du prix; et

c) Le prix d'une proposition ne sera pris en considération par l'entité adjudicatrice qu'une fois l'évaluation technique terminée.

"8. [Disposition sur le compte rendu de la sollicitation de propositions.]"

83. On a fait valoir que cette proposition présentait certaines lacunes, notamment parce qu'elle ne maintenait pas la disposition du paragraphe 2 de l'article 33 *ter*, qui incorporait en s'y référant les dispositions de l'article régissant la procédure d'appel d'offres. Par exemple, dans la mesure où la proposition ne comportait aucune disposition relative à l'acceptation d'une proposition ou à l'entrée en vigueur du marché, et ne se référait pas à l'article 32, la loi type ne pourrait pas indiquer la date à laquelle le marché entrait en vigueur à l'occasion d'une procédure de sollicitation de propositions. On a souligné en réponse que la loi type ne contenait pas de disposition de cette nature pour d'autres méthodes de passation des marchés telles que la procédure de sollicitation d'une source unique, la procédure de négociation avec appel à la concurrence et la procédure de sollicitation de prix.

84. On est convenu que la procédure de sollicitation de propositions au sens de la loi type devait être considérée comme une méthode de passation des marchés entièrement distincte de l'appel d'offres et qu'il était par conséquent inopportun d'insérer des dispositions relatives aux appels d'offres. La question de l'entrée en vigueur du marché à l'occasion d'une procédure de sollicitation de propositions pouvait être réglée par le droit applicable.

Paragraphe 1

85. Un membre du Groupe de travail a proposé de modifier le *chapeau* pour préciser non seulement que la sollicitation de propositions devrait être adressée au plus grand nombre possible d'entrepreneurs et de fournisseurs, mais également qu'elle devait l'être si possible à au moins trois entrepreneurs et fournisseurs. Selon une opinion, pareille modification n'était pas nécessaire, car, dans le genre de grand projet communément visé par la procédure de sollicitation de propositions, l'entité adjudicatrice, agissant dans son propre intérêt, ne manquerait pas de solliciter le plus grand nombre possible de propositions. L'opinion a cependant prévalu que la modification proposée se justifiait, car le fait de se borner à exiger que l'entité adjudicatrice adresse une sollicitation de propositions au plus grand nombre "possible" d'entrepreneurs et de fournisseurs ne garantissait pas que ce nombre serait toujours suffisamment élevé pour instaurer un degré minimal de concurrence.

86. Selon une autre proposition, qui visait à rendre la procédure de sollicitation de propositions plus compétitive,

l'entité adjudicatrice serait tenue de publier un avis concernant ladite procédure. Des membres du Groupe de travail ont objecté que cette exigence aboutirait à estomper la distinction entre la procédure de sollicitation de propositions et la procédure d'appel d'offres en contraignant l'entité adjudicatrice à évaluer des propositions d'entrepreneurs et de fournisseurs qu'elle ne souhaitait pas nécessairement examiner. En outre, on s'est inquiété du supplément considérable de temps que cette dernière devrait consacrer à l'évaluation des propositions. Toutefois, selon l'opinion prédominante, le souci d'accroître la compétitivité justifiait que l'entité adjudicatrice soit généralement tenue de publier un avis de procédure de sollicitation de propositions, pourvu que cette exigence soit assortie de certaines limites. Une proposition en ce sens consistait à simplement exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle prenne contact avec les entrepreneurs et fournisseurs les plus représentatifs d'un secteur donné. Cette proposition a été considérée comme impraticable, en raison de son caractère extrêmement subjectif. Selon une autre proposition, il convenait de prévoir la publication d'un avis, mais en laissant celle-ci à la discrétion de l'entité adjudicatrice. On a fait observer que cette approche présentait un intérêt limité, car rien dans le texte proposé n'interdisait à l'entité adjudicatrice de publier un avis, si tel était son souhait. Selon une autre proposition, l'entité adjudicatrice serait tenue de prendre contact avec les associations professionnelles des entrepreneurs et des fournisseurs dont le projet relevait.

87. Eu égard à ces considérations et arguments, le Groupe de travail a décidé de compléter le paragraphe 1 par une disposition conçue dans les termes ci-après :

> "L'entité adjudicatrice publie dans un organe professionnel à large diffusion un avis de sollicitation de propositions, à moins qu'elle estime ne pas devoir le faire pour des raisons d'économie ou d'efficacité."

88. Le Groupe de travail a précisé que la publication d'un avis ne conférait aucun droit aux entrepreneurs et fournisseurs et notamment qu'elle ne les autorisait pas à exiger qu'une proposition soit évaluée.

89. Il a été décidé de remplacer à l'alinéa *a* les mots "n'a pas identifié" par les mots "n'a pas été en mesure d'identifier pleinement". Ce nouveau libellé devait éviter de donner l'impression qu'une entité adjudicatrice pouvait passer un marché en recourant à la procédure de sollicitation de propositions, alors qu'elle était en mesure d'identifier la nature des biens à acquérir, mais s'était abstenue de prendre les mesures nécessaires à cet effet. L'adjonction du mot "pleinement" devait préserver la possibilité pour l'entité adjudicatrice de recourir à la sollicitation de propositions, lorsqu'elle ne pouvait déterminer que partiellement la nature ou les spécifications particulières des biens ou des travaux requis.

90. Un membre du Groupe de travail s'est demandé si les alinéas *b* et *c* avaient bien place dans le paragraphe 1. On a fait observer que, placés où ils étaient, ces alinéas relatifs aux modalités d'utilisation de la sollicitation de propositions risquaient de jeter la confusion. En effet, le paragraphe 1 traitait des conditions d'utilisation de la sollicitation de propositions, alors que les modalités d'utilisation étaient abordées ailleurs dans le texte proposé. Pour justifier la structure du texte proposé, on a fait valoir que l'insertion à cet endroit des alinéas *b* et *c*, même si elle n'était pas strictement nécessaire, devait marquer clairement dès le début les traits distinctifs de la procédure de sollicitation de propositions. Un membre du Groupe de travail s'est également interrogé sur l'opportunité de maintenir l'alinéa *a*, car il avait un caractère tellement général qu'il pouvait tout aussi bien servir à définir les critères utilisés pour sélectionner un entrepreneur ou un fournisseur dans le cadre d'autres méthodes de passation de marchés. Le Groupe de travail a décidé de conserver l'alinéa *a* et, sous réserve d'un examen ultérieur, de maintenir les alinéas *b* et *c* à l'endroit du texte où ils figuraient actuellement. Il a également admis qu'il convenait d'aligner la mention figurant dans le texte anglais de l'alinéa *b* ("effectiveness of the means proposed"/"efficacité des moyens proposés") sur la mention figurant à l'alinéa *b* du paragraphe 2 ("effectiveness of the proposal"/"conformité d'une proposition").

91. Un membre du Groupe de travail ayant estimé que le membre de phrase figurant à l'alinéa *c* "les critères à utiliser pour évaluer les propositions" manquait de clarté, on a proposé d'insérer une disposition contenant une liste non exhaustive des critères ainsi visés et conçue dans les termes ci-après :

> "Les critères visés à l'alinéa *c* du paragraphe 1 peuvent inclure la structure envisagée pour les travaux, l'identification des problèmes techniques essentiels et les esquisses de solutions, le calendrier proposé et les systèmes de contrôle de la qualité et des délais à utiliser."

92. On a objecté qu'une telle disposition risquait, bien que la liste soit conçue comme une liste non exhaustive, d'être interprétée par certaines instances comme obligeant l'entité adjudicatrice à n'utiliser que des critères semblables à ceux mentionnés dans la liste. Eu égard à ce risque, le Groupe de travail est convenu qu'il était préférable de ne pas insérer la disposition proposée et d'insérer dans les commentaires une explication concernant la mention de critères.

Paragraphe 2

93. Il a été convenu de remplacer dans le *chapeau* les mots "doivent permettre d'évaluer" par un libellé tel que "doivent porter sur", étant donné que l'alinéa *c* se réfère au prix et qu'il est nécessaire de préciser que le prix lui-même peut être un critère.

94. On a proposé de ne pas mentionner au paragraphe 2 la compétence de l'entrepreneur ou du fournisseur visée à l'alinéa *a* en tant que critère pondéré utilisé pour évaluer une proposition. On a déclaré à l'appui de cette proposition que la compétence d'un entrepreneur ou d'un fournisseur n'était pas quantifiable et devrait être traitée comme une condition préalable séparée, utilisée exclusivement pour déterminer si un entrepreneur ou un fournisseur doit être admis à participer à la procédure de sollicitation. Selon cette vue, l'utilisation de la compétence en tant que critère pour évaluer et comparer les propositions introduit un important facteur de subjectivité et accroît le risque de corruption. On a objecté à la proposition parce qu'elle autoriserait l'entité adjudicatrice à utiliser la compétence comme critère d'évaluation du fait qu'elle ferait moins confiance à tel

entrepreneur ou fournisseur plutôt qu'à tel autre s'agissant de la capacité à exécuter la proposition. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait conserver la compétence en tant que critère d'évaluation du fait des garanties contre les pratiques abusives qui figurent dans la loi type. Il a été convenu en même temps que la loi type devrait autoriser l'entité adjudicatrice à empêcher les entrepreneurs ou les fournisseurs jugés non fiables ou incompétents à participer à la procédure de sollicitation. Pour parvenir à ce résultat, on pourrait prévoir que l'entité adjudicatrice peut ne donner suite qu'aux propositions de son choix. Pour établir une distinction entre la compétence en tant que critère d'évaluation et une telle disposition, il a été convenu qu'il faudrait modifier l'alinéa *a* de manière à mentionner la compétence technique et gestionnaire relative des entrepreneurs et fournisseurs.

95. Le Groupe de travail a adopté les alinéas *b* et *c* sans y apporter de changement.

Paragraphe 3

96. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa *a* sans y apporter de changement.

97. A l'alinéa *b*, il a été convenu de supprimer la mention des caractéristiques techniques pour éviter une incompatibilité avec l'alinéa *a* du paragraphe 1, aux termes duquel l'entité adjudicatrice peut engager la procédure de sollicitation de propositions lorsqu'elle n'a pas été en mesure d'identifier pleinement les spécifications des biens ou travaux requis.

98. On a rappelé que le Groupe de travail avait décidé, lors de l'examen de l'article 28, que le fait d'exprimer les critères d'évalution en termes pécuniaires était une méthode particulièrement appropriée pour évaluer et comparer les offres, mais on s'est posé des questions au sujet de l'application pratique de la disposition figurant à l'alinéa *c*, selon laquelle les critères à utiliser dans la procédure de sollicitation de propositions devraient dans la mesure du possible être exprimés en termes pécuniaires. On s'est demandé en particulier de quelle manière on évaluerait et comparerait des propositions lorsque seul l'un des critères d'évaluation pourrait être exprimé en termes pécuniaires. On a fait observer que dans les cas où tous les critères d'évaluation ne pouvaient pas être ainsi exprimés, il faudrait utiliser le système du "merit-point" pour tous les critères. On a fait valoir que le fait d'exprimer les critères d'évaluation en termes pécuniaires permettait d'évaluer et de comparer les offres de façon plus objective. Le Groupe de travail a jugé acceptable l'approche utilisée dans le texte proposé, étant donné que ce texte recommandait que les critères d'évaluation soient exprimés en termes pécuniaires mais qu'il autorisait l'entité adjudicatrice à ne pas le faire lorsque cela n'était pas possible en pratique. Le Groupe de travail a noté en même temps le caractère essentiel de la disposition en vertu de laquelle il fallait communiquer aux entrepreneurs et fournisseurs dans la sollicitation de propositions les critères d'évaluation et les modalités d'application de ces critères. Il a été convenu également que les mots "exprimés en termes pécuniaires" devraient être placés immédiatement après les mots "les critères à utiliser pour évaluer la proposition", pour ne pas suggérer qu'on pourrait exprimer en termes pécuniaires la pondération à attribuer à chacun de ces critères.

99. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa *d* sans y apporter de changement.

Paragraphe 4

100. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 4 sans y apporter de changement.

Paragraphe 5

101. Le Groupe de travail a adopté les alinéas *a* et *b* sans y apporter de changement.

102. On a fait observer que, dans certaines situations, l'entité adjudicatrice pourrait vouloir modifier les critères d'évaluation figurant dans la sollicitation de propositions. Dans certains cas, elle pourrait être poussée à le faire en raison d'informations contenues dans les propositions ou découlant des négociations avec les entrepreneurs et les fournisseurs. On a demandé dans quelle mesure la loi type devrait autoriser la modification des facteurs d'évaluation et on s'est demandé si une telle modification pourrait permettre à un entrepreneur ou à un fournisseur de deviner le contenu d'une proposition concurrente. Il a été convenu qu'on devrait autoriser l'entité adjudicatrice à modifier les critères d'évaluation contenus dans la sollicitation de propositions, à condition que les modifications soient valables pour tous les entrepreneurs et fournisseurs participants et qu'ils en soient informés. Il a été convenu également que ces modifications devraient être possibles même après l'ouverture des négociations, mais qu'elles devraient dans tous les cas être apportées de manière à protéger le caractère confidentiel des négociations. Il a été convenu également qu'il faudrait ajouter au paragraphe 5 un nouvel alinéa précisant que toute modification ou clarification de la sollicitation de propositions devrait être communiquée à tous les entrepreneurs et fournisseurs participants.

103. On a proposé que la loi type prévoie que si l'entité adjudicatrice désire négocier avec un entrepreneur ou un fournisseur au sujet de sa proposition, elle doit offrir la même possibilité à tous les entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis des propositions qui n'ont pas été rejetées. Il a été convenu d'accepter cette proposition et de la faire figurer dans un alinéa supplémentaire du paragraphe 5.

Paragraphe 6

104. Le Groupe de travail est convenu d'inclure la procédure de la "meilleure offre définitive" dans la procédure de sollicitation de propositions. Il a été convenu toutefois que cette procédure devrait être obligatoire pour encourager la compétitivité et la transparence. Il a donc été décidé de remplacer les mots "peut négocier" par les mots "doit négocier". Il a été convenu également que la procédure de la meilleure offre définitive devrait s'appliquer à tous les entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure de sollicitation de propositions et qu'il faudrait préciser clairement que cette meilleure offre définitive intéressait tous les aspects d'une offre, et ne portait pas seulement sur le prix.

Paragraphe 7

105. On a suggéré de mentionner à l'alinéa *a* le paragraphe 3 *c* au lieu du paragraphe 2. On a suggéré également qu'on pourrait mentionner dans cet alinéa la modalité d'application des critères et tenir compte de la possibilité de modifier les critères figurant dans la sollicitation de propositions.

Article 34

Procédure de négociation avec appel à la concurrence

106. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa douzième session, il avait demandé au Secrétariat de lui présenter à la session en cours un rapport sur les dispositions des législations nationales relatives à la passation de marchés qui concernaient la méthode désignée dans la loi type sous le nom de procédure de négociation avec appel à la concurrence. Le Groupe de travail était maintenant saisi de ce rapport (publié sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.31).

107. Le Groupe de travail a commencé son examen de l'article 34 par un échange de vues sur l'opportunité de prévoir le recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence en tant que méthode de passation des marchés autre que la procédure d'appel d'offres. On a dit que les conditions du recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence étaient énoncées en termes trop larges et laissaient à l'entité adjudicatrice une liberté excessive pour décider si elle devait renoncer ou non à utiliser la procédure d'appel d'offres. On a dit également que la loi type tenait déjà compte du cas dans lequel l'entité adjudicatrice pouvait être obligée de passer un marché par voie de négociations, en prévoyant deux autres méthodes de passation des marchés, à savoir la procédure d'appel d'offres en deux étapes et la procédure de sollicitation de propositions, et que l'article 34 pouvait donc être entièrement supprimé. On a déclaré en outre que, sous sa forme actuelle, la loi type risquait de créer une certaine confusion dans l'esprit des autorités chargées de la passation des marchés parce qu'il y existait un chevauchement entre les conditions prévues à l'article 34 pour le recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence et les conditions prévues pour le recours à la procédure d'appel d'offres en deux étapes et à la procédure de sollicitation de propositions. Pour essayer de résoudre ce problème, il a été proposé de considérer ces trois méthodes de passation des marchés comme des solutions de rechange entre lesquelles l'entité adjudicatrice serait libre de choisir.

108. Comme cela avait été le cas lors de sessions précédentes du Groupe de travail, le point de vue selon lequel la loi type devait prévoir une procédure de négociation avec appel à la concurrence l'a finalement emporté. On a convenu que le simple fait que l'application de la loi type dans un cas donné puisse faire apparaître un chevauchement entre les conditions d'application des différentes méthodes de passation des marchés ne signifiait pas que ces méthodes puissent être traitées, de manière générale, comme des options dans le cadre de la loi type. On a aussi fait observer que le paragraphe 3 de l'article 7 traitait du problème du chevauchement en établissant un ordre de préférence qui devait être suivi en cas de chevauchement entre les diverses méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres. Le Groupe de travail a toutefois estimé que les conditions d'utilisation de la procédure de négociation avec appel à la concurrence devaient être précisées.

Nouveau paragraphe 1

109. Conformément à la décision prise à sa douzième session, selon laquelle les conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres devaient être énoncées dans les différents articles régissant ces autres méthodes, le Groupe de travail a décidé d'énoncer les conditions d'application de la procédure de négociation avec appel à la concurrence dans le nouveau paragraphe 1.

110. L'idée directrice de l'alinéa *a* a été généralement approuvée. Certains ont estimé toutefois que cette disposition était rédigée en termes trop larges et pouvait être interprétée comme couvrant une gamme de situations dans lesquelles il serait préférable d'utiliser des méthodes de passation des marchés plus compétitives. On a estimé qu'il fallait remanier l'alinéa de manière à souligner plus clairement que les biens devaient avoir un caractère spécial ou être particulièrement complexes du point de vue technique pour justifier le recours à la négociation avec appel à la concurrence.

111. On a proposé de modifier l'alinéa *b* de manière à préciser que l'urgence n'est une raison valable pour recourir à la négociation avec appel à la concurrence que lorsqu'il est impossible d'engager une procédure d'appel d'offres. Dans le même ordre d'idées, on a suggéré de mentionner expressément les circonstances dans lesquelles il était impossible de suivre la procédure de sollicitation énoncée à l'article 12. Le Groupe de travail a décidé qu'une telle mention était inutile dans la mesure où l'alinéa *b* contenait déjà une référence implicite à certains aspects de la procédure d'appel d'offres tels que ceux visés à l'article 12. Il a estimé toutefois qu'à l'alinéa *b* les cas d'urgence justifiant le recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence devaient être limités aux cas imprévisibles qui ne résultaient pas de manœuvres dilatoires de la part de l'entité adjudicatrice.

112. On s'est interrogé sur la nécessité de maintenir à la fin de l'alinéa *c* les mots "sauf lorsque le contrat prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement". Le Groupe de travail a estimé que ces mots devaient être maintenus parce qu'ils servaient à garantir que le marché à conclure par l'entité adjudicatrice avait véritablement pour objet des activités de recherche et non des activités commerciales. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa sans modification.

113. On a fait observer que selon l'alinéa *d*, tel qu'il était actuellement libellé, le recours à la négociation avec appel à la concurrence pour des raisons de défense nationale ou de sécurité nationale était limité aux cas où les besoins de l'entité adjudicatrice devaient rester secrets. On a estimé que cette approche était trop étroite car il pouvait y avoir

des cas où le marché à conclure faisait intervenir des considérations de défense ou de sécurité nationale mais n'exigeait pas le secret, et où l'autorité adjudicatrice considérerait la procédure de négociation avec appel à la concurrence comme la méthode de passation des marchés la plus appropriée. Certains craignaient qu'en élargissant ainsi la portée de l'alinéa *d* on ne permette à l'entité adjudicatrice d'éviter indûment de recourir à la procédure d'appel d'offres dans des cas où les considérations de défense ou de sécurité nationale n'étaient que marginales. Après avoir délibéré, le Groupe de travail a accepté la proposition tendant à supprimer la référence à la nécessité de garder le secret et à ne mentionner que les considérations de défense et de sécurité nationales. On a estimé qu'une telle approche élargirait les possibilités d'application de la loi type.

114. On s'est demandé si l'inclusion des considérations de défense et de sécurité nationales parmi les motifs justifiant le recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence était compatible avec la disposition du paragraphe 2 de l'article premier, selon laquelle la loi type ne s'applique pas à la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale, sauf lorsque — et dans la mesure où — l'entité adjudicatrice déclare expressément qu'elle est applicable. On craignait, en particulier, que la juxtaposition des deux dispositions n'entraîne une certaine confusion pour ce qui est de savoir si la loi type était généralement applicable à la passation de marchés intéressant la défense nationale. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 2 de l'article premier, qui traite du champ d'application de la loi type, permettait à l'entité adjudicatrice d'appliquer la loi type à la passation de marchés intéressant la défense ou la sécurité nationale. La mention de la défense ou de la sécurité nationale à l'alinéa *d* n'avait aucun rapport avec le champ d'application de la loi type et avait pour seul objet de permettre à une entité adjudicatrice de recourir à la procédure de négociation avec appel à la concurrence une fois qu'elle avait décidé d'appliquer la loi type. On a décidé de revoir le texte de l'alinéa *d* pour essayer de préciser le rapport qui pouvait exister entre cet alinéa et le paragraphe 2 de l'article premier, en ajoutant peut-être à l'alinéa *d* un renvoi au paragraphe 2 de l'article premier. On a également décidé d'indiquer dans le commentaire que les considérations de défense et de sécurité nationales avaient été incluses parmi les circonstances justifiant le recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence afin d'encourager une application aussi large que possible de la loi type à la passation de marchés intéressant la défense et la sécurité nationales.

115. On a proposé de modifier l'alinéa *e* de manière à stipuler que, lorsqu'une procédure de négociation avec appel à la concurrence a été engagée parce qu'une procédure d'appel d'offres n'a pas abouti, le prix du marché qui en résulte ne doit pas être supérieur au prix offert dans la procédure d'appel d'offres et les conditions contractuelles du marché doivent rester les mêmes. Cette proposition n'a pas été acceptée car on a estimé qu'elle imposait des restrictions excessives à l'entité adjudicatrice. On s'est demandé, en outre, si une telle approche était possible dans la pratique, étant donné notamment que les prix pouvaient augmenter pendant la période comprise entre la fin de la procédure d'appel d'offres infructueuse et le commencement de la procédure de négociation avec appel à la concurrence. On a suggéré, pour tenir compte de cette possibilité, d'ajouter un facteur d'inflation, mais cette suggestion n'a pas été retenue. Le Groupe de travail a estimé que l'alinéa *e* devait être maintenu dans ses grandes lignes et que la mention des circonstances dans lesquelles il serait improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres débouche sur la conclusion d'un marché était une garantie suffisante contre un recours abusif à la procédure de négociation avec appel à la concurrence. Le Secrétariat a été prié d'examiner l'alinéa *e* pour déterminer s'il y avait lieu de le modifier en fonction de la décision que le Groupe de travail avait prise antérieurement au sujet du droit de l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres lorsque l'entrepreneur ou le fournisseur choisi ne confirmait pas ses qualifications.

116. Comme pour l'examen des autres dispositions de la loi type où il était question de la réglementation des marchés, on s'est demandé s'il y avait bien lieu de se référer à la réglementation des marchés à l'alinéa *f* et quel pouvait être l'effet de cette référence, étant donné que les Etats adoptant la loi type étaient libres, en vertu de l'article 4, de promulguer ou non la réglementation des marchés. Il n'a pas été nécessaire d'examiner cette question à propos de l'alinéa *f*, dans la mesure où le Groupe de travail a décidé de supprimer cet alinéa parce qu'il estimait que la procédure de sollicitation de prix était une méthode de passation des marchés plus compétitive et, par conséquent, plus appropriée pour les marchés de faible valeur que la méthode plus complexe et plus secrète de la négociation avec appel à la concurrence.

Nouveau paragraphe 1 bis

117. Le Groupe de travail a estimé que, compte tenu de sa décision de ne pas maintenir l'alinéa *f* du nouveau paragraphe 1, il n'y avait pas lieu de maintenir le nouveau paragraphe 1 *bis*.

Paragraphe 1

118. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur le fait que les lois de certains Etats en matière de passation des marchés prévoyaient que, dans la procédure de négociation, l'entité adjudicatrice devait exiger de tous les entrepreneurs et fournisseurs participants qu'ils soumettent, à une date fixe intervenant lors des derniers stades de la procédure, leur meilleure offre définitive dans un délai fixé et que le choix de l'entrepreneur ou fournisseur soit basé sur ces offres définitives. On a dit qu'une telle procédure introduirait une certaine discipline et un élément de concurrence dans la procédure de négociation et qu'il fallait envisager de l'inclure au paragraphe 1. Certains se sont toutefois demandé s'il convenait d'exiger le recours général à cette procédure. Tout en reconnaissant qu'une telle procédure pouvait être utile dans certaines circonstances, on a fait observer qu'elle risquait, dans certains cas, de réduire indûment le pouvoir de négociation de l'entité adjudicatrice et de limiter sa faculté d'obtenir la meilleure valeur. On craignait aussi que cette procédure ait pour effet involontaire de favoriser une collusion entre les entrepreneurs ou fournisseurs. Compte tenu des considérations susmentionnées, le Groupe de travail a décidé que la loi type devait prévoir une procédure fondée sur la meilleure offre

définitive, mais que l'application de cette procédure devait être laissée à la discrétion de l'entité adjudicatrice. Il a également dit que, selon lui, la notion d'offre définitive la meilleure ne se fondait pas seulement sur le prix, mais aussi sur les aspects techniques et sur tous les autres éléments de l'offre. Il a estimé qu'il fallait examiner dans le commentaire les facteurs que l'entité adjudicatrice devait prendre en considération pour déterminer s'il y avait lieu d'utiliser la procédure en question. Le Groupe de travail a adopté le texte du paragraphe 1 sous réserve que la procédure de la meilleure offre définitive y soit mentionnée.

Paragraphe 2

119. Le Groupe de travail a accepté la proposition d'ajouter le mot "éclaircissements" à la liste des éléments d'information figurant au paragraphe 2. Sous réserve de cet ajout, le Groupe de travail a adopté ce paragraphe.

Paragraphe 3

120. On a exprimé l'avis que le libellé actuel du paragraphe 3, et en particulier l'expression "à aucun tiers", est ambigu en ce sens que seule la divulgation de l'information à des personnes non parties aux négociations y est clairement proscrite. En particulier, on a exprimé la crainte que le paragraphe ne soit interprété comme autorisant les entrepreneurs ou fournisseurs parties à des négociations à échanger des informations sur celles-ci. Il a été reconnu qu'il y avait normalement plus de chance de voir l'autorité adjudicatrice tentée de communiquer à un entrepreneur ou fournisseur déterminé des informations concernant les négociations menées avec un autre entrepreneur ou fournisseur, que de voir les entrepreneurs ou fournisseurs concurrents tentés d'échanger des informations; on a toutefois fait observer qu'il y avait un risque de collusion entre entrepreneurs ou fournisseurs participants. Il a été convenu que les dispositions du paragraphe 3, stipulant que les parties aux négociations ne divulguent "à aucun tiers" des informations relatives aux négociations, proscrivent à la fois les échanges d'informations entre entrepreneurs ou fournisseurs et la communication par l'entité adjudicatrice à un entrepreneur ou fournisseur d'informations concernant les négociations avec un autre entrepreneur ou fournisseur. Il a été suggéré que l'on pourrait rendre plus claire l'intention du paragraphe en remplaçant l'expression "à aucun tiers" par une expression plus précise telle que "à aucune autre personne" ou "à aucun autre entrepreneur ou fournisseur ou à aucun tiers".

121. Il a été suggéré que les dispositions relatives à la divulgation d'informations étaient libellées de façon trop générale et risqueraient ainsi d'être incompatibles avec les textes législatifs de certains Etats concernant l'accès à l'information, et que seule la divulgation d'informations "confidentielles" devrait être interdite. A l'appui du libellé actuel, il a été indiqué que l'obligation de confidentialité dans les procédures de négociation avec appel à la concurrence impliquait que, en particulier au cours des négociations, aucun tiers ne devrait avoir accès aux informations concernant les négociations entre l'entité adjudicatrice et tel ou tel entrepreneur ou fournisseur. On a fait observer que dans les Etats où il existe une législation concernant l'accès à l'information, cette législation résoudrait les conflits éventuels avec la loi type. Selon les tenants de ce point de vue, le paragraphe 4 contient des dispositions suffisantes concernant les informations à rendre publiques. Le Groupe de travail, tout en acceptant l'esprit du texte actuel, a reconnu qu'il serait utile d'en limiter l'application aux seules informations que le texte vise à protéger, à savoir les aspects techniques et les questions de prix, mais non les informations dont la divulgation pourrait être utile et ne risquerait pas de compromettre la procédure, telles que l'identité des entrepreneurs ou fournisseurs participants. Quant à la nouvelle formulation précise du paragraphe 3, la proposition d'ajouter le mot "confidentielles" n'a pas été retenue parce que l'on craignait les complications qu'entraînerait la détermination de ce que constitue une information "confidentielle", d'autant plus qu'il est stipulé au paragraphe 3 que l'ensemble de la procédure de négociation est confidentiel. Il a été décidé de mentionner explicitement les informations techniques, les informations relatives aux prix, ainsi que les autres informations commerciales. Il a également été suggéré que le texte serait encore plus clair s'il précisait que le paragraphe 3 vise la période antérieure à l'achèvement de la procédure de négociation avec appel à la concurrence, tandis que le paragraphe 4 vise la divulgation d'informations après l'achèvement de la procédure.

122. Le Secrétariat a été prié de réviser le paragraphe 3 pour tenir compte des délibérations et décisions du Groupe de travail.

Paragraphe 4

123. Il a été décidé de différer l'examen des dispositions relatives aux comptes rendus prescrits au sujet des procédures de négociation avec appel à la concurrence jusqu'à ce que le Groupe de travail ait examiné une disposition générale énonçant toutes les prescriptions relatives aux comptes rendus.

Article 34 bis

Sollicitation de prix

Paragraphe 1

124. Il a été proposé de modifier la définition des types de marchandises pour lesquelles il peut être approprié de procéder par sollicitation de prix en y incluant les marchandises faciles à identifier et disponibles à un prix indicatif, afin de faire clairement apparaître qu'il s'agit de biens pour lesquels existe un marché. On a fait observer que le terme "prix indicatif" n'était pas suffisamment précis. Le Groupe de travail a approuvé l'esprit de la proposition et invité le Secrétariat à examiner la façon de lui donner suite concrètement.

125. Etant donné qu'aux termes de l'article 4 la promulgation d'une réglementation des marchés est facultative, il a été suggéré qu'il faudrait réexaminer l'opportunité de préciser dans la réglementation des marchés la somme en dessous de laquelle la procédure de sollicitation de prix peut être utilisée, et les effets qu'aurait une telle prescription. On a fait observer que, selon la législation de certains Etats qui adopteraient la loi type, les entités adjudicatrices ne seraient pas autorisées à avoir recours à la procédure de sollicitation de prix si aucune réglementation des marchés n'était promulguée. On a rappelé que les conséquences

qu'aurait dans un Etat ayant adopté la loi type cette absence de réglementation des marchés avaient été évoquées au sujet d'autres dispositions de la loi type et que le Groupe de travail avait décidé de revenir sur la question d'une façon générale.

126. Il a été suggéré de préciser dans le commentaire que les entités adjudicatrices utilisant cette méthode de passation des marchés devraient prendre les mesures nécessaires pour que les biens normalisés ainsi achetés soient conformes aux normes de qualité prescrites.

Paragraphe 2

127. Le Groupe de travail a adopté le texte du paragraphe 2 sans modification.

Paragraphe 3

128. Le Groupe de travail s'est interrogé sur l'opportunité de stipuler au paragraphe 3 que l'entité adjudicatrice demande des offres à un nombre minimum spécifié d'entrepreneurs ou fournisseurs. Le Groupe de travail, tout en reconnaissant l'intérêt qu'il y a à fixer un nombre minimum, comme cela est fait dans le projet à l'examen, afin que les obligations de l'entité adjudicatrice soient clairement énoncées, est convenu d'une façon générale qu'il serait irréaliste de fixer une règle applicable à tous les cas. En effet, dans certains cas, l'entité administratrice pourrait se trouver dans l'impossibilité d'obtenir le minimum d'offres prescrit, par exemple quand le nombre d'entrepreneurs ou fournisseurs capables de répondre à ses besoins n'atteint pas ce minimum. Pour assurer la souplesse nécessaire tout en conservant une partie de l'avantage que présente la prescription d'un nombre minimum, il a été convenu de stipuler que l'entité adjudicatrice sollicite les prix d'un aussi grand nombre d'entrepreneurs que possible, et d'au moins trois, sauf impossiblité.

129. On a demandé s'il était nécessaire de maintenir la dernière phrase interdisant la négociation. Il a été suggéré de la supprimer parce qu'en pratique des négociations ont lieu lorsque la procédure de sollicitation de prix est appliquée. Mais, de l'avis général, l'interdiction devrait être maintenue car elle est un élément important de cette méthode de passation des marchés. Il a été convenu qu'une autre raison pour interdire les négociations est que la loi type prévoit d'autres méthodes de passation des marchés, ce qui donne à l'entité adjudicatrice toute la latitude nécessaire pour avoir au besoin recours à la négociation.

Paragraphe 4

130. Il a été proposé de remplacer l'expression "ayant proposé le prix le moins élevé" par "ayant fait l'offre conforme au prix le plus bas" pour éviter que l'entité adjudicatrice ne se trouve dans l'obligation d'accepter le prix le plus bas si les autres conditions ne sont pas acceptables. Une telle souplesse pourrait être nécessaire, par exemple, si l'entrepreneur ou fournisseur ayant proposé le prix le plus bas ne peut s'engager à livrer les marchandises dans les délais voulus. Le Groupe de travail a accepté cette proposition. On a par ailleurs fait remarquer que le libellé actuel risque d'être interprété comme prescrivant à l'entité adjudicatrice d'accepter le prix le plus bas, même si celui-ci est trop élevé. Il a été suggéré pour remédier à cela de préciser que l'entité adjudicatrice n'est tenue d'accepter "l'offre conforme au prix le plus bas" que si elle passe effectivement marché.

131. On a fait observer que, avec le libellé actuel, le paragraphe 4 ne laissait à l'entité adjudicatrice aucune autre possibilité que d'accepter le prix le moins élevé, même s'il est proposé par un entrepreneur ou fournisseur que l'entité adjudicatrice sait peu fiable. Pour éviter de lier ainsi les mains à l'entité adjudicatrice, il a été suggéré d'insérer le mot "sérieux" après les mots "à l'entrepreneur ou au fournisseur". La nécessité de cette modification a été contestée étant donné que la procédure de sollicitation de prix permet à l'entité adjudicatrice de vérifier la fiabilité des entrepreneurs et fournisseurs avant de leur demander leurs prix. Mais le Groupe de travail a reconnu que, dans certaines circonstances, l'entité adjudicatrice pourrait ne s'apercevoir du manque de fiabilité d'un entrepreneur ou fournisseur qu'après avoir reçu de lui l'offre au prix le moins élevé. Il a été décidé qu'en tel cas, de même que lorsque l'entité adjudicatrice est tenue de s'adresser à des entrepreneurs ou fournisseurs figurant sur une liste ou dans un fichier, elle doit pouvoir rejeter l'offre au prix le plus bas si celle-ci émane d'un entrepreneur ou fournisseur non fiable. En ce qui concerne le libellé précis, il a été suggéré de remplacer le mot "sérieux" par le mot "qualifié", mais on a objecté que cela risquerait de compromettre le caractère informel de la procédure de sollicitation de prix. La proposition d'employer le mot "compétent" a également suscité des objections. Le Secrétariat a été invité à trouver une formulation permettant de tenir compte de la fiabilité de l'entrepreneur ou du fournisseur.

132. On a demandé si l'expression "le prix le moins élevé" se réfère uniquement au coût proprement dit des biens ou comprend d'autres éléments tels que les frais de transport et d'assurance. Il a été suggéré que le terme pouvait s'entendre dans le contexte de l'évaluation des offres à laquelle procède l'entité adjudicatrice pour déterminer le choix qui lui permettra d'obtenir les biens voulus au moindre coût total, et que la question posée était d'ordre rédactionnel. Le Secrétariat a été invité à examiner si la question des éléments à inclure dans le prix pouvait se poser également au sujet des autres méthodes de passation des marchés et, dans l'affirmative, s'il pourrait être nécessaire d'inclure dans l'article 2 une définition du terme "prix". Il a également été suggéré que, dans la mesure où des questions de fond ne sont pas en jeu, la question des éléments du prix pourrait être traitée dans le commentaire.

Paragraphe 5

133. Il a été décidé de différer l'examen des dispositions relatives aux comptes rendus prescrits au sujet des procédures de sollicitation de prix jusqu'à ce que le Groupe de travail ait examiné une disposition générale énonçant toutes les prescriptions relatives aux comptes rendus.

Article 35

Compte rendu de la procédure de sollicitation d'une source unique

Nouveau paragraphe 1

134. Ayant décidé à sa douzième session que les conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés

autres que l'appel d'offres seraient énoncées dans les articles régissant chacune de ces autres méthodes, le Groupe de travail est convenu d'incorporer au texte du nouveau paragraphe 1 les conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique, l'intitulé de l'article devenant "sollicitation d'une source unique".

135. Selon une opinion, l'énumération de nombreuses circonstances dans lesquelles la procédure de sollicitation d'une source unique peut être utilisée risque d'accroître les chevauchements entre les conditions d'utilisation des différentes méthodes de passation des marchés, et il convient de supprimer certaines des conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique dont l'utilité n'apparaît guère. Il a été répondu que le paragraphe 3 de l'article 7, en établissant un ordre de préférence pour les méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres, fournissait un moyen adéquat de parer à de tels chevauchements.

136. On a proposé de supprimer l'alinéa *a* pour la raison que la faible valeur d'un marché ne saurait justifier le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique. On a fait valoir que cet alinéa n'établissait pas l'obligation de rechercher un prix avantageux et qu'il était possible, sans qu'il en coûte un gros effort supplémentaire, d'utiliser une méthode prévue par la loi type et faisait davantage appel à la concurrence, en l'occurrence la sollicitation de prix. Eu égard à ces arguments, il a été décidé de supprimer l'alinéa *a*.

137. Il a été décidé de conserver l'alinéa *b* tel qu'il est libellé actuellement. On a cependant demandé s'il existait un lien entre cet alinéa et la pratique de certains Etats qui exigent des licences.

138. En ce qui concerne l'alinéa *c*, on a fait valoir que le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique ne saurait se justifier par l'urgence lorsque celle-ci résulte de circonstances prévisibles et qui auraient pu être évitées ou du comportement dilatoire de l'entité adjudicatrice. Il a été décidé de modifier l'alinéa *c* pour tenir compte de cette vue. On a admis, d'autre part, qu'avec le libellé actuel la distinction entre l'urgence visée à l'alinéa *c* et celle qui justifie le recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence visée à l'alinéa *b* du nouveau paragraphe 1 de l'article 34 n'était pas assez nette. En conséquence, le Groupe de travail a décidé de limiter l'application de l'alinéa *c* aux cas de catastrophe. Selon certains, il convenait de réduire encore le champ d'application de l'alinéa *c* en limitant le montant du marché pouvant donner lieu à la procédure de sollicitation d'une source unique à ce qui était strictement nécessaire en attendant de pouvoir recourir à une méthode de passation des marchés faisant davantage appel à la concurrence.

139. On a estimé que l'alinéa *d* risquait d'inciter l'entité adjudicatrice à continuer, au nom de la normalisation et contre son propre intérêt, à choisir les mêmes types de biens ou de travaux. Cela exclurait sans nécessité le recours à une méthode de passation des marchés faisant davantage appel à la concurrence et permettant d'acquérir des biens mieux adaptés et risquerait de réduire la possibilité de développer la production locale. Aussi le Groupe de travail est-il convenu de revoir le libellé de l'alinéa *d* pour établir clairement qu'il ne s'applique qu'en l'absence d'autres solutions. L'entité adjudicatrice devrait être tenue notamment de vérifier si le choix initial était approprié, de tenir compte de la taille du marché envisagé par rapport à celle du marché initial, et de se demander si le prix était raisonnable et si les biens en question ne pourraient pas être remplacés par d'autres mieux adaptés. Certains ont fait observer qu'il y avait une contradiction entre les mots "doivent être acquises" utilisés à l'alinéa *d* et les mots "peut se procurer" figurant au début du nouveau paragraphe 1.

140. Le Groupe n'a pas retenu les alinéas *d bis* et *d ter* proposés. L'alinéa *e* a été adopté sans modification.

141. Il a été convenu de modifier l'alinéa *f* pour le mettre en concordance avec la modification apportée à l'alinéa *d* du nouveau paragraphe 1 de l'article 34. On a proposé d'indiquer dans une note que l'insertion de l'alinéa *f* a pour objet de faciliter l'application de la loi type aux marchés intéressant la sécurité ou la défense nationale.

142. En ce qui concerne l'alinéa *g*, on a fait valoir que la possibilité d'invoquer des facteurs socio-économiques pour justifier la procédure de sollication d'une offre unique accroîtrait considérablement le risque d'un recours abusif à cette méthode. Selon les tenants de ce point de vue, un Etat soucieux de promouvoir des objectifs socio-économiques peut fort bien le faire en recourant à la procédure d'appel d'offres, qui, étant fondée sur la concurrence et la transparence, est la mieux à même de garantir une utilisation judicieuse des deniers publics. A quoi il a été répondu que, d'une manière générale, les Etats hésiteraient à renoncer entièrement au droit de recourir à la procédure de sollicitation d'une source unique pour des raisons socio-économiques. Il est inévitable que les gouvernements doivent affronter des situations particulières dans lesquelles des considérations socio-économiques et politiques impératives les obligent à adjuger un marché public sans avoir recours à une procédure quelconque faisant appel à la concurrence. Cela peut être le cas par exemple quand une unité de production employant une proportion très importante de la population active d'une zone donnée risque de devoir fermer.

143. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail est convenu que la loi type devrait prévoir pour les situations exceptionnelles une clause de sauvegarde dans l'esprit de l'alinéa *g* tout en comportant certaines procédures propres à assurer la transparence. On a fait valoir que le Groupe avait décidé de ne pas employer le terme "socio-économique" à l'article 28 à cause de son caractère vague, et que, pour des raisons analogues, il faudrait l'éviter à l'alinéa *g* (voir plus haut le paragraphe 34). Il a été proposé de reformuler comme suit l'alinéa *g* :

> "*g)* La passation d'un marché avec un entrepreneur ou fournisseur donné est nécessaire pour promouvoir les objectifs d'une politique comme indiqué à l'alinéa *c* iii du paragraphe 7 de l'article 28 et l'approbation a été obtenue après publication et après que les intéressés aient eu l'occasion de formuler des observations."

Le Groupe de travail a jugé acceptable la nouvelle formulation proposée sous réserve de l'ajout des précisions ci-

après visant à expliciter le caractère exceptionnel des dispositions de l'alinéa *g* :

"... et il est impossible de promouvoir ces objectifs en adjugeant le marché à un autre entrepreneur ou fournisseur".

144. Il a été décidé que, compte tenu de la modification apportée à l'alinéa *f*, l'alinéa *h* était devenu superflu et pouvait donc être supprimé.

145. L'opportunité de maintenir l'alinéa *i* a été mise en doute. En particulier, selon un point de vue, cette disposition pourrait exclure le recours à des méthodes de passation des marchés faisant appel à la concurrence en autorisant l'entité adjudicatrice à adjuger le marché à un entrepreneur ou fournisseur qui accepterait de construire ou d'acquérir des installations ou des moyens spéciaux, sans être tenue de vérifier si d'autres entrepreneurs ou fournisseurs seraient disposés à faire de même, éventuellement en offrant un prix plus avantageux. On a en outre fait observer que dans les cas où il n'existait qu'un seul entrepreneur ou fournisseur capable de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, l'alinéa *i* était superflu. Il a donc été décidé de le supprimer.

Nouveau paragraphe 1 bis

146. Comme corollaire de la suppression de l'alinéa *a* du nouveau paragraphe 1, il a été décidé de supprimer le nouveau paragraphe 1 *bis*.

Paragraphes 1 et 2

147. Il a été décidé de différer l'examen des dispositions relatives aux comptes rendus prescrits au sujet des procédures de sollicitation d'une source unique jusqu'à ce que le Groupe de travail ait examiné la possibilité d'une disposition générale prescrivant les comptes rendus requis pour toutes les méthodes de passation des marchés. Un membre du Groupe a demandé s'il pourrait être utile de prévoir dans la loi type d'autres prescriptions relatives aux procédures applicables en cas de sollicitation d'une source unique en plus des prescriptions relatives au compte rendu. Il a été répondu que l'addition de détails supplémentaires concernant les procédures risquerait d'introduire trop de complications dans la loi type.

II. Examen des projets d'articles 36 à 42 de la loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.27)

148. Pour examiner les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique dans le cadre de la loi type sur la passation des marchés, le Groupe de travail était saisi d'un rapport du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.27) proposant trois approches possibles de la question des procédures de recours. La première consisterait à élaborer des dispositions qui seraient adoptées par les Etats et qui feraient partie intégrante de la loi type. Un projet de texte des articles 36 à 42 a été présenté au Groupe de travail pour qu'il puisse étudier cette approche. La deuxième consisterait également à élaborer des dispositions traitant des procédures de recours, mais en leur donnant une fonction différente de celle du corpus de la loi type en ce sens que les articles 36 à 42 serviraient de modèle aux Etats qui adopteraient la loi type pour déterminer dans quelle mesure leurs procédures de recours sont suffisantes et efficaces. Ces dispositions contiendraient tous les éléments que la Commission jugera indispensables pour qu'une procédure de recours soit à la fois suffisante et efficace. Dans la troisième approche envisageable, la loi type sur la passation des marchés ne contiendrait aucune disposition de caractère législatif sur les procédures de recours. En tel cas, la Commission, lors de l'adoption de la loi type, soulignerait la nécessité d'une procédure de recours efficace dans une recommandation adressée aux Etats et indiquant les éléments qu'elle juge essentiels. Un libellé possible de cette recommandation a été présenté au Groupe de travail.

149. Les débats du Comité sur la question des recours ont commencé par l'examen des trois approches possibles. A l'appui de la première approche, on a fait observer que si la loi type ne contenait pas un minimum de dispositions relatives aux recours du type de celles qui sont proposées dans les articles 36 à 42, elle perdrait beaucoup de son efficacité en tant que référence en matière de marchés publics, aussi bien pour les Etats où il existe une législation sur la question que pour les autres. Toutefois, cette approche a suscité des objections parce que les procédures de recours touchent à des aspects conceptuels et structurels fondamentaux des systèmes juridiques et des systèmes d'administration publique, qui sont différents selon les pays, de sorte qu'il est très difficile d'élaborer des dispositions applicables universellement en matière de recours. En ce qui concerne la deuxième approche, on a demandé en quoi elle différait de la troisième. Quant à celle-ci, on a contesté son utilité, faisant valoir qu'une simple recommandation ne serait pas un moyen assez efficace d'assurer que les Etats adoptant la loi type mettent également en place les procédures nécessaires de recours. On a fait observer qu'une recommandation adoptée par la Commission et inspirée, comme l'a proposé le Secrétariat, de la directive du Conseil des communautés européennes traitant des procédures de recours dans les cas couverts par les directives de la CEE sur la passation des marchés publics, serait moins efficace que ladite directive du Conseil. En effet, il existe pour cette dernière un mécanisme d'application communautaire. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de différer sa décision et de ne choisir une des trois approches qu'après avoir achevé l'examen des projets d'articles 36 à 42.

Article 36

Droit de recours

150. Il a été convenu que le chapitre de la loi type relatif aux recours devrait contenir un article analogue à l'article 36 proposé, définissant de façon générale les parties pouvant introduire un recours. On a fait observer que cet article, qui repose sur la doctrine de l'intérêt suffisant qui dans certains systèmes juridiques définit le droit d'ester en justice, se réfère en général à l'intérêt d'une partie ou au préjudice subi par elle du fait de l'action d'une entité gouvernementale, mais sans traiter du bien-fondé du recours. Toutefois beaucoup de membres ont estimé que, sur plusieurs points importants, le libellé de l'article 36

était trop général et risquait d'être une source d'incertitude quant au champ d'application des procédures de recours proposées dans la loi type. En particulier, on a fait observer que l'expression "toute personne" n'est pas assez précise, qu'il vaudrait mieux circonscrire la notion d'intérêt du recourant ou de préjudice subi par lui en tant que critère de recevabilité de l'action en recours, que les notions d'acte illégal, de décision illégale ou de procédure illégale appliquée par l'entité adjudicatrice sont trop générales et risqueraient d'englober certains aspects des procédures de passation des marchés qui ne devraient pas donner lieu à des actions privées en réparation et enfin que, si le recours peut être formé à tout stade de la procédure de passation des marchés ou après son achèvement, rien n'indique quels sont les aspects de la procédure auxquels s'applique l'article 36 et s'il y a ou non un délai de prescription.

151. En ce qui concerne la façon de désigner les parties ayant le droit de former recours, le Groupe de travail est convenu de remplacer dans l'article 36 les termes "toute personne physique ou morale" par "tout entrepreneur ou fournisseur". Cette dernière désignation est préférable, car elle est définie à l'article 2 et qu'elle comprend les entrepreneurs ou fournisseurs potentiels. On a demandé s'il n'était pas imprudent d'introduire la notion de nationalité, vu que le Groupe de travail avait décidé à sa onzième session, à propos de l'article 11, d'éviter en général toute mention de la nationalité des entrepreneurs ou fournisseurs afin de n'avoir pas à définir ce terme. On a par ailleurs fait observer que l'emploi du mot "nationalité" risquait de laisser entendre à tort que les entrepreneurs ou fournisseurs étrangers ont le droit de contester la décision d'une entité adjudicatrice de limiter la participation à la procédure d'adjudication aux seuls entrepreneurs et fournisseurs nationaux. Il a été répondu que la notion de nationalité n'était introduite à l'article 36 que pour empêcher qu'elle soit utilisée comme critère de recevabilité des recours et qu'il n'était donc pas nécessaire de la définir; la présence de ce mot dans ce contexte est sans relation avec le droit d'une entité adjudicatrice d'utiliser une procédure d'adjudication entièrement nationale dans le cadre de la loi type. On a décidé qu'il ne serait pas fait mention de la nationalité.

152. Pour ce qui est du type d'acte, décision ou procédure de l'entité adjudicatrice contre lesquels l'entrepreneur ou le fournisseur a le droit de former recours, des avis divergents ont été exprimés. Selon un point de vue, le libellé actuel, à savoir "un acte illégal ou [...] une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou [...] une procédure illégale appliquée par elle" est satisfaisant parce qu'il ne limite pas le droit d'un entrepreneur ou fournisseur à former recours en fonction de la nature de l'acte, de la décision ou de la procédure en question. Selon ce point de vue, toutes les actions de l'entité adjudicatrice doivent pouvoir donner lieu à recours et la nature de l'acte contre lequel il est recouru ne doit pas être prise comme critère de recevabilité de l'action en recours. C'est alors à l'organe compétent pour connaître du recours qu'il appartiendrait de déterminer dans chaque cas le bien-fondé du recours. Mais de l'avis général, il faudrait définir de façon plus étroite la mesure dans laquelle le droit de recours peut s'appliquer aux dispositions de la loi type car celles-ci ne comportent pas toutes des prescriptions dont la violation par l'entité adjudicatrice puisse être considérée comme pouvant donner lieu à un recours privé de la part d'un entrepreneur ou fournisseur qui s'estimerait lésé.

153. Il a été noté que certaines dispositions de la loi type font obligation à l'entité adjudicatrice de prendre une mesure déterminée ou d'appliquer une procédure déterminée tandis que d'autres laissent la décision à sa discrétion. Il a été convenu que cette différence entre obligation et faculté discrétionnaire et, dans les cas où il y a obligation, la raison d'être de cette obligation devraient servir de critères pour déterminer quelles dispositions peuvent donner lieu à un recours privé. Selon cette approche, les dispositions octroyant à l'entité adjudicatrice une faculté discrétionnaire ne peuvent donner lieu à des recours privés si ce n'est dans la mesure où l'entité n'aurait pas exercé cette faculté ou l'aurait exercée de façon arbitraire. En outre, certaines dispositions attribuant à l'entité adjudicatrice des pouvoirs discrétionnaires ne peuvent en aucun cas donner lieu à des recours privés. Ainsi, selon l'approche retenue par le Groupe, les dispositions de la loi type ayant trait à la qualification et à la sélection des entrepreneurs et fournisseurs imposent à l'entité adjudicatrice des obligations qui peuvent donner lieu à recours privé tandis que des dispositions telles que celles de l'article 7 concernant le choix par l'entité adjudicatrice d'une méthode de passation des marchés, ou de l'article 3 *bis* concernant les relations entre la loi type et les obligations internationales de l'Etat l'ayant adoptée, portent sur des questions laissées à la discrétion de l'entité adjudicatrice et qui concernent l'intérêt général et ne doivent donc pas être considérées comme donnant lieu à des droits privés. Il a en outre été convenu que les actions en recours et réparation en cas de violation des obligations imposées à l'entité adjudicatrice en matière de comptes rendus des procédures de passation des marchés ne pourront être examinées valablement qu'après que le Groupe de travail aura décidé de l'utilisation et de la teneur de ces comptes rendus.

154. Plusieurs propositions ont été formulées quant à la façon précise d'indiquer dans la loi type quelles sont les dispositions qui imposent des obligations dont la violation peut donner lieu à recours. Une de ces propositions, basée sur le mode de rédaction des textes juridiques utilisé dans certains Etats, est de faire mention dans l'article 36 de la violation par l'entité adjudicatrice des obligations imposées par la loi type. Une autre proposition, basée sur les pratiques de rédaction juridique d'autres Etats, est d'inclure dans la loi type une liste des articles imposant des obligations dont la violation pourrait donner lieu à recours. A cette proposition il a été objecté que certaines dispositions risquaient d'être omises par inadvertance. Une autre difficulté est que, dans certains systèmes juridiques, l'insertion de cette liste dans l'article 36 pourrait être considérée comme assimilant de façon abusive des dispositions portant sur le fond à des questions de recevabilité. On a toutefois fait observer qu'au moins dans les Etats où de telles listes sont habituelles cette approche risque moins d'être en conflit avec les règles de procédure du code administratif. Pour concilier ces deux approches, il a été suggéré que les deux options soient présentées dans la loi type et que les Etats qui l'adopteraient puissent choisir celle qui est la plus appropriée. Pour cela, il est possible soit de faire figurer les deux options dans la loi type soit d'y énoncer seulement les

dispositions exprimées en termes généraux et de faire figurer la liste des dispositions pouvant donner lieu à recours dans le commentaire, avec l'indication qu'un Etat qui aurait adopté la loi peut, s'il le veut, incorporer la liste dans le texte de la loi.

155. Une autre suggestion est que les diverses sections de la loi où l'on jugerait approprié de prévoir une possibilité de recours, en particulier les sections relatives aux qualifications et à la sélection des entrepreneurs ou fournisseurs, comportent des dispositions indiquant que ces sections peuvent donner lieu à des actions privées en recours, les questions de procédure pouvant alors être réglées selon le code administratif de l'Etat adoptant la loi. Il a été suggéré que cette approche aurait l'avantage de mettre au premier plan les dispositions de fond concernant le droit de recours et de réparation dans le contexte spécifique des marchés publics, ce qui ne pourrait pas être fait dans le cadre du code administratif général des Etats adoptant la loi et ce qui permettrait de ne pas empiéter sur le domaine dudit code.

156. Conformément à la décision du Groupe de travail selon laquelle le droit de recours ne doit s'appliquer qu'à certaines dispositions de la loi type, en particulier celles qui concernent les qualifications et la sélection des entrepreneurs et fournisseurs, il a été convenu que la notion d'intérêts ou de préjudice suffisants pour que la plainte du requérant soit recevable devrait être liée à la perte ou au préjudice réels ou potentiels subis du fait que l'entité adjudicatrice aurait violé des obligations que lui imposent les dispositions en question. En corollaire, les pertes actuelles ou potentielles résultant d'une violation des dispositions octroyant à l'entité adjudicatrice un pouvoir discrétionnaire doivent être exclues de cette notion.

157. En ce qui concerne le moment auquel un recours peut être formé, on a demandé si l'article 36 devait s'appliquer aux actions de l'entité adjudicatrice antérieures au début de la procédure d'adjudication. Un exemple spécifique a été cité, à savoir le cas où l'entité adjudicatrice aurait exclu un entrepreneur ou un fournisseur d'une liste ou d'un fichier qu'elle maintenait indépendamment de toute procédure particulière d'adjudication. On a par ailleurs demandé si l'article 36 ne pouvait pas être interprété comme s'appliquant non seulement aux recours relatifs à la procédure d'adjudication, mais aussi aux différends portant sur l'exécution du contrat. Il a été répondu que l'article 36 visait uniquement les aspects des procédures de passation des marchés qui font l'objet de la loi type et que ce fait devait être explicité.

158. Après délibération, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de réviser l'article 36 pour tenir compte de ses débats et de ses décisions, y compris la décision de proposer des options (voir plus haut le paragraphe 154) pour la liste ou la définition des obligations dont la violation peut donner lieu à recours.

Article 37

Recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle

Paragraphe 1

159. Selon une opinion, la loi type ne devrait pas stipuler que l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle est saisie des recours en première instance : il est en effet peu vraisemblable qu'une entité adjudicatrice ou une autorité de tutelle rapporte sa décision et il n'y a pas lieu de prescrire dans la loi type la procédure envisagée à l'article 37, d'autant plus qu'elle prend du temps et coûte de l'argent. On a également fait observer que cette procédure serait incompatible avec la législation de certains Etats qui autorisent les parties lésées à former d'emblée un recours judiciaire. Toutefois, selon l'opinion dominante, l'approche générale du paragraphe 1 est utile et doit être conservée. On a jugé souhaitable que l'entité adjudicatrice ait l'occasion de revenir sur sa décision, car dans bien des cas elle serait disposée de son propre chef à corriger ses erreurs. C'est là une pratique courante qui évite d'encombrer l'appareil judiciaire avec des affaires qui auraient pu être réglées directement par les parties concernées. On a également fait observer qu'en l'absence d'une telle procédure les entrepreneurs ou fournisseurs lésés qui ne voudraient pas former un recours judiciaire ou autre n'auraient aucune voie de recours. Il a été suggéré que le recours en première instance devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle soit facultatif, mais cette proposition n'a pas recueilli de suffrages.

160. Le Groupe de travail a noté que les premiers mots du paragraphe 1 ("à moins que le marché ne soit déjà entré en vigueur") ainsi que la totalité du paragraphe 3 sont entre crochets, car le Groupe de travail devra se prononcer sur le maintien de ces dispositions, aux termes desquelles l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle cesse d'être compétente pour connaître d'une réclamation à l'entrée en vigueur du marché. Il a également été noté que le Secrétariat a indiqué que le principe sur lequel reposent ces dispositions est que, une fois le marché entré en vigueur, l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle ne peut guère imposer de mesures correctives (en dehors du dédommagement) à moins qu'elle ne soit autorisée à annuler le marché à ce stade de la procédure de recours.

161. Le Groupe de travail a reconnu que, dans certaines circonstances, il pourrait être approprié d'annuler un marché après son entrée en vigueur. Ce pourrait être le cas par exemple quand l'adjudication d'un gros marché à un entrepreneur ou fournisseur donné résulte d'une fraude. Mais, de l'avis général, l'annulation est une pratique qui, du fait qu'elle introduit un grave désordre dans la procédure de passation des marchés, n'est pas dans l'intérêt général et ne devrait donc pas être prévue dans la loi type. Dans les cas où elle serait appropriée, elle relèverait selon le cas du code de commerce ou du code pénal, qui contiennent des dispositions suffisantes à cet égard. Il a été décidé de préciser dans le commentaire que l'absence de dispositions relatives à l'annulation dans la loi type n'exclut pas la possibilité d'annuler des marchés en vertu d'autres textes législatifs. En conséquence, aucune objection n'a été formulée contre le maintien du texte entre crochets figurant au début du paragraphe 1.

Paragraphe 2

162. Il a été jugé utile de limiter les délais dans lesquels le recours devant le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle peut être formé. On a toutefois fait observer que la longueur de ce délai pourrait être déter-

minée en fonction de la nature de la réparation demandée. Par exemple, il n'est pas nécessaire d'imposer des délais rigoureux pour les demandes de dédommagement du coût de la préparation des soumissions, tandis que les délais doivent au contraire être très stricts quand la réparation implique la suspension du marché.

Paragraphe 3

163. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 quant au fond.

Paragraphe 4

164. On a demandé si le délai de 20 jours proposé laisserait aux responsables de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle assez de temps pour procéder aux enquêtes nécessaires avant de rendre une décision écrite. Cela risque de poser des problèmes, surtout quand la bureaucratie est lourde. Il a été proposé de préciser qu'il s'agit de 20 jours ouvrables, ce qui aurait au moins le mérite de dissiper les incertitudes concernant la prise en compte des dimanches et jours fériés. Une autre proposition, qui n'a pas recueilli de suffrages, serait de prescrire à l'entité adjudicatrice de rendre sa décision oralement dans des délais brefs, tout en lui laissant plus de temps pour rendre sa décision écrite. Le Secrétariat a été prié d'étudier plus à fond la question des délais compte tenu des débats du Groupe de travail.

165. Au cours de l'examen du paragraphe 4, on a demandé s'il conviendrait de stipuler que l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle suspend la procédure de passation du marché lorsqu'une demande de recours est reçue. On a craint qu'une telle prescription ne perturbe la procédure de passation des marchés et n'incite entrepreneurs et fournisseurs à des pratiques abusives telles que le dépôt de plaintes futiles en vue d'obliger l'entité adjudicatrice à les payer pour éviter d'avoir à interrompre la procédure d'adjudication. D'un autre côté, il a été reconnu qu'il conviendrait de prévoir des dispositions suspensives afin de protéger les droits légitimes des entrepreneurs et fournisseurs lésés. Les éléments pertinents à une clause suspensive seraient notamment l'identité de l'auteur de la suspension, les faits à établir pour que la suspension puisse être prononcée, la durée de la suspension et les éléments de la procédure d'adjudication qui seraient suspendus. Le Groupe de travail, notant que l'article 41 traite de la suspension de la procédure de passation du marché, a décidé de poursuivre les débats sur cette question lorsqu'il examinera cet article.

166. Certains ont jugé dangereux que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle puisse payer des dédommagements, comme prévu à l'alinéa *b* du paragraphe 4. En particulier, on a craint que cela ne donne lieu à des abus. On a également fait observer que dans bien des cas, l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle pourrait ne pas être habilitée à effectuer de tels paiements et que la possibilité de le faire pourrait dépendre de sa taille et de l'existence en son sein d'un organe de recours quasi indépendant. Selon une opinion, il faudrait pour éviter ces problèmes que le pouvoir d'accorder des dédommagements soit attribué à un tribunal ou autre instance indépendante. A cela, il a été objecté que la disposition relative au paiement de dédommagements pouvait être maintenue, car ce n'est pas en soi une mauvaise chose que de donner au responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle le pouvoir de dédommager les entrepreneurs ou fournisseurs lésés. Cette formule permettrait d'éviter des litiges inutiles. On a en outre fait observer que l'alinéa *b* n'est pas contraignant et qu'il appartiendrait donc aux autorités financières et judiciaires de l'Etat ayant adopté la loi type de déterminer si de tels dédommagements directs sont appropriés. Il a été proposé de modifier l'alinéa *b* pour souligner le caractère exceptionnel de ces dédommagements. Selon une autre proposition, un organe indépendant devrait être investi de la responsabilité de recommander aux responsables de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle de payer ou non un dédommagement.

167. Le Groupe de travail est convenu que la loi type devrait permettre aux responsables de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle de payer des dédommagements. Il a également été convenu que cela ne devait pas nécessairement être explicitement mentionné dans la loi type.

Paragraphe 5

168. Il a été suggéré d'envisager d'introduire au paragraphe 5 une disposition stipulant que toute demande de recours à laquelle le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle n'aurait pas fait droit est automatiquement renvoyée devant l'instance de recours supérieure. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 5 quant au fond.

Paragraphe 6

169. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 6 quant au fond.

Article 38

Recours administratif

170. Le Groupe a noté que l'article 38 institue le recours administratif hiérarchique et que les Etats dont le système judiciaire ne prévoit pas ce type de recours contre les actes, décisions et procédures de l'administration pourront omettre cet article et ne conserver que celui qui concerne le recours judiciaire (art. 40). Il a été proposé d'expliciter cette option dans la loi type soit en faisant figurer l'article 38 entre crochets, soit au moyen d'une note de bas de page.

Paragraphe 1

171. Il a été convenu que l'expression "toute personne", par laquelle s'ouvre le paragraphe, de même que toute autre référence aux recourants potentiels contenues dans l'article devraient être modifiées conformément à la décision prise par le Groupe de travail au sujet de l'article 36 qui statue en matière de droit à recourir (voir plus haut les paragraphes 150 à 158).

172. Il a en outre été convenu que le paragraphe 1 devrait prescrire un délai maximum pour le dépôt des réclamations; ce délai devrait être assez court pour ne pas porter préjudice au déroulement de la procédure d'adjudication. Il a également été décidé que l'article 38 devrait stipuler que l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle est avisée de la

réclamation afin qu'elle puisse s'acquitter de l'obligation qui lui est faite au paragraphe 1 de l'article 39 d'en aviser tous les entrepreneurs et fournisseurs.

Paragraphe 2

173. On a fait observer que les premiers mots du paragraphe, aux termes desquels une instance administrative compétente peut prendre une ou plusieurs des sanctions énumérées dans les alinéas *a* à *h*, risquent de n'être pas acceptables pour les Etats dans lesquels les instances de recours ne sont pas habilitées à prendre des sanctions mais seulement à formuler des recommandations. Pour parer à cette objection, il a été convenu de remplacer l'expression "peut opter pour" par l'expression "peut [opter pour] [recommander]".

174. La liste des sanctions possibles a été jugée trop restrictive à certains égards et trop large à d'autres. Il a été convenu qu'il conviendrait d'indiquer parmi les options offertes à l'instance de recours la possibilité de débouter le plaignant. Il a en outre été décidé de supprimer l'alinéa *f* compte tenu de la décision prise précédemment par le Groupe de travail selon laquelle l'annulation ou la suspension d'un marché après son entrée en vigueur ne relève pas de la loi type mais d'autres textes législatifs (code de commerce ou code pénal, par exemple).

Paragraphes 3 et 4

175. Le Groupe de travail a adopté les paragraphes 3 et 4 quant au fond.

Article 39

Certaines règles applicables aux procédures de recours en application de l'article 37 [et de l'article 38]

Paragraphe 1

176. Il a été suggéré que l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle devrait être tenue de s'acquitter de l'obligation qui lui est faite au paragraphe 1 d'aviser les participants aussitôt après avoir été avisée du dépôt d'une réclamation en application de l'article 37.

Paragraphe 2

177. Diverses objections ont été exprimées à propos des variantes A et B. La variante A a été jugée sans objet étant donné la décision du Groupe de travail concernant l'annulation des marchés (voir plus haut le paragraphe 161). En outre, il a été objecté que la variante était libellée de telle sorte que l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre a été acceptée ne seraient pas autorisés à participer à la procédure de recours, ce qui serait injustifié. On a de plus fait observer que l'expression "par une personne" est incorrecte étant donné la décision prise par le Groupe de travail au sujet du droit à recourir (art. 36).

178. En ce qui concerne la variante B, on a craint que le libellé de la première phrase ne soit trop vague et ne permette à des entrepreneurs ou fournisseurs ayant des griefs futiles de participer à la procédure de recours. Autre objection : la première phrase ne spécifie pas les catégories de personnes dont les intérêts peuvent être lésés qui sont concernées par telle ou telle méthode de passation des marchés ou tel ou tel stade du processus d'adjudication.

179. Il a également été indiqué que le droit de participer à une procédure de recours est un droit fondamental qui ne doit pas être limité par la loi type. Si l'instance de recours était habilitée à décider si l'entrepreneur ou le fournisseur peut ou non participer à la procédure, comme semble le stipuler la deuxième phrase, ce serait une violation de ce droit fondamental. Il a donc été suggéré de supprimer le paragraphe 2.

180. Compte tenu des observations ci-dessus, le Groupe de travail, après délibération, a décidé de ne garder du paragraphe 2 que la première phrase de la variante B, en y remplaçant toutefois les termes "affirmant que ses intérêts" par les termes "dont les intérêts" et les termes "peut demander à" par les termes "a le droit de". Il a été entendu que l'instance de recours statuerait en vertu de cette disposition sur le droit à participer comme sur toute autre question dont elle serait saisie, mais que sa décision serait sujette aux recours administratifs et judiciaires prévus dans le droit de l'Etat ayant adopté la loi type.

Paragraphe 3

181. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 quant au fond.

Article 40

Recours judiciaire

182. Il a été décidé que les expressions "une personne visée" et "ladite personne" devraient être remplacées respectivement par "tout entrepreneur ou fournisseur visé" et "lesdits entrepreneurs ou fournisseurs" dans le chapeau de l'article 40, compte tenu de la décision prise par le Groupe de travail au sujet d'expressions analogues figurant à l'article 36 de la loi type.

183. On a demandé si l'intention de l'article 40 était de stipuler que les tribunaux sont seuls compétents pour connaître des recours judiciaires portant sur des décisions en matière de marché au titre de la loi type ou s'ils partageaient la compétence avec les autres instances administratives de recours visés aux articles 37 et 38 de la loi type. Il a été répondu que l'article 40 porte sur les procédures de recours judiciaires, qu'il donne compétence au tribunal ou aux tribunaux qui y sont désignés et spécifie dans quelles circonstances une action peut être intentée, et qu'il peut y avoir d'autres instances compétentes dans les Etats où il existe une voie de recours administratif hiérarchique et où il n'est pas exigé que le requérant ait épuisé son droit à un tel recours avant de former un recours judiciaire.

184. Il a été proposé d'inclure dans l'article des dispositions relatives à la nature et à la teneur du recours judiciaire dont seraient saisis les tribunaux en vertu de cet article. Ces dispositions pourraient notamment préciser si le Tribunal aurait à connaître de toute la procédure administrative sur le fond ou seulement des fautes d'interprétation de la loi qu'aurait pu commettre l'organe administratif, et s'il serait habilité à rendre une décision remplaçant celle de l'organe

administratif ou seulement à casser cette dernière. Il a été indiqué que de telles dispositions seraient particulièrement utiles dans les juridictions où la procédure de recours judiciaire contre les actes administratifs est peu développée ou mal adaptée aux spécificités des procédures de passation des marchés.

185. On a objecté que la loi type ne devrait pas contenir de dispositions concernant la nature et la teneur du recours judiciaire; il serait en effet difficile d'y intégrer de telles dispositions, car les pratiques en la matière varient considérablement d'un pays à l'autre. On a suggéré que les explications qui pourraient être nécessaires aux juridictions pourraient être données dans le commentaire à la loi type ou dans les notes à l'article 40.

186. Il a été convenu d'une façon générale que le droit de tout entrepreneur ou fournisseur lésé d'intenter une action devant les tribunaux devrait être défini dans cet article de la façon la plus large possible. Il a été indiqué que le recours judiciaire est la voie la plus importante prévue dans la loi type pour demander réparation. On a en outre fait observer que beaucoup de conventions internationales garantissent aux parties lésées l'accès le plus large aux tribunaux.

187. Il a été proposé de ne maintenir que la première phrase de l'article 40 et de supprimer la dernière phrase du chapeau ainsi que les alinéas *a* à *d*. On a fait observer que cela assurerait l'accès le plus large aux tribunaux. Cette proposition a été acceptée.

Article 41

Suspension de la procédure de passation du marché [et de l'exécution du marché]

188. En ce qui concerne les deux approches proposées à l'article 41, la variante A a été jugée préférable à la variante B parce qu'elle donnait plus de latitude à l'organe ordonnant la suspension. Un tel pouvoir discrétionnaire était souhaitable car la suspension de la procédure de passation du marché ou de l'exécution du marché risquait, dans certains cas, de perturber sérieusement la procédure et de créer de graves difficultés pour l'entité adjudicatrice et pour le public. On a fait observer que la suspension pouvait, par exemple, causer un retard dans l'achèvement d'un projet.

189. Un certain nombre de suggestions ont été faites en ce qui concerne l'exercice de la faculté de suspension. Selon l'une de ces suggestions, l'autorité qui exerçait la faculté de suspension devait être tenue de donner les raisons de sa décision. Selon une autre, il fallait envisager de fixer une date limite pour la durée d'une suspension de manière à éviter des retards dans la procédure de passation du marché. Selon une autre encore, il serait peut-être préférable de traiter de la question de la suspension à chaque niveau de l'exercice du droit de recours. On a fait observer que, par exemple, s'il était décidé au premier stade de la procédure de recours de ne pas exercer le pouvoir de suspension, cette décision risquait de créer des problèmes aux autres stades de la procédure.

190. Après un débat, le Groupe de travail a estimé que la question de la suspension posait de nombreux problèmes qui devaient être examinés plus à fond. Il a décidé de demander au Secrétariat de rédiger une note sur le sujet, qu'il examinerait à sa quatorzième session.

Article 42

Responsabilité disciplinaire, administrative et pénale de l'entité adjudicatrice

191. Un des membres du Groupe de travail a dit que l'article 42 pourrait être élargi de manière à couvrir la responsabilité civile. La majorité a estimé toutefois que cet article n'était pas nécessaire. On a fait valoir à cet égard qu'aucune des dispositions de la loi type n'affectait les droits reconnus par d'autres lois. Il était donc inutile de dire que la procédure de recours n'avait aucune incidence sur la responsabilité disciplinaire, administrative ou pénale que pouvait encourir l'entité adjudicatrice en application de la loi de l'Etat.

192. Le Groupe de travail a décidé de supprimer l'article 42.

III. Futur programme de travail, y compris la rédaction d'un commentaire

193. A l'issue des délibérations du Groupe de travail sur les projets d'articles 28 à 42 de la loi type, le Groupe de travail a examiné son futur programme de travail, et en particulier la question du commentaire. On a rappelé qu'à sa onzième session le Groupe de travail avait confirmé la décision prise à sa dixième session selon laquelle le texte de la loi type devait être accompagné d'un commentaire, et qu'il avait ensuite discuté des fonctions et de la structure que pourrait avoir le commentaire, sans toutefois prendre de décision définitive à ce sujet (A/CN.9/331, par. 13 à 16).

194. On a fait observer que, pendant toute ses délibérations, le Groupe de travail était parti de l'hypothèse que la loi type serait accompagnée d'un commentaire, qui serait éventuellement adopté par la Commission. Par exemple, le Groupe de travail avait décidé de ne pas régler certaines questions dans la loi type et de les traiter dans le commentaire, en proposant parfois diverses options, afin d'aider les Etats à appliquer la loi type.

195. Le Groupe de travail a réaffirmé sa décision antérieure tendant à ce que la loi type soit accompagnée d'un commentaire. Il a également décidé d'examiner en détail, à sa prochaine session, la fonction et la structure éventuelles du commentaire ainsi que les délais et la procédure à prévoir pour sa préparation.

196. Le Groupe de travail a noté que sa quatorzième session se tiendrait à Vienne du 2 au 13 décembre 1991 et a prié le Secrétariat de réviser la loi type à la lumière des délibérations et décisions de la treizième session. Il a été décidé que la quinzième session se tiendrait, sous réserve que la commission y consente, du 22 juin au 2 juillet 1992 à New York et non, comme prévu, du 3 au 14 août 1992 ainsi qu'il ressort du rapport de la vingt-quatrième session de la Commission.

B. Documents de travail soumis au Groupe de travail du nouvel ordre économique international à sa treizième session

1. Passation des marchés : projets d'articles premier à 35 de la Loi type sur la passation des marchés : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.V/WP.30) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
INTRODUCTION		237
Préambule		238
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES		239
Article 1er.	Champ d'application	239
Article 2.	Définitions	239
Article 3.	[Déplacé dans le préambule]	240
Article 3 *bis*.	Accords internationaux ou autres obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés	240
Article 4.	Réglementation des marchés	240
Article 5.	Publicité de la loi sur la passation des marchés, de la réglementation des marchés et des autres textes juridiques relatifs aux marchés	240
Article 6.	[Supprimé]	240
Article 7.	Méthodes de passation des marchés	241
Article 8.	Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs	241
Article 8 *bis*.	Procédure de présélection	242
Article 9.	[Fusionné avec l'article 8]	243
Article 10.	Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs	243
CHAPITRE II. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES		244
SECTION I.	PARTICIPATION DES ENTREPRENEURS ET FOURNISSEURS	244
Article 11.	Participation des entrepreneurs et fournisseurs	244
SECTION II.	SOLLICITATION DES OFFRES ET DES DEMANDES DE PRÉSÉLECTION	244
Article 12.	Sollicitation des offres et des demandes de présélection	244
Article 13.	[Supprimé]	245
Article 14.	Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection	245
Article 15.	[Fusionné avec l'article 8]	245
SECTION III.	PRÉSÉLECTION DES ENTREPRENEURS ET FOURNISSEURS	245
Article 16.	[Déplacé à l'article 8 *bis*]	245
SECTION IV.	DOSSIER DE SOLLICITATION	245
Article 17.	Dossier de sollicitation	245
Article 18.	[Fusionné avec l'article 17]	247
Article 19.	Prix facturé pour le dossier de sollicitation	247
Article 20.	Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier de sollicitation; langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation	247

		Pages
Article 21.	[Supprimé]	248
Article 22.	Clarification et modification du dossier de sollicitation	248
SECTION V.	OFFRES	248
Article 23.	Langue des offres	248
Article 24.	Soumission des offres	248
Article 25.	Période de validité des offres; modification et retrait des offres	249
SECTION VI.	GARANTIES DE SOUMISSION	249
Article 26.	Garanties de soumission	249
SECTION VII.	OUVERTURE, EXAMEN, ÉVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES	250
Article 27.	Ouverture des offres	250
Article 28.	Examen, évaluation et comparaison des offres	250
Article 29.	Rejet de toutes les offres	252
Article 30.	Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs	252
SECTION VIII.	PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES	252
Article 31.	Procédure d'appel d'offres en deux étapes	253
SECTION IX.	ACCEPTATION DE L'OFFRE ET ENTRÉE EN VIGUEUR DU MARCHÉ; COMPTE RENDU DE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	253
Article 32.	Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	253
Article 33.	Compte rendu de la procédure d'appel d'offres	254
CHAPITRE III.	PASSATION DE MARCHÉS PAR D'AUTRES MOYENS QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	255
(SECTION I.	PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES	255
Article 33 *bis*.	[Réservé]*	255
SECTION II.	PROCÉDURE DE SOLLICITATION DE PROPOSITIONS	255
Article 33 *ter*.	Sollicitation de propositions	255
Article 33 *quater*.	Dossier de sollicitation	256
Article 33 *quinquies*.	Ouverture, examen, évaluation et comparaison des propositions	256
Article 33 *sexies*.	Compte rendu de la procédure de sollicitation de propositions	257
SECTION III.	PROCÉDURE DE NÉGOCIATION AVEC APPEL A LA CONCURRENCE	257
Article 34.	Procédure de négociation avec appel à la concurrence	257
SECTION IV.	PROCÉDURE DE SOLLICITATION DE PRIX	258
Article 34 *bis*.	Sollicitation de prix	258
SECTION V.	PROCÉDURE DE SOLLICITATION D'UNE SOURCE UNIQUE	258
Article 35.	Compte rendu de la procédure de sollicitation d'une source unique	258
CHAPITRE IV.	DROIT DE RECOURS	258

*Voir la note relative au titre de l'article 31.

INTRODUCTION

1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission a décidé que priorité serait donnée aux travaux sur la passation des marchés et a confié cette tâche à son Groupe de travail du nouvel ordre économique international (A/41/17, par. 243). Le Groupe de travail a commencé ses travaux sur ce sujet à sa dixième session, en octobre 1988. Il a consacré cette session à l'examen d'une étude sur la passation des marchés établie par le Secrétariat, qui traitait

des objectifs possibles des politiques nationales en matière de marchés et qui examinait diverses législations et pratiques nationales, ainsi que le rôle et les activités d'institutions internationales et organismes de financement du développement dans le domaine des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.22). Après avoir achevé l'examen de cette étude, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un premier projet de loi type sur la passation des marchés, accompagné d'un commentaire, compte tenu des débats et décisions de sa dixième session (A/CN.9/315, par. 125).

2. Le premier projet de texte des articles premier à 35 de la loi type sur la passation des marchés, ainsi que le commentaire établi par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.24 et 25) ont été examinés par le Groupe de travail à sa onzième session, en février 1990. Le Groupe de travail a convenu que le commentaire ne serait pas modifié tant que le texte de la loi type n'aurait pas été définitivement arrêté et a prié le Secrétariat de réviser le premier projet de texte des articles premier à 35, à la lumière des délibérations et des décisions de la onzième session du Groupe de travail (A/CN.9/331, par. 222). A sa douzième session, le Groupe de travail était saisi du deuxième projet de texte des articles premier à 35 (A/CN.9/WG.V/WP.28), ainsi que des projets de dispositions sur les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique (projet d'articles 36 à 42, A/CN.9/WG.V/WP.27). Lors de cette session, le Groupe de travail a examiné le deuxième projet de texte des articles premier à 27, mais n'a pas eu le temps d'examiner les projets d'articles 28 à 35, ni les projets d'articles sur les procédures de recours; il a décidé d'examiner ces articles à sa treizième session.

3. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser les articles premier à 27, compte tenu des débats et des décisions de la douzième session concernant ces articles (A/CN.9/343, par. 229). On trouvera dans le présent document le texte révisé de ces projets d'articles, ainsi que le deuxième projet de texte des articles 28 à 35 (tel qu'il était publié dans le document A/CN.9/WG.V/WP.28). En outre, on y trouvera plusieurs articles qui ont été ajoutés à la loi type pour donner suite à la décision du Groupe de travail d'ajouter deux méthodes de passation des marchés à celles qui étaient prévues dans les projets précédents (ces nouveaux articles sont les articles 33 *bis* à 33 *sexies* et l'article 34 *bis* du présent document). Les projets de dispositions sur les procédures de recours (art. 36 à 42) ont été publiés sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.27.

4. A la douzième session, le Secrétariat a été prié de faire rapport à la treizième session sur la manière dont est régie dans les lois nationales sur la passation des marchés la négociation avec appel à la concurrence, l'une des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres dont le Groupe de travail a convenu que la loi type devrait l'autoriser à certaines conditions. Ce rapport sur la négociation avec appel à la concurrence est publié sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.31.

5. Comme il ressort des paragraphes 4 à 7 du document A/CN.9/WG.V/WP.28, lorsqu'il a élaboré le deuxième projet de texte des articles 28 à 35 (non compris les articles 33 *bis* à 33 *sexies* et l'article 34 *bis* figurant dans le présent document), le Secrétariat a incorporé tous les ajouts, suppressions ou modifications convenus par le Groupe de travail à sa onzième session. En outre, il a incorporé entre crochets dans ces articles des propositions et suggestions sur lesquelles on ne s'était pas accordé à la onzième session. Ces propositions et suggestions ne devraient pas être retenues dans le texte, à moins que le Groupe de travail ne décide expressément de les retenir ou de les modifier.

6. Lorsqu'il a révisé les articles premier à 27 compte tenu des débats et décisions du Groupe de travail à sa douzième session, le Secrétariat a incorporé, sauf indications contraires, tous les ajouts, suppressions ou modifications convenus à cette session. Un nombre limité de propositions et suggestions sur lesquelles aucune décision n'a été prise à la douzième session et que, de l'avis du Secrétariat, le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant, ont été incorporées entre crochets. Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que le présent libellé de ces articles constitue le projet préliminaire de texte de la loi type auquel les révisions futures seront apportées par le Groupe de travail lui-même.

7. Dans le présent document, les modifications et ajouts par rapport aux projets précédents sont en italique, sauf dans le cas des titres des articles qui sont tous en italique pour des raisons de présentation. Les suppressions effectuées sont indiquées dans les notes suivant chaque article.

Préambule[1]

[CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de réglementer la passation de marchés de biens et de travaux, afin de promouvoir les objectifs suivants :][2]

a) Favoriser au maximum l'économie *et l'efficacité* dans le processus de passation des marchés;[3]

b) Promouvoir et encourager la participation aux procédures de passation des marchés d'entrepreneurs et fournisseurs compétents et notamment, le cas échéant, la participation d'entrepreneurs et fournisseurs *compétents, sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international*;[4]

c) Promouvoir la concurrence entre les entrepreneurs et les fournisseurs pour la fourniture des biens ou des travaux requis;

d) Garantir un traitement juste et équitable à tous les entrepreneurs et fournisseurs;

e) Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés, ainsi que la confiance en ce processus; et

f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés,

[Le gouvernement ... adopte la Loi ci-après.][2]

---

[1]Conformément au paragraphe 54 du document A/CN.9/343, l'énoncé des objectifs de la loi type, qui figurait précédemment à l'article 3, a été placé dans un préambule (voir également la note 1 relative à l'article 3).

[2]La structure exacte et la présentation du préambule dépendront de la pratique législative de l'Etat adoptant la loi type. L'introduction du préambule et la formule finale ne sont présentées ici qu'à titre d'exemple; c'est pourquoi elles figurent entre crochets.

[3]Conformément au paragraphe 55 du document A/CN.9/343, la référence à l'"efficacité" a été déplacée du chapeau à l'alinéa *a*.

[4]Conformément au paragraphe 58 du document A/CN.9/343, la référence à la participation d'entrepreneurs et fournisseurs dont l'établissement ou le lieu habituel de résidence est situé hors de l'Etat adoptant la loi type a été modifiée et il est maintenant fait référence à la participation d'entrepreneurs et de fournisseurs "sans distinction de nationalité". (Voir également la note 1 relative à l'article 11.) L'objectif consistant à "promouvoir le commerce international" a été ajouté conformément au paragraphe 57 du document A/CN.9/343.

* * *

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. *Champ d'application**

1. La présente Loi s'applique à *toutes les passations* de marchés par des entités adjudicatrices, *sauf disposition contraire du présent article*[1].

2. La présente Loi ne s'applique pas à la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale, *sauf lorsque — et dans la mesure où — l'entité adjudicatrice déclare expressément qu'elle est applicable*[2].

*Les titres des articles ont simplement valeur de référence et ne doivent pas être utilisés pour l'interprétation du texte.

[1]Voir A/CN.9/343, par. 11; les mots "sauf disposition contraire du présent article" ont été ajoutés à l'initiative du Secrétariat.

[2]Conformément au paragraphe 13 du document A/CN.9/343, la clause d'exclusion relative à la sécurité nationale a été élargie aux cas "intéressant" la sécurité nationale ou la défense nationale. Les mots "et dans la mesure où" ont été ajoutés, conformément à une suggestion faite au paragraphe 225 du document A/CN.9/343, selon laquelle la loi type devrait traiter des questions touchant à l'application de la loi type à la passation de marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale dans une disposition globale distincte, plutôt que dans différents articles. Avec le libellé actuel, l'Etat adoptant la loi type pourrait exclure certains articles lorsque la loi type serait appliquée à des marchés intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale. Lors du débat sur l'article premier à la douzième session, il a été convenu qu'un Etat devrait pouvoir exclure du champ d'application de la loi type certaines procédures particulières de passation de marchés, soit de manière globale, soit au cas par cas (voir A/CN.9/343, par. 14). Afin de donner ce droit aux Etats, on pourrait ajouter à l'article premier une disposition optionnelle qui serait libellée comme suit :

> "*3. Sauf lorsque — et dans la mesure où — l'entité adjudicatrice déclare expressément aux entrepreneurs et fournisseurs qu'elle est applicable, la présente Loi ne s'applique pas à la passation de marchés de ... (chaque Etat adoptant la Loi type peut spécifier divers types de marché qui seront exclus de manière générale), ni aux marchés exclus en application de la réglementation des marchés.*"

Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait nécessaire de permettre une telle exclusion du champ d'application de la loi type, vu les diverses méthodes de passation de marchés qui sont prévues dans la loi type et qui permettent à l'entité adjudicatrice de tenir compte de divers objectifs et de circonstances particulières. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être étudier si une telle disposition, permettant notamment de soumettre à la réglementation des marchés le champ d'application de la loi type, ne donnerait pas trop de latitude aux pays pour exclure divers types de passation des marchés, ce qui serait contraire aux objectifs de la loi type.

* * *

Article 2. *Définitions*

Pour l'application de la présente Loi :

Nouveau *a)* Les mots "passation d'un marché" désignent l'acquisition *par tous les moyens, y compris par* l'achat, la location, la concession ou la location-vente, de biens ou de travaux, y compris les services connexes à la fourniture des biens ou aux travaux si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des biens ou des travaux eux-mêmes;[1]

a) Les mots "entité adjudicatrice" désignent

Option I

(i) Tout département, organisme, organe ou autre service gouvernemental du présent Etat, ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf...;)

Option II

(i) Tout département, organisme, organe ou autre service du ("Gouvernement, ou tout autre terme utilisé pour désigner le gouvernement national de l'Etat adoptant la loi type), ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf...;)[2]

(ii) (Chaque Etat adoptant la loi type insère dans cet alinéa et, si nécessaire, dans des alinéas supplémentaires, les autres entités ou entreprises, ou catégories d'entités ou d'entreprises, devant être incluses dans la définition du terme "entité adjudicatrice").

b) Le mot "biens" désigne des matières premières, produits, équipements et autres objets matériels de toute description, qu'ils soient sous forme solide, liquide ou gazeuse et *l'électricité*;[3]

c) Le mot "travaux" désigne *toutes les activités liées à la construction, à la reconstruction, à la démolition, à la réparation ou à la rénovation d'un bâtiment, d'une structure ou d'une usine*, telles que la préparation du chantier, l'excavation, l'érection, le montage, l'installation d'équipements ou de matériels, la décoration et le finissage, ainsi que les activités de forage, de cartographie, de photographie par satellite, les études sismiques et les activités similaires *connexes auxdites activités si elles sont prévues dans le marché*;[4]

d) [Supprimé];[5]

e) [Supprimé];[6]

f) Les mots "garantie de soumission" *désignent une garantie donnée pour l'exécution des obligations d'un soumissionnaire ou d'un fournisseur présentant une offre, notamment* des mécanismes tels que les garanties, *les cautionnements*, les lettres de crédit, *les lettres de crédit stand-by*, les chèques engageant au premier chef la responsabilité d'une banque, les dépôts en espèces, *les billets à ordre et les lettres de change*;[7]

g) Le mot "monnaie" englobe les unités de compte;

g bis) Les mots "procédures d'appel d'offres" désignent les procédures engagées, conformément aux articles 11 à 33, en vue de la conclusion d'un marché;

g ter) Les mots *"procédure d'appel d'offres en deux étapes" désignent les procédures engagées conformément à l'article 33* bis, *en vue de la conclusion d'un marché*;[8]

g quater) Les mots *"procédure de sollicitation de propositions" désignent les procédures engagées, conformément aux articles 33* ter *à 33* sexies, *en vue de la conclusion d'un marché*;[9]

h) Les mots "procédure de négociation avec appel à la concurrence" désignent des négociations sur une base concurrentielle, régies par l'article 34, entre l'entité adjudicatrice et *au moins deux* entrepreneurs et fournisseurs en vue de la conclusion d'un marché;[10]

h bis) Les mots *"procédure de sollicitation de prix" désignent les procédures engagées, conformément à l'article 34* bis, *en vue de la conclusion d'un marché*;[9]

i) Les mots "sollicitation d'une source unique" désignent *les procédures engagées, conformément à l'article 35, en vue de la conclusion d'un marché*;[11]

i bis) Les mots "entrepreneur ou fournisseur" désignent toute partie ou partie potentielle, selon le contexte, à un marché avec l'entité adjudicatrice;

j) Les mots *"offre conforme" désignent une offre qui* correspond *à toutes les* conditions fixées dans le dossier d'appel d'offres, *sous réserve de l'article 28-4.*[12]

[1]Voir A/CN.9/343, par. 19. La référence aux services de télécommunication, de transport ou d'assurance a été supprimée conformément au paragraphe 20 du document A/CN.9/343. Les références aux services figurant ailleurs dans le texte ont également été supprimées.

[2]Conformément au paragraphe 26 du document A/CN.9/343, l'option I serait adoptée par les Etats non fédéraux et par les Etats fédéraux pouvant légiférer pour leurs subdivisions et l'option II par les Etats n'adoptant la loi type que pour les organes du gouvernement national. Conformément au paragraphe 23 du document A/CN.9/343, la référence à "l'administration", au sous-alinéa *i* a été supprimée.

[3]Voir A/CN.9/343, par. 30.

[4]Voir A/CN.9/343, par. 32. Des mots ont été ajoutés pour indiquer que les services connexes sont ceux qui doivent être fournis au titre d'un marché unique portant sur la construction, plutôt qu'au titre d'un marché séparé portant sur lesdits services connexes.

[5]La définition des mots "procédure de passation des marchés" a été supprimée conformément au paragraphe 34 du document A/CN.9/343. Le Groupe de travail voudra peut-être réexaminer cette décision, vu que ces mots sont maintenant utilisés davantage du fait de l'ajout d'une procédure de sollicitation de propositions (voir la note 2 relative à l'article 11).

[6]La définition des mots "procédure d'appel d'offres international" a été supprimée conformément au paragraphe 118 du document A/CN.9/343.

[7]Voir A/CN.9/343, par. 40 et 41. Le Groupe de travail voudra peut-être réexaminer s'il est nécessaire de mentionner à la fois les lettres de crédit et les lettres de crédit stand-by comme formes distinctes de garantie de soumission.

[8]Voir A/CN.9/343, par. 71.

[9]Voir A/CN.9/343, par. 72.

[10]Voir A/CN.9/343, par. 45.

[11]La définition a été modifiée comme suite à l'ajout des procédures de sollicitation de propositions et de sollicitation de prix comme méthodes de passation des marchés en vertu de la Loi type.

[12]Voir A/CN.9/343, par. 52.

* * *

Article 3. [Déplacé dans le préambule][1]

[1]Conformément au paragraphe 54 du document A/CN.9/343, l'énoncé des objectifs de la Loi type a été déplacé dans le préambule. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de laisser aux Etats dans lesquels il n'est pas habituel de faire précéder un texte de loi d'un préambule la possibilité d'énoncer les objectifs dans un article de la Loi type. On pourrait par exemple énoncer les objectifs de la Loi type dans un dernier paragraphe optionnel de l'article premier, auquel cas cet article premier prendrait le titre suivant : "Champ d'application et objectifs de la Loi".

* * *

Article 3 *bis*. *Accords internationaux ou autres obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés*

En cas de conflit entre la présente Loi et une obligation du présent Etat en vertu de tout traité ou autre forme d'accord auquel il est partie avec un ou plusieurs autres Etats *ou en découlant*, ou en vertu de tout accord avec une institution internationale *intergouvernementale* de financement *conclu* par le présent Etat *ou découlant dudit accord, les conditions du traité ou de l'accord prévalent*; mais, à tous autres égards, la passation des marchés est régie par la présente Loi[1].

[1]Voir A/CN.9/343, par. 62. Le mot "conclu" remplace les mots "qui a déjà été ou peut être conclu", afin qu'il y ait conformité entre la référence aux accords avec des institutions de financement et la référence aux accords avec des Etats.

* * *

Article 4. *Réglementation des marchés*

Le ... (chaque Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe ou l'autorité habilités à promulguer la réglementation des marchés) est autorisé à promulguer la réglementation des marchés ayant pour objet de préciser ou de compléter la présente Loi.[1]

[1]Au paragraphe 64 du document A/CN.9/343, le Groupe de travail a convenu que l'article 4 devrait être modifié, afin de tenir compte de la décision mentionnée au paragraphe 14 du même document, selon laquelle un Etat adoptant la Loi type devrait avoir la possibilité d'utiliser la réglementation des marchés pour exclure l'application de la Loi type à certains types de passation de marchés. (Voir la note 2 relative à l'article premier concernant le paragraphe 3 optionnel de l'article premier.) Si le Groupe de travail décide de conserver cette approche, le texte ci-après pourrait être ajouté à l'article 4 par un Etat adoptant la Loi type désireux de faire un tel usage de la réglementation des marchés :

"et d'énoncer les cas d'exclusion de l'application de la présente Loi conformément au paragraphe 3 de l'article premier."

* * *

Article 5. *Publicité de la loi sur la passation des marchés, de la réglementation des marchés et des autres textes juridiques relatifs aux marchés*

La présente Loi et la réglementation des marchés, toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives aux marchés régis par la présente Loi, ainsi que tous les amendements à la présente Loi et à ladite réglementation et auxdites décisions et directives administratives sont promptement portés à la connaissance du public.

* * *

Article 6. [Supprimé][1]

[1]L'article 6 a été supprimé conformément à la décision mentionnée au paragraphe 66 du document A/CN.9/343, selon laquelle la Loi type, au lieu de désigner un organe unique chargé d'exercer la fonction d'approbation, devrait désigner un organe à chaque article relatif à un acte

ou décision soumis à approbation. Conformément au paragraphe 67 du document A/CN.9/343, toutes les références à l'approbation dans la Loi type ont été mises entre parenthèses, afin qu'il soit clair que cette fonction d'approbation n'a pas à être incorporée dans les systèmes juridiques dans lesquels l'approbation des actes et décisions de l'entité adjudicatrice par une autre autorité administrative est contraire à la pratique.

* * *

Article 7. *Méthodes de passation des marchés*[1]

1. Sauf disposition contraire de la présente Loi, l'entité adjudicatrice desireuse de passer un marché recourt à la procédure de l'appel d'offres.

2. [Déplacé à l'article 34][1]

Nouveau 2. L'entité adjudicatrice peut passer un marché en recourant aux méthodes suivantes[2]

a) *Appel d'offres en deux étapes, sous réserve des dispositions de l'article 33* bis;

b) *Sollicitation de propositions, sous réserve des dispositions des articles 33* ter *à 33* sexies;

c) *Négociation avec appel à la concurrence, sous réserve des dispositions de l'article 34*;

d) *Sollicitation de prix, sous réserve des dispositions de l'article 34* bis;

e) *Sollicitation d'une source unique, sous réserve des dispositions de l'article 35.*

3. [Déplacé à l'article 35][1]

Nouveau 3. Lorsque, conformément à la présente Loi, les circonstances propres à un marché particulier permettent le recours à plus d'une des méthodes énumérées au nouveau paragraphe 2, le choix de la méthode à utiliser se fera selon un ordre de préférence correspondant à l'ordre dans lequel les méthodes sont énumérées au nouveau paragraphe 2.[3]

4. [Incorporé aux articles 34 et 35][4]

5. L'entité adjudicatrice qui *utilise une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres en application des nouveaux paragraphes 2 ou 3* inclut dans le compte rendu requis *aux articles 33* bis, *33* sexies, 34-4, *34* bis-*5*, ou *aux paragraphes 1 ou 2* de l'article 35, selon le cas, une description des circonstances *sur lesquelles elle se fonde pour justifier le recours à une telle méthode de passation des marchés* et précise les faits pertinents.[5]

[1]Les mots "et conditions d'application de ces méthodes" ont été retirés du titre comme suite à la décision mentionnée au paragraphe 75 du document A/CN.9/343, selon laquelle les conditions d'utilisation de ces différentes méthodes devraient être énoncées dans les articles régissant chacune d'entre elles. Ainsi, les conditions de recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence, précédemment traitées au paragraphe 2, le seront à l'article 34 et les conditions de recours à la méthode de la sollicitation d'une source unique, auparavant énoncées au paragraphe 3, le seront à l'article 35.

[2]Conformément au paragraphe 75 du document A/CN.9/343, le nouveau paragraphe 2 énumère toutes les méthodes de passation des marchés prévues dans la Loi type, sous réserve des conditions d'utilisation de ces méthodes et des procédures énoncées dans les articles traitant de chacune de ces méthodes.

[3]Voir A/CN.9/343, par. 79.

[4]Voir le nouveau paragraphe 1 *bis* de l'article 34 (dont le texte suit la note 3 de l'article 34) et le nouveau paragraphe 1 *bis* de l'article 35 (dont le texte suit la note 1 relative à l'article 35).

[5]Le paragraphe 5 a été modifié compte tenu de l'ajout de deux méthodes de passation des marchés (sollicitation de propositions et sollicitation de prix), ainsi que de la décision de considérer l'appel d'offres en deux étapes comme une méthode distincte. Pour ce qui est de la négociation avec appel à la concurrence, l'exception relative à la sécurité nationale a été retirée, vu l'inclusion d'une disposition de portée générale, l'article 1-2, traitant de l'application de la Loi type à la passation des marchés intéressant la sécurité nationale.

* * *

Article 8. *Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs*

Nouveau 1. Le présent article s'applique à la vérification par l'entité adjudicatrice des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs à tous les stades de la procédure de passation d'un marché.[1]

1. Sous réserve du droit qu'ont les entrepreneurs et fournisseurs de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels, l'entité adjudicatrice peut :

a) Exiger des entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure de passation d'un marché qu'ils fournissent les pièces ou autres renseignements pertinents qu'elle pourra juger utiles pour s'assurer que lesdits entrepreneurs et fournisseurs :

Nouveau i) Possèdent des compétences techniques, des ressources financières, des équipements et autres moyens matériels, des compétences en matière de gestion, une fiabilité, une expérience et une réputation et un personnel suffisants pour exécuter le marché;[2]

i) Sont légalement habilités à conclure le marché;[3]

ii) Ne sont pas insolvables, en règlement judiciaire, en faillite ou en liquidation, que leurs affaires ne sont pas gérées par un tribunal ou un administrateur judiciaire, que leurs activités commerciales n'ont pas été suspendues et qu'ils ne font pas l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons mentionnées ci-dessus;

iii) Se sont acquittés de leurs obligations en matière d'impôts ou de cotisations sociales dans le présent Etat;

iv) N'ont pas été condamnés pour un délit pénal lié à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant à leurs qualifications requises pour l'exécution d'un marché, durant une période de cinq ans précédant le commencement de la procédure de passation du marché;[4]

v) [Supprimé];[5]

vi) [Déplacé au nouvel alinéa i]

b) [Supprimé][6]

2. Toute condition requise en application de l'alinéa 1 *a*[7] *est énoncée* dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier *de sollicitation* et *s'applique* également à tous les entrepreneurs et fournisseurs. L'entité adjudicatrice n'impose *aucun critère, condition ou procédure concernant les qualifications des entrepreneurs et des fournisseurs*, autre que ceux prévus à l'alinéa 1 *a*.

2 *bis*. L'entité adjudicatrice évalue les qualifications des entrepreneurs et des fournisseurs conformément aux critères et procédures de qualification énoncés dans la documentation de présélection et dans le dossier *de sollicitation*.

2 *ter*. *Sous réserve des dispositions du paragraphe 1 de l'article 11*, l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, exigence ou procédure relatif aux qualifications des entrepreneurs et fournisseurs qui entraîne une discrimination contre *ou parmi* des entrepreneurs et fournisseurs ou contre des catégories d'entrepreneurs et de fournisseurs *sur la base de la nationalité*.[8]

3. *Sauf lorsqu'il y a eu une procédure de présélection*, un entrepreneur ou un fournisseur *affirmant qu'il satisfait aux critères de qualification* n'est pas écarté de la procédure de passation d'un marché au motif qu'il n'a pas *donné la preuve* qu'il est qualifié en application du paragraphe 1, s'il s'engage *à donner cette preuve avant la conclusion* de la procédure de passation du marché et si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit à même de le faire.[9]

[1]Voir A/CN.9/331, par. 45.

[2]Voir A/CN.9/343, par. 102.

[3]La référence à la loi de l'Etat dont l'entrepreneur ou le fournisseur est un ressortissant a été supprimée conformément au paragraphe 95 du document A/CN.9/343.

[4]La référence à la responsabilité dans le cadre d'une procédure civile au titre d'un préjudice lié à l'exécution ou à la non-exécution d'un marché a été supprimée conformément au paragraphe 101 du document A/CN.9/343.

[5]Voir A/CN.9/331, par. 50.

[6]L'alinéa 1 *b* a été supprimé, car le fait que le droit donné à l'entité adjudicatrice d'inspecter les livres de l'entrepreneur ou du fournisseur ait été remplacé par le droit d'exiger seulement des entrepreneurs et des fournisseurs qu'ils étayent leurs déclarations concernant leurs qualifications (A/CN.9/343, par. 103) ne semble pas accorder à l'entité adjudicatrice de droits autres que ceux qui lui sont déjà conférés en application de l'alinéa 1 *a*.

[7]Le libellé antérieur ("et tout critère établi par l'entité adjudicatrice pour l'évaluation des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs en application du sous-alinéa 1 *a* vi)") est englobé dans la référence générale à l'alinéa 1 *a*; ce libellé a donc été supprimé. Les mots ajoutés sont repris du paragraphe 2 *ter*.

[8]La condition énoncée au début de ce paragraphe a été ajoutée car l'article 11-1 autorise l'imposition de conditions d'aptitude discriminatoires. Voir le paragraphe 107 du document A/CN.9/343, ainsi que les paragraphes 118 à 120.

[9]Les mots "sans préjudice de l'efficacité du fonctionnement du système de passation des marchés", qui figuraient au début du paragraphe, ont été supprimés conformément au paragraphe 108 du document A/CN.9/343; pour ce qui est du nouveau libellé, voir les paragraphes 109 et 110 du document A/CN.9/343.

* * *

Article 8 *bis*. *Procédure de présélection*[1]

1. L'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de présélection en vue d'identifier, avant la soumission des offres, *ou des propositions dans le cadre de la procédure de passation d'un marché menée conformément aux chapitres II ou III*,[2] les entrepreneurs et fournisseurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article 8 s'appliquent à la procédure de présélection.[3]

2. Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de présélection, elle fournit un jeu de documents de présélection à chaque entrepreneur ou fournisseur qui en fait la demande, conformément aux procédures spécifiées dans *l'invitation à présenter une demande de présélection*[4], et qui en paie le prix, le cas échéant.

3. La documentation de présélection contient [*les* renseignements requis pour permettre aux entrepreneurs et fournisseurs de préparer et soumettre leurs demandes de présélection, notamment,][5]

[*Option I*

les renseignements devant être fournis conformément à la réglementation des marchés.[6]

Option II

les renseignements devant figurer dans *l'invitation à soumettre une offre* conformément à l'article 14-1, à l'exception *de ses alinéas* e *et* g, *ainsi que*[7] les renseignements suivants :

a) Instructions pour la préparation et la soumission des demandes de présélection;

b) [Supprimé][8]

c) Résumé des principales conditions du marché qui sera conclu comme suite à la procédure *de passation du marché*;[9]

d) Toutes pièces ou autres informations qui doivent être soumises par les entrepreneurs et fournisseurs pour démontrer leurs qualifications;

e) Procédures applicables pour l'évaluation des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs;[10]

f) Mode et lieu de soumission des demandes de présélection et délai de soumission, consistant en une date et heure précises et laissant suffisamment de temps aux entrepreneurs et fournisseurs pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu en particulier des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice;[11]

g) Toutes autres conditions énoncées par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions de la réglementation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des demandes de présélection et à la procédure de présélection;

h) [Supprimé][12]

3 *bis*. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection reçue de l'entrepreneur ou d'un fournisseur par l'entité adjudicatrice *dans un délai raisonnable* avant la date limite de soumission des demandes de présélection. *La réponse de l'entité adjudicatrice, n'identifiant pas la source de la demande, est donnée dans un délai suffisant pour permettre à l'entrepreneur ou au fournisseur de soumettre à temps sa demande de présélection et* communiquée à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a transmis la documentation de présélection.[13]

[3 ter. *Toute demande d'éclaircissements et toute réponse adressée par l'entité adjudicatrice, ainsi que tout additif à la documentation de présélection sont faits par écrit ou sous toute autre forme permettant de conserver un enregistrement de la demande, de la réponse ou de l'additif. Toutefois, une demande d'éclaircissements ou une réponse à une telle demande peuvent être communiquées par téléphone, à condition qu'immédiatement après une confirmation de la demande ou de la réponse, selon le cas, soit communiquée au destinataire de la demande ou de la réponse par écrit ou par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de la confirmation et à condition que la réponse soit communiquée à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a transmis la documentation de présélection.*][14]

4. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir *à chaque entrepreneur ou fournisseur* ayant soumis une demande de présélection s'*il a ou non été présélectionné*[15] [et publie les noms de tous les entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés].[16] Seuls les entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés sont habilités *à participer à la suite de la procédure de passation du marché.*[17]

5. L'entité adjudicatrice communique sur demande aux entrepreneurs et fournisseurs qui n'ont pas été présélectionnés le motif de leur rejet, mais elle n'est pas tenue *d'étayer ce motif ni de donner les raisons pour lesquelles elle a conclu qu'il y avait motif de rejet.*[18]

[6. Il n'est pas interdit à une entité adjudicatrice qui a procédé à une présélection de réévaluer, lors d'une étape ultérieure de la procédure de *passation du marché*, les qualifications des entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés.][19]

[1]Conformément à une proposition mentionnée au paragraphe 136 du document A/CN.9/343, l'ancien article 16 constitue maintenant le nouvel article 8 *bis* du chapitre premier.

[2]La référence à la procédure de passation des marchés conformément au chapitre III a été ajoutée du fait de l'inclusion au chapitre premier (à l'article 8 *bis*) des dispositions relatives à la procédure de présélection.

[3]Voir A/CN.9/343, par. 139, concernant la décision de ne plus exclure les procédures de présélection dans le cas d'un appel d'offres restreint.

[4]Voir la note 2 relative à l'article 12.

[5]Voir A/CN.9/343, par. 147. Le Groupe de travail est invité à étudier si le maintien du texte entre crochets ne risquerait pas d'avoir pour conséquence non intentionnelle de susciter des différends lorsqu'il s'agira de déterminer si l'entité adjudicatrice a inclus dans la documentation de présélection les renseignements requis pour permettre aux entrepreneurs et fournisseurs de préparer et de soumettre leurs demandes de présélection.

[6]Deux options sont présentées au paragraphe 3, comme suite au paragraphe 145 du document A/CN.9/343, dans lequel le Secrétariat était prié d'étudier comment la Loi type pourrait permettre l'incorporation de conditions détaillées relatives à la teneur de la documentation de la présélection dans la réglementation des marchés, plutôt que dans le texte de la Loi. Le commentaire indiquerait, pour ce qui est de l'option I, que les conditions énoncées dans la réglementation des marchés seraient identiques à celles énoncées dans l'option II. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si le fait de donner à l'Etat adoptant la Loi type la possibilité de ne pas énoncer de conditions détaillées dans la Loi elle-même serait conforme à l'opinion du Groupe de travail, donnée au paragraphe 144 du document A/CN.9/343, selon laquelle, en supprimant l'énoncé des conditions détaillées dans le texte de la Loi type, on irait à l'encontre des objectifs de la Loi et on nuirait à l'uniformisation du droit.

[7]Voir A/CN.9/343, par. 122 et 148.

[8]L'alinéa *b*, qui faisait référence aux renseignements supplémentaires qui seraient utiles aux entrepreneurs et aux fournisseurs pour la préparation de leur demande de présélection, a été supprimé conformément au paragraphe 149 du document A/CN.9/343.

[9]Les mots "procédure de passation des marchés" sont utilisés à la place des mots "procédure d'appel d'offres", afin de permettre l'application de cette disposition aux procédures de passation des marchés fondées sur des méthodes autres que l'appel d'offres.

[10]La mention des critères utilisés pour évaluer les qualifications des entrepreneurs et des fournisseurs a été supprimée de l'alinéa *e*, car ces critères sont mentionnés dans le *chapeau* par référence à l'article 14-1.

[11]Voir la note 1 relative à l'article 11; il est proposé que le commentaire indique qu'il faut tenir compte des délais requis dans les procédures auxquelles participent des entrepreneurs et fournisseurs sans distinction de nationalité.

[12]Lors de l'élaboration du deuxième projet, l'alinéa *h* a été modifié et déplacé au paragraphe 3 *bis*, conformément au paragraphe 76 du document A/CN.9/331.

[13]Voir A/CN.9/343, par. 151.

[14]Une disposition similaire à l'article 22-3 concernant la forme et le mode de communication des demandes d'éclaircissements et des réponses correspondantes a été ajoutée à l'initiative du Secrétariat.

[15]Voir A/CN.9/343, par. 152.

[16]Lors de la douzième session, différentes approches ont été examinées, mais aucune décision n'a été prise quant à la mesure dans laquelle le paragraphe 4 devrait exiger que les noms des entrepreneurs et des fournisseurs présélectionnés soient publiés (voir A/CN.9/343, par. 153 à 155). Outre l'approche retenue dans le texte, on pourrait ne pas mentionner la question de la publicité, ou encore disposer que l'entité adjudicatrice doit spécifier, dans la documentation de présélection, dans quelle mesure et à quel moment les noms seront publiés. On pourrait en outre disposer que l'entité adjudicatrice doit donner ces renseignements sur demande aux entrepreneurs et fournisseurs ayant fourni une demande de présélection et ne peut les publier qu'après acceptation d'une offre. Enfin, il serait possible d'indiquer que ces renseignements seront donnés aux entrepreneurs et fournisseurs, mais d'interdire toute autre publicité.

[17]Les mots "à participer à la suite de la procédure de passation du marché" remplacent les mots "à soumettre une offre", afin de tenir compte des méthodes de passation des marchés autres que l'appel d'offres.

[18]Voir A/CN.9/343, par. 156.

[19]Le Groupe de travail a décidé, au paragraphe 161 du document A/CN.9/343, de reporter toute décision sur le maintien du paragraphe 6 ou sur son libellé jusqu'au moment où il examinerait l'article 28-8 *bis*.

* * *

Article 9. [Fusionné avec l'article 8][1]

[1]Lors de l'élaboration du deuxième projet, l'article 9 a été fusionné avec l'article 8 conformément au paragraphe 45 du document A/CN.9/331.

* * *

Article 10. *Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs*

1. *Lorsque l'entité adjudicatrice exige que les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs pour démontrer leurs qualifications dans le cadre de la procédure de passation du marché soient légalisées, elle n'impose aucune condition quant à la légalisation des pièces autres que celles prévues dans les lois du présent Etat relatives à la légalisation de pièces du type en question.*[1]

2. [Supprimé][1]

3. [Supprimé][1]

[1]Voir A/CN.9/343, par. 113, concernant la modification du paragraphe 1 et la suppression des paragraphes 2 et 3, qui énonçaient certaines conditions relatives à la légalisation des pièces établissant les qualifications des entrepreneurs et fournisseurs.

* * *

CHAPITRE II. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES

Section I. Participation des entrepreneurs et fournisseurs[1]

Article 11. *Participation des entrepreneurs et fournisseurs*[1]

1. *Les entrepreneurs et fournisseurs sont autorisés à participer à une procédure de passation d'un marché sans distinction de nationalité, sauf dans les cas où, pour des raisons d'économie ou d'efficacité, l'entité adjudicatrice limite la participation aux entrepreneurs et fournisseurs nationaux et dans les cas où, pour des motifs spécifiés [dans la réglementation des marchés ou] dans d'autres dispositions législatives, elle décide de limiter la participation à la procédure de passation des marchés selon des critères de nationalité. Si l'entité adjudicatrice limite la participation selon des critères de nationalité, elle indique dans le compte rendu de la procédure de passation du marché les circonstances justifiant cette restriction et spécifie les faits pertinents.*[2]

1 bis. *Si, dans le cadre de la procédure de passation d'un marché, la participation est limitée aux entrepreneurs et fournisseurs nationaux en application du paragraphe 1, l'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'appliquer les procédures énoncées aux articles 8-2* ter, *12-1* bis, *14-1*-f bis, *14-1* g, *14-2* b bis, *14-2* c, *17-2* i bis, *17-2* k, *17-2* q, *20-4 et 26-1* b *de la présente Loi.*[3]

2. [Supprimé][4]

[1]Le titre antérieur de la section I et de l'article 11 "Procédures d'appel d'offres international" a été modifié comme suite à la décision du Groupe de travail (A/CN.9/343, par. 118) d'éviter d'utiliser à l'article 11 les mots "procédures d'appel d'offres international". A l'article 11, ces mots sont remplacés par une référence aux procédures d'appel d'offres auxquelles les entrepreneurs et fournisseurs peuvent participer "sans distinction de nationalité". Les mots "procédures d'appel d'offres international" ont également été supprimés ou remplacés dans le reste de la Loi type.

[2]Conformément au paragraphe 120 du document A/CN.9/343, le paragraphe 1 établit une présomption en faveur de la participation d'entrepreneurs et de fournisseurs sans distinction de nationalité, sauf lorsqu'une telle participation ne serait pas propice à l'économie et à l'efficacité, motif spécifié dans la réglementation des marchés, ou serait contraire aux lois de l'Etat adoptant la Loi type. La référence à l'utilisation de la réglementation des marchés pour restreindre la participation est placée entre crochets, car le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait souhaitable que la réglementation des marchés puisse être utilisée à cette fin. Dans un souci de transparence, si l'entité adjudicatrice décide de restreindre la participation selon des critères de nationalité, elle est tenue de justifier sa décision dans le compte rendu de la procédure de passation du marché. Si les mots "procédure de passation du marché" sont utilisés ici et dans tout le chapitre II, c'est parce que les dispositions en question s'appliquent à des procédures fondées sur des méthodes autres que l'appel d'offres.

[3]Conformément au paragraphe 120 du document A/CN.9/343, le paragraphe 1 *bis* fait expressément référence à des procédures spéciales auparavant englobées dans le terme "procédures d'appel d'offres international" et exige que l'on recoure à ces procédures, sauf dans les circonstances visées au paragraphe 1 *bis*.

[4]Le paragraphe 2 a été supprimé lors de l'établissement du deuxième projet, conformément au paragraphe 58 du document A/CN.9/331.

* * *

Section II. Sollicitation des offres et des demandes de présélection

Article 12. *Sollicitation des offres et des demandes de présélection*

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres, *ou,*[1] le cas échéant, des demandes de présélection, de tous les entrepreneurs et fournisseurs intéressés en faisant publier *une invitation à soumettre une offre ou une invitation à présenter une demande de présélection, selon le cas échéant,*[2] dans ... (chaque Etat adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel ledit avis doit être publié).

1 bis. *L'invitation à soumettre une offre ou l'invitation à présenter une demande de présélection* doivent également être publiées, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, *au moins* dans un quotidien *de diffusion internationale* ou une publication commerciale ou une revue technique spécialisée de diffusion internationale.[3]

2 *a*) Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, *l'entité adjudicatrice peut, si cela est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité (et sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat peut désigner l'organe chargé de donner son approbation),)*[4] solliciter des offres en *n'envoyant*[5] *des invitations à soumettre une offre* qu'à des entrepreneurs et fournisseurs sélectionnés par elle. Elle doit sélectionner un nombre suffisant d'entrepreneurs et fournisseurs pour qu'il y ait réellement concurrence, en vue d'assurer la bonne conduite de la procédure d'appel d'offres.

b) L'invitation à soumettre une offre ou l'invitation à présenter une demande de présélection peuvent être envoyées[5] aux entrepreneurs et fournisseurs par écrit, *y compris* sous toute autre forme qui permet d'en conserver un enregistrement. Toutefois, lorsque les biens ou travaux sont requis d'urgence, ou lorsque la valeur estimée du marché est inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés, il est possible de solliciter des offres *ou des demandes de présélection* des entrepreneurs et fournisseurs retenus en les informant par téléphone de la teneur de *l'invitation à soumettre une offre ou de l'invitation à présenter une demande de présélection* et en leur *envoyant*[5] *ladite invitation* immédiatement après par écrit, *y compris* sous toute autre forme permettant d'en conserver un enregistrement.

[1]Voir A/CN.9/343, par. 123.

[2]Conformément au paragraphe 122 du document A/CN.9/343, les termes "invitation à présenter une demande de présélection" et "invitation à soumettre une offre" remplacent le terme "avis de projet de marché" qui, dans les versions précédentes, désignait l'instrument utilisé pour solliciter soit une demande de présélection, soit une offre. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager, pour désigner l'instrument utilisé pour solliciter des offres, de revenir au terme "avis de projet de marché" ou d'utiliser un terme similaire tel qu'"invitation à participer à la procédure de passation du marché" ou "invitation à présenter une offre", qui ne font pas référence à une méthode particulière de passation des marchés. Une telle approche pourrait être retenue, vu l'incorporation par référence de portions des articles 12 et 14 dans les dispositions traitant de la passation des marchés par sollicitation de propositions. Voir les paragraphes 3 et 4 de l'article 33 *ter*. Voir également la note 4 relative à l'article 33 *ter*.

[3]Le texte du paragraphe 1 *bis* est repris de l'ancien paragraphe 1, comme suite à la décision prise par le Groupe de travail à propos de l'article 11 (voir les notes 1 et 3 relatives à cet article). Voir également A/CN.9/343, par. 125 et 126.

[4]Voir A/CN.9/343, par. 130.

[5]Voir A/CN.9/343, par. 128 et 131.

* * *

Article 13. [Supprimé][1]

[1]Article supprimé lors de l'établissement du deuxième projet, conformément au paragraphe 62 du document A/CN.9/331.

* * *

Article 14. *Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection*[1]

1. L'*invitation à soumettre une offre* doit contenir au moins les renseignements suivants :

a) Nom et adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Nature et quantité des biens à fournir ou nature et emplacement des travaux à effectuer;

c) Délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux;

d) Critères utilisés pour évaluer les qualifications des entrepreneurs et fournisseurs, conformément à l'alinéa 1 *a* de l'article 8;

d bis) Déclaration, ne pouvant être ultérieurement modifiée, aux termes de laquelle les entrepreneurs et fournisseurs peuvent participer à la procédure de passation des marchés sans distinction de nationalité, ou déclaration aux termes de laquelle la participation est limitée en fonction de critères de nationalité, selon le cas;[2]

e) Moyens d'obtenir le dossier *de sollicitation* et lieu où il peut être obtenu;[3]

f) Prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture du dossier *de sollicitation*;[4]

f bis) Monnaie et mode de paiement du dossier *de sollicitation*;[4]

g) Langue ou langues dans lesquelles le dossier est disponible;[5]

h) Lieu et date limite de soumission des offres;

i) [supprimé][6]

j) [supprimé][7]

2. *L'invitation à présenter une demande de présélection*[8] *n'a pas à contenir les renseignements demandés aux alinéas* e, g *ou* h *du paragraphe 1, mais doit contenir les renseignements demandés aux alinéas* a, b, c, d, d bis *et* f *du paragraphe 1*[9], *ainsi que les renseignements suivants* :

a) Moyens d'obtenir la documentation de présélection et lieu où elle peut être obtenue;

b) Prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la documentation de présélection;[10]

b bis) Monnaie et mode de paiement de la documentation de présélection;[10]

c) Langue ou langues dans lesquelles la documentation est disponible; et[5]

d) Lieu et date limite de soumission des demandes de présélection.

[1]Voir la note 2 relative à l'article 12.

[2]Voir A/CN.9/343, par. 121 et 134. Avec le libellé actuel, l'entité adjudicatrice pourrait modifier une déclaration limitant la procédure de passation d'un marché aux entrepreneurs et fournisseurs nationaux.

[3]Vu l'incorporation par référence des dispositions traitant du dossier *de sollicitation* dans l'article 33 *ter*-4 *a* ii (sollicitation de propositions), on a utilisé le terme "dossier de sollicitation", plutôt que le terme "dossier d'appel d'offres".

[4]La référence à la monnaie et au mode de paiement du dossier de sollicitation, qui figurait auparavant à l'alinéa *f*, fait maintenant l'objet d'un alinéa *f bis*, conformément à la modification apportée à l'article 11 (voir les notes 1 et 3 relatives à l'article 11).

[5]Voir la note 1 relative à l'article 11.

[6]L'alinéa *i*, qui faisait référence à la garantie de soumission, a été supprimé conformément au paragraphe 133 du document A/CN.9/343.

[7]L'alinéa *j*, qui faisait référence au droit de recours en vertu de la Loi type, a été supprimé conformément au paragraphe 133 du document A/CN.9/343.

[8]Voir la note 2 relative à l'article 12.

[9]Voir A/CN.9/343, par. 135. La disposition énoncée à l'alinéa *d bis* a été ajoutée à la liste des renseignements devant figurer dans l'invitation à présenter une demande de présélection; par contre, les renseignements quant au lieu et à la date de soumission des offres ont été exclus.

[10]La référence à la monnaie et au mode de paiement de la documentation de présélection, qui figurait auparavant à l'alinéa *b*, fait maintenant l'objet de l'alinéa *b bis*, conformément à la modification apportée à l'article 11 (voir les notes 1 et 3 relatives à l'article 11).

* * *

Article 15. [Fusionné avec l'article 8][1]

[1]Voir A/CN.9/331, par. 66, et la note 1 relative à l'article 15 dans le document A/CN.9/WG.V/WP.28.

* * *

Section III. *Présélection des entrepreneurs et fournisseurs*[1]

Article 16. [Déplacé à l'article 8 *bis*][1]

[1]Cette section sera supprimée si le Groupe de travail confirme que les dispositions énoncées à l'article 16 figureront maintenant à l'article 8 *bis* (voir la note 1 relative à l'article 8 *bis*).

* * *

Section IV. Dossier de sollicitation[1]

[1]Voir la note 3 relative à l'article 14.

* * *

Article 17. *Dossier de sollicitation*[1]

1. L'entité adjudicatrice fournit le dossier *de sollicitation* aux entrepreneurs et fournisseurs, conformément aux procédures et conditions spécifiées dans *l'invitation à*

soumettre une offre. S'il y a eu présélection, elle fournit le dossier *de sollicitation* à chaque entrepreneur ou fournisseur qui a été présélectionné et qui paie le prix, le cas échéant, de ce dossier.

2. Le dossier *de sollicitation* comporte [*les*[2] renseignements requis pour que les entrepreneurs et fournisseurs puissent préparer et soumettre des offres conformes et des renseignements sur les procédures d'ouverture, d'examen, de comparaison et d'évaluation des offres, notamment, mais non exclusivement,][3] les renseignements suivants :

a) Instructions pour la préparation des offres;

b) Critères et procédures, conformément aux dispositions de l'article 8, relatifs à l'évaluation des qualifications des entrepreneurs et des fournisseurs *et* à la reconfirmation des qualifications en application de l'article 28-8 *bis*;[4]

c) [Combiné avec l'alinéa *b* lors de l'établissement du deuxième projet]

d) Toute pièce ou autre information qui doit être soumise par les entrepreneurs et fournisseurs pour faire la preuve de leurs qualifications;[5]

e) Nature, caractéristiques techniques et qualité requises, *conformément à l'article 20*,[6] des biens ou des travaux requis, notamment, spécifications techniques, plans, dessins et modèles, selon le cas; quantité des biens requis; emplacement où doivent s'effectuer les travaux; et, le cas échéant, délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'exécution des travaux;

f) Conditions du marché et, le cas échéant, formulaire du contrat à signer par les parties;[7]

g) Si les variantes en ce qui concerne les caractéristiques des biens ou les travaux, les conditions contractuelles ou toute autre condition énoncée dans le dossier *de sollicitation* sont *autorisées*,[8] déclaration à cet effet;

h) Si les entrepreneurs et fournisseurs sont autorisés à soumettre des offres ne portant que sur une portion des biens ou des travaux requis, *description*[9] de la portion ou des portions pour lesquelles des offres peuvent être soumises;

i) Manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé;[10]

i bis) *Monnaie ou monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé*;[10]

j) [Supprimé][11]

k) Langue ou langues, *conformément à l'article 23*, dans lesquelles les offres doivent être établies;[12]

l) Toute stipulation de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne la nature, le montant et les autres conditions principales de la garantie de soumission devant être éventuellement fournie par les entrepreneurs et fournisseurs soumettant des offres et de toute garantie de bonne exécution du marché devant être fournie par l'entrepreneur ou le fournisseur concluant le marché, *y compris des garanties telles que les cautionnements sur la main-d'œuvre et sur les matériaux*, et en ce qui concerne le type d'institution ou entité dont les garanties seront acceptables;[13]

m) Mode, lieu et délai de soumission des offres, conformément à l'article 24;[6]

n) Moyens par lesquels, en application de l'article 22, les entrepreneurs et fournisseurs peuvent demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation et *déclaration par laquelle l'entité adjudicatrice indique si elle a l'intention d'organiser* une réunion d'entrepreneurs et de fournisseurs;[14]

n bis) [Supprimé][15]

o) Période de validité des offres, conformément à l'article 25;[6]

p) Lieu, date et heure d'ouverture des offres, conformément à l'article 27;[6] procédures à suivre pour l'ouverture et l'examen des offres et procédures et critères pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour la détermination de l'offre la plus économique, conformément à l'article 28-7 *c*;[16]

q) Monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation et la comparaison des offres en application de l'article 28-8[6] et, soit taux de change qui sera utilisé pour la conversion des offres dans cette monnaie, soit déclaration selon laquelle le taux publié par un établissement financier donné, en vigueur à une date donnée, sera appliqué;[17]

r) Toute autre condition établie par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions de la réglementation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des offres et à la procédure *de passation des marchés*;

s) Références à la présente Loi, à la réglementation des marchés et à toutes autres lois et réglementations directement applicables à la procédure *de passation des marchés, à condition toutefois que l'omission de toute référence de cet ordre ne constitue pas en soi un motif de recours en vertu de l'article 36 ni n'engage la responsabilité de l'entité adjudicatrice*;[18]

t) Nom(s), *titre(s) fonctionnel(s)* et adresse(s) d'un ou plusieurs fonctionnaires ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les entrepreneurs et les fournisseurs et à recevoir directement des communications adressées par eux à propos de la procédure *de passation du marché*, sans l'intervention d'un intermédiaire;[19]

u) *Tout engagement* devant être pris par l'entrepreneur ou le fournisseur *extérieurement au marché, tel qu'un engagement portant sur des échanges compensés et le transfert de technologie*;[20]

v) [Supprimé][21]

[w) Droit, en application de l'article 36 de la présente Loi, d'engager une procédure de recours contre un acte ou une décision illicites de l'entité adjudicatrice ou une procédure illicite appliquée par elle dans le cadre de la procédure de passation d'un marché;][22]

x) Si l'entité adjudicatrice se réserve le droit de rejeter toutes les offres en application de l'article 29, déclaration à cet effet;

y) Toute formalité qui sera requise pour l'entrée en vigueur d'une offre qui aura été acceptée, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit en application de l'article 32.

[1]L'article 18, qui indiquait les renseignements que devait contenir le dossier de sollicitation, a été fusionné avec l'article 17, afin que l'article

qui impose à l'entité adjudicatrice de fournir le dossier de sollicitation donne également la signification du terme "dossier de sollicitation". Le titre a été modifié en conséquence.

[2] Voir A/CN.9/343, par. 164.

[3]Une partie du paragraphe 2 a été placée entre crochets; le Groupe de travail voudra en effet peut-être étudier si le maintien de ce texte ne risquerait pas d'avoir pour effet non intentionnel de susciter des réclamations au motif que l'entité adjudicatrice n'aurait pas fourni certaines informations non visées aux alinéas *a* à *y*, mais qui étaient toutefois "nécessaires". Les renseignements visés aux alinéas *a* à *y* pourraient être considérés comme une liste suffisante des renseignements à fournir aux entrepreneurs et fournisseurs.

[4]Voir A/CN.9/343, par. 163 et 166.

[5]Voir A/CN.9/343, par. 167.

[6]Voir A/CN.9/343, par. 168. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il est nécessaire de conserver les références à cet endroit et dans le reste de l'article 17.

[7]Voir A/CN.9/343, par. 171 et 173.

[8]Voir A/CN.9/343, par. 174.

[9]Voir A/CN.9/343, par. 175.

[10]La mention de la monnaie dans laquelle le prix de l'offre doit être formulé fait maintenant l'objet de l'alinéa *i bis* comme suite à la modification apportée à l'article 11 (voir les notes 1 et 3 relatives à l'article 11).

[11]Voir A/CN.9/331, par. 89.

[12]Voir A/CN.9/343, par. 163. Voir également la note 6.

[13]Voir A/CN.9/343, par. 177; la référence à toute option offerte par l'entité adjudicatrice en ce qui concerne la garantie de soumission a été supprimée conformément au paragraphe 177 du document A/CN.9/343.

[14]Voir A/CN.9/343, par. 178.

[15]L'alinéa *n bis*, qui faisait référence à la réserve par l'entité adjudicatrice du droit de modifier le dossier de sollicitation, a été supprimé conformément au paragraphe 198 du document A/CN.9/343.

[16]La liste non exhaustive de procédures et critères pour l'évaluation et la comparaison des offres a été supprimée conformément au paragraphe 180 du document A/CN.9/343.

[17]Pour ce qui est de la suppression de la référence aux "procédures d'appel d'offres international", voir la note 1 relative à l'article 11. Dans la version anglaise, le mot "*issued*" est remplacé par le mot "*published*".

[18]Conformément au paragraphe 183 du document A/CN.9/343, le sous-alinéa *s* ii a été supprimé et le sous-alinéa *s* i a été conservé, mais modifié.

[19]La référence aux "titres fonctionnels" a été ajoutée, afin de tenir compte d'un changement possible de titulaire d'un poste au sein de l'entité adjudicatrice.

[20]Voir A/CN.9/343, par. 184.

[21]L'alinéa *v*, qui faisait référence à l'approbation requise pour les actes et décisions de l'entité adjudicatrice, a été supprimé conformément au paragraphe 185 du document A/CN.9/343.

[22]Le Groupe de travail a décidé (A/CN.9/343, par. 186) de ne pas prendre de décision sur le maintien de cet alinéa avant d'avoir examiné la section relative aux recours.

* * *

Article 18. [Fusionné avec l'article 17]

* * *

Article 19. *Prix facturé pour le dossier de sollicitation*

L'entité adjudicatrice peut faire payer aux entrepreneurs et fournisseurs le dossier *de sollicitation* qui leur est fourni. La somme demandée ne doit refléter que le coût de l'impression du dossier et de sa distribution aux entrepreneurs et fournisseurs.

* * *

Article 20. *Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier de sollicitation; langue de la documentation de présélection et du dossier de sollicitation*

1. Dans la documentation de présélection ou dans le dossier *de sollicitation*, les spécifications, plans, dessins et modèles décrivant les caractéristiques techniques ou les normes de qualité des biens ou des travaux requis, les conditions relatives aux essais et méthodes d'essais, à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage, ou aux certificats de conformité et les symboles ou les termes utilisés n'auront pas pour objet de créer des obstacles[1] à la participation d'entrepreneurs ou fournisseurs à la procédure *de passation du marché*[2] et il ne sera pas recouru à des spécifications, plans, dessins, modèles, conditions, symboles ou termes ayant pour effet de créer des obstacles[1] à une telle participation.

2. Dans la mesure du possible, les spécifications, plans, dessins, modèles et conditions sont fondés sur les caractéristiques techniques objectives et normes de qualité pertinentes des biens ou des travaux requis. Ces documents ne stipulent ni ne mentionnent de marque commerciale, appellation, brevet, conception, type, origine ou producteur particuliers, à moins qu'il n'y ait aucun autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques des biens ou de la construction à fournir et à condition que soient ajoutés des mots tels que "ou son équivalent".

3 *a)* Pour la formulation des spécifications, plans, dessins et modèles, la documentation de présélection et le dossier *de sollicitation* utilisent, lorsqu'il en existe, des expressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques et normes de qualité des biens ou des travaux requis;

b) Des termes commerciaux normalisés sont utilisés, lorsqu'il en existe, pour la formulation des conditions du marché qui sera conclu comme suite à la procédure *de passation de marché* et pour la formulation d'autres aspects pertinents de la documentation de présélection et du dossier *de sollicitation*;

c) [Supprimé][5]

4. La documentation de présélection et le dossier *de sollicitation* sont établis dans ... (chaque Etat adoptant la Loi type spécifie sa langue ou ses langues officielles) (et dans une langue d'usage courant dans le commerce international).[4]

[1]Voir A/CN.9/343, par. 191.

[2]La référence aux procédures d'appel d'offres international et aux entrepreneurs et fournisseurs étrangers a été supprimée comme suite à la modification apportée à l'article 11. On pourra juger qu'il n'est pas nécessaire d'interdire expressément toute entrave à la participation d'entrepreneurs et fournisseurs étrangers, puisqu'il est présumé dans la Loi type que leur participation est autorisée sans distinction de nationalité, sauf dans des circonstances limitées. Au cas où une disposition expresse serait jugée souhaitable, elle pourrait être libellée comme suit et faire référence de manière appropriée à l'article 11-2 :

"1 *bis*). L'entité adjudicatrice n'inclut ni n'utilise de spécifications, plans, dessins, modèles, conditions ou termes qui auraient pour objet, intentionnel ou non, de créer des obstacles à la participation des entrepreneurs et fournisseurs sans distinction de nationalité."

[3]Alinéa supprimé dans le deuxième projet, conformément au paragraphe 108 du document A/CN.9/331.

[4]Voir la note 1 relative à l'article 11. La règle indiquant quelle langue prévaudra en cas de conflit entre les versions linguistiques a été supprimée conformément au paragraphe 194 du document A/CN.9/343.

* * *

Article 21. [Supprimé][1]

[1]Article supprimé dans le deuxième projet, conformément au paragraphe 114 du document A/CN.9/331.

* * *

Article 22. *Clarification et modification du dossier de sollicitation*

1. L'entrepreneur ou fournisseur *peut demander* des éclaircissements sur le dossier *de sollicitation* à l'entité adjudicatrice. Celle-ci répond à toute demande d'éclaircissements du dossier *de sollicitation* qu'elle reçoit d'un entrepreneur ou d'un fournisseur *dans un délai raisonnable* avant la date limite de soumission des offres. La réponse de l'entité adjudicatrice, n'identifiant pas la source de la demande, est communiquée *suffisamment à temps pour permettre à l'entrepreneur ou au fournisseur de présenter leur offre dans le délai requis et* est communiquée à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a transmis le dossier *de sollicitation*[1].

2. A tout moment avant la date limite de soumission des offres, l'entité adjudicatrice peut, pour toute raison, soit de sa propre initiative, soit en réponse à une demande d'éclaircissements adressée par un entrepreneur ou un fournisseur, modifier le dossier *de sollicitation* en publiant un additif *à ce dossier*[2]. Ledit additif est communiqué promptement à tous les entrepreneurs ou fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé le dossier de sollicitation et a pour eux force obligatoire.

3. Toute demande d'éclaircissements et toute réponse adressée par l'entité adjudicatrice, ainsi que tout additif au dossier *de sollicitation* sont faits par écrit, *y compris* sous toute autre forme permettant de conserver un enregistrement de la demande, de la réponse ou de l'additif. Toutefois, une demande d'éclaircissements ou une réponse à une telle demande peuvent être communiquées par téléphone, à condition qu'immédiatement après une confirmation de la demande ou de la réponse, selon le cas, soit communiquée au destinataire de la demande ou de la réponse, par écrit, *y compris* par tout autre moyen permettant d'en conserver un enregistrement *et à condition que, dans le cas de la réponse, cette réponse soit communiquée à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a fourni le dossier de sollicitation.*[3]

4. Si l'entité adjudicatrice organise une réunion d'entrepreneurs et de fournisseurs, elle établit un procès-verbal de la réunion indiquant les demandes d'éclaircissements présentées à la réunion à propos du dossier *de sollicitation*, sans identifier l'origine des demandes, ainsi que ses réponses auxdites demandes. Le procès-verbal est établi par écrit, *y compris* sous toute autre forme permettant de conserver un enregistrement des renseignements qui y figurent, et est fourni à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a soumis le dossier *de sollicitation.*

[1]Voir A/CN.9/343, par. 195.

[2]La stipulation selon laquelle l'entité adjudicatrice ne peut modifier le dossier de sollicitation que si elle s'est réservé le droit de le faire dans ledit dossier a été supprimée, conformément au paragraphe 198 du document A/CN.9/343. Voir également la note 15 relative à l'article 18.

[3]Voir A/CN.9/343, par. 200.

* * *

Section V. Offres

Article 23. *Langue des offres*

Les offres peuvent être établies et soumises dans toute langue dans laquelle le dossier *de sollicitation* a été publié *ou dans toute autre langue spécifiée par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation.*[1]

[1]Voir A/CN.9/343, par. 202

* * *

Article 24. *Soumission des offres*

1. L'entité adjudicatrice fixe une date et une heure données, qui constituent la date limite pour la soumission des offres. Cette date limite est fixée de manière à laisser suffisamment de temps *à tous les entrepreneurs et fournisseurs intéressés* pour préparer et soumettre leurs offres et à tenir compte des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice.[1]

2. Si l'entité adjudicatrice publie une clarification ou modification du dossier *de sollicitation* conformément à l'article 22, elle reporte si nécessaire la date limite de soumission des offres, avant l'expiration de ladite date limite, afin que les entrepreneurs et fournisseurs disposent d'un délai raisonnable pour tenir compte de la clarification ou de la modification dans leur offre.

2 *bis*. L'entité adjudicatrice peut, avant la date limite de soumission des offres, reporter ladite date limite si, *en raison de circonstances indépendantes de la volonté des entrepreneurs et fournisseurs*, il ne leur est pas possible de soumettre leur offre avant la date limite.[2]

2 *ter*. La notification de tout report de la date limite est donnée promptement par écrit, *y compris* par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement des renseignements qui y figurent, à chaque entrepreneur et fournisseur auquel l'entité adjudicatrice a envoyé le dossier *de sollicitation*. Toutefois, le report de la date limite peut être notifié par téléphone, *à condition que tous ces entrepreneurs et fournisseurs soient ainsi notifiés et*[3] sous réserve qu'immédiatement après confirmation en soit donnée aux entrepreneurs et fournisseurs par écrit, *y compris* par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de la confirmation.

3. Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de soumission des offres n'est pas ouverte[4] et est renvoyée à l'entrepreneur ou au fournisseur qui l'a soumise.

4. Les offres sont soumises par écrit, dans des enveloppes scellées. L'entité adjudicatrice délivre [*sur demande*] à l'entrepreneur ou au fournisseur un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles l'offre a été reçue.[5]

[1]Conformément au paragraphe 203 du document A/CN.9/343, les mots "tous les intéressés" ont été ajoutés et la référence à la procédure d'appel d'offres international et aux entrepreneurs et fournisseurs étrangers a été supprimée.

[2]Voir A/CN.9/343, par. 205.

[3]Voir A/CN.9/343, par. 206.

[4]Les mots "ni examinée" ont été supprimés conformément au paragraphe 207 du document A/CN.9/343.

[5]Conformément au paragraphe 207 du document A/CN.9/343, la deuxième phrase, qui autorisait la soumission des offres sous d'autres formes que par écrit et dans des enveloppes scellées, a été supprimée; les mots "sur demande" ont été ajoutés à l'initiative du Secrétariat.

* * *

Article 25. *Période de validité des offres; modification et retrait des offres*

1. Les offres restent valides durant le délai spécifié dans le dossier *de sollicitation*. La période de validité commence dès la date limite de soumission des offres.

2 *a)* Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut[1] prier les entrepreneurs ou fournisseurs de prolonger cette période d'un délai supplémentaire donné. L'entrepreneur ou le fournisseur peuvent refuser cette demande sans renoncer à leur garantie de soumission, et leur offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité non prolongée. La demande et les réponses sont faites par écrit, y compris par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de l'information. Toutefois, demande et réponse peuvent être faites par téléphone sous réserve qu'immédiatement après confirmation en soit communiquée au destinataire par écrit, y compris par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de cette confirmation.[2]

b) Les entrepreneurs et fournisseurs qui conviennent de prolonger la période de validité de leur offre prolongent ou font prolonger la période de validité de leurs garanties de soumission, ou, si cela est impossible, fournissent une nouvelle garantie de soumission portant sur la période supplémentaire de validité de leur offre. L'entrepreneur ou le fournisseur dont la garantie de soumission n'est pas prolongée, ou qui n'a pas fourni de nouvelle garantie de soumission, est considéré comme ayant refusé la demande de prolongation de la période de validité de son offre.[3]

3. L'entrepreneur ou le fournisseur peuvent modifier ou retirer leur offre avant la date limite de soumission des offres, *mais non après.*[4] *Cette modification ou ce retrait sont communiqués* à l'entité adjudicatrice par écrit, *y compris* par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement des renseignements qui y figurent. La modification ou l'avis de retrait produisent leurs effets s'ils sont reçus par l'entité adjudicatrice avant la date limite de soumission des offres.

[1]Les mots "dans des circonstances exceptionnelles" ont été supprimés conformément au paragraphe 209 du document A/CN.9/343.

[2]L'alignement de la dernière phrase sur les changements convenus pour l'article 22-3, mentionnés au paragraphe 209 du document A/CN.9/343, ne semble pas nécessaire, vu que ce ne sont pas les mêmes circonstances qui sont visées dans cet alinéa et à l'article 22-3, ce dernier traitant des réponses aux demandes d'éclaircissements relatives au dossier de sollicitation. A la différence des éclaircissements fournis par l'entité adjudicatrice à propos du dossier de sollicitation, les réponses d'entrepreneurs et de fournisseurs à des demandes de prolongation de la période de validité de leur offre n'ont pas à être communiquées aux autres entrepreneurs et fournisseurs.

[3]Voir A/CN.9/343, par. 210.

[4]Voir A/CN.9/343, par. 213.

* * *

Section VI. Garanties de soumission

Article 26. *Garanties de soumission*

1. *Lorsque* l'entité adjudicatrice demande aux entrepreneurs et fournisseurs soumettant une offre de fournir une garantie de soumission :

a) Cette condition s'applique à tous les entrepreneurs et fournisseurs;

a bis) Le dossier *de sollicitation* peut disposer que l'institution ou l'entité qui émet la garantie de soumission *et l'institution ou l'entité qui, le cas échéant, confirme la garantie* doivent être agréées par l'entité adjudicatrice;[1]

b) Nonobstant les dispositions du sous-alinéa 1-a bis, *une garantie de soumission n'est pas rejetée par l'entité adjudicatrice au motif qu'elle n'a pas été émise par une institution ou entité du présent Etat* si la garantie de soumission et l'institution ou entité satisfont par ailleurs aux conditions légitimes énoncées dans le dossier *de sollicitation, à moins que l'acceptation par l'entité adjudicatrice de ladite garantie de soumission ne soit contraire à une loi du présent Etat;*[2]

c) [Déplacé à l'alinéa *a bis*]

d) L'entité adjudicatrice *peut, sans limitation de son droit à énoncer d'autres circonstances dans lesquelles elle sera habilitée à réclamer le montant de la garantie,* demander, dans le dossier *de sollicitation,* que la garantie de soumission contienne des dispositions l'habilitant à réclamer le montant de la garantie si l'entrepreneur ou le fournisseur qui l'a fournie :[3]

i) Retire ou modifie son offre *après la date limite de soumission des offres; ou*[4]

ii) [Supprimé][5]

iii) Ne signe pas le marché si l'entité adjudicatrice lui demande de le faire, ou ne fournit pas la garantie requise pour l'exécution du marché *après que* son offre a été acceptée.

2. L'entité adjudicatrice ne réclame pas le montant de la garantie de soumission et retourne ou fait retourner sans délai *le document de garantie* à l'entrepreneur ou au

fournisseur l'ayant fourni, après que se produit le premier des faits suivants :

a) Expiration de la garantie de soumission;

b) Entrée en vigueur d'un marché et fourniture d'une garantie de bonne exécution du marché, si une telle garantie est requise;

c) Clôture de la procédure d'appel d'offres sans qu'un marché entre en vigueur; ou

d) Retrait de l'offre pour laquelle la garantie a été soumise *avant la date limite de soumission des offres*.[6]

[1]Au paragraphe 217 du document A/CN.9/343, le Secrétariat a été prié d'envisager de combiner les alinéas *b* et *c*. Il semble qu'en gardant séparées ces dispositions, on préciserait que l'entité adjudicatrice peut, dans tous les cas, imposer comme condition que l'entité qui émet la garantie de soumission doit être acceptable par elle et qu'elle peut rejeter une garantie émise par une institution considérée comme non solvable (c'est-à-dire, même dans le cas de la passation d'un marché purement national, où l'alinéa *b* ne s'appliquerait pas conformément à l'article 11). Comme il semble préférable que ce principe soit énoncé avant que ne soit énoncée la règle figurant à l'alinéa *b*, l'alinéa *c* a été déplacé et constitue maintenant l'alinéa *a bis*. La référence à une institution ou entité confirmatrice a été ajoutée conformément au paragraphe 218 du document A/CN.9/343.

[2]Voir A/CN.9/343, par. 215 à 217.

[3]Voir A/CN.9/343, par. 220. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si le chapeau, tel qu'il est actuellement libellé, ne laisse pas à l'entité adjudicatrice trop de liberté pour fixer les conditions de la garantie de soumission.

[4]Voir A/CN.9/343, par. 221.

[5]Le sous-alinéa *d* ii, relatif à la perte de la garantie de soumission en cas de refus d'accepter la correction d'une erreur arithmétique, a été supprimé conformément au paragraphe 221 du document A/CN.9/343.

[6]Voir A/CN.9/343, par. 223.

* * *

Section VII. Ouverture, examen, évaluation et comparaison des offres

Article 27. *Ouverture des offres*

1. Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier *de sollicitation* comme étant la date limite de soumission des offres, ou à *la date limite spécifiée en cas de report de la date limite initiale*, à l'endroit et de la manière prévus dans ledit dossier.

2. Tous les entrepreneurs et fournisseurs qui ont soumis des offres sont autorisés *par l'entité adjudicatrice* à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres.[1]

3. Les nom et adresse de chaque entrepreneur ou fournisseur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont annoncés aux personnes présentes à l'ouverture des offres, communiqués *sur demande*[2] aux entrepreneurs et fournisseurs qui ont soumis une offre, mais ne sont pas présents ni représentés à l'ouverture des offres, et consignés immédiatement dans le compte rendu de la procédure d'appel d'offres prévu à *l'article 33-1*.[2]

[1]Voir A/CN.9/343, par. 227. Le Groupe a convenu, au paragraphe 225 du document A/CN.9/343, que la règle selon laquelle les entrepreneurs et fournisseurs ont le droit d'être présents lors de l'ouverture des offres ne s'appliquerait pas dans les cas intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale dans lesquels la Loi type serait exceptionnellement appliquée. En application de l'article 1-2, l'entité adjudicatrice peut exclure l'article 27-2 lorsqu'elle applique la Loi type à des marchés intéressant la sécurité nationale et la défense nationale.

[2]Voir A/CN.9/343, par. 228.

* * *

Article 28. *Examen, évaluation et comparaison des offres**

1 *a)* Afin de faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, l'entité adjudicatrice peut prier les entrepreneurs et fournisseurs de donner des éclaircissements sur leurs offres. Toute demande d'éclaircissements et toute réponse à ladite demande se font par écrit ou sous toute autre forme permettant de conserver un enregistrement des informations données. [*Néanmoins, demandes ou réponses peuvent être faites par téléphone sous réserve qu'immédiatement après confirmation en soit communiquée au destinataire par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en conserver un enregistrement.*][1] Aucune modification du prix soumissionné ou de tout autre aspect important de l'offre n'est demandée, proposée ou autorisée, sauf en application des dispositions de l'alinéa *b*.

[*b)* L'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques *qui apparaissent* dans une offre.][2]

2. L'entité adjudicatrice rejette une offre :

a) Si l'entrepreneur ou fournisseur l'ayant soumise n'a pas les qualifications requises, sous réserve des dispositions de l'article *8-3*;[3]

b) Si l'entrepreneur ou fournisseur l'ayant soumise n'accepte pas la correction d'une erreur arithmétique en application du paragraphe 1 *b*;

c) Si l'offre n'est pas conforme;[4]

[*d) Si elle reçoit cette offre après la date limite de soumission des offres*].[5]

3. [Sous réserve d'approbation,] l'entité adjudicatrice peut rejeter une offre si l'entrepreneur ou le fournisseur l'ayant soumise *propose, donne ou convient de donner à tout fonctionnaire ou employé ou ancien fonctionnaire ou employé de l'entité adjudicatrice une gratification pécuniaire ou autre, un emploi ou toute autre chose ou service de valeur pour influer sur un acte, une décision ou une procédure de l'autorité adjudicatrice dans le cadre de la procédure d'appel d'offres. Le rejet de l'offre et les motifs de celui-ci sont consignés dans le compte rendu de la procédure d'appel d'offres*.[6]

4. L'entité adjudicatrice peut considérer une offre comme conforme *même* si celle-ci ne comporte que des écarts mineurs ne modifiant pas substantiellement les caractéristiques, conditions et autres exigences *énoncées dans le dossier de sollicitation*. Ces écarts autorisés sont quantifiés et pris en compte comme il convient lors de l'évaluation et de la comparaison des offres.[7]

5. [Supprimé][8]

6. [Supprimé][9]

7 *a)* L'entité adjudicatrice évalue et compare les offres qui n'ont pas été rejetées en application des paragraphes 2 ou 3 afin de déterminer l'offre la plus *économique, telle que celle-ci est définie à l'alinéa* c,[10] conformément aux procédures et critères énoncés dans le *dossier de sollicitation. Aucun critère qui n'a pas été énoncé dans le dossier de sollicitation ne peut être utilisé.*[11]

b) [Supprimé][12]

c) L'offre la plus *économique* est soit :

i) L'offre présentant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa *e* du présent paragraphe, ou

ii) L'offre *évaluée la plus basse,*[13] ce qui sera déterminé sur la base de critères objectifs et quantifiables dans la mesure du possible, y compris, outre le prix soumissionné, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa *e* du présent paragraphe, des critères tels que les suivants : coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux durant leur vie utile prévue; caractéristiques fonctionnelles des biens, travaux [*ou services*]; efficacité et productivité des biens, travaux [*ou services*]; délai dans lequel les biens doivent être livrés, les travaux achevés [*ou les services fournis*]; conditions de paiement; et conditions de garantie de qualité des biens, travaux [*ou services*].[14]

[*d)* Outre les critères visés à l'alinéa *c* ii du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice peut appliquer des critères *concernant l'effet de l'offre sur la balance des paiements ou les réserves de devises du (présent Etat); la mesure dans laquelle les entreprises, la main-d'œuvre, les industries, les régions ou les secteurs économiques du (présent Etat) tireront économiquement profit de l'offre; ou la mesure dans laquelle les entreprises ou la main-d'œuvre dans le (présent Etat) acquerraient des compétences ou des informations technologiques, opérationnelles ou relatives à la production ou la gestion, ou des informations ou compétences similaires.* Dans la mesure du possible, de tels critères seront énoncés dans le *dossier de sollicitation* en termes objectifs et quantifiables.][15]

e) Lors de l'évaluation et de la comparaison des offres, l'entité adjudicatrice peut accorder une marge de préférence aux offres de travaux soumises par des entrepreneurs et fournisseurs nationaux ou aux offres de biens produits localement. La marge de préférence est appliquée en déduisant du prix soumissionné de toutes les offres autres que celles bénéficiant de la marge de préférence *les droits et taxes d'importation et les taxes sur la vente et taxes similaires perçues à l'occasion de la fourniture des biens [ou des services] ou des travaux, et en ajoutant au prix soumissionné ainsi obtenu* le montant *de la marge de préférence* prévue dans la réglementation relative aux marchés ou *celui des droits d'importations effectifs,* si celui-ci est inférieur.[16]

8. Lorsque les prix soumissionnés sont exprimés dans deux monnaies ou plus, ils sont [*pour toutes les offres*] convertis dans [*la même*] monnaie aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres.[17]

8 *bis) L'entité adjudicatrice exige, lorsqu'elle a ouvert une procédure de présélection en application de l'article 16, et peut exiger lorsqu'elle n'a pas ouvert une telle procédure de l'entrepreneur ou du fournisseur ayant soumis l'offre jugée la plus économique au sens de l'article 28-7* c *qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article 8. Les critères et procédures à utiliser pour cette confirmation sont énoncés dans le dossier de sollicitation. Si une procédure de présélection a été ouverte, les critères sont ceux utilisés aux fins de cette procédure.*[18]

9. Les informations relatives à l'examen, la clarification, l'évaluation et la comparaison des offres ne sont pas divulguées aux entrepreneurs ou fournisseurs, ni à toute autre personne ne participant pas officiellement à l'examen, à l'évaluation et à la comparaison des offres ou *n'intervenant pas*[19] dans le choix de l'offre à retenir, sous réserve des dispositions de l'article 33-2.

10. [Supprimé][20]

---

*Le deuxième projet de texte de l'article 28, qui n'a pas été examiné par le Groupe de travail à sa douzième session, est présenté ici, avec les notes qui l'accompagnent, tel qu'il apparaissait dans le document A/CN.9/WG.V/WP.28. La référence à l'approbation figurant au paragraphe 3 devrait être modifiée conformément aux paragraphes 66 et 67 du document A/CN.9/343, et les références aux services figurant au paragraphe 7 *c* devraient être supprimées conformément au paragraphe 20 du document A/CN.9/343 (voir la note 1 relative à l'article 2).

[1]Voir A/CN.9/331, par. 117.

[2]Voir A/CN.9/331, par. 145. Cet alinéa a été placé entre crochets compte tenu du débat relaté au paragraphe 146 du document A/CN.9/331. Il sera maintenu sous sa forme actuelle à moins que le Groupe de travail n'en décide autrement. La deuxième phrase du texte initial ("Toute correction de cet ordre a force obligatoire pour l'entrepreneur ou le fournisseur ayant soumis l'offre, s'il l'accepte") a été supprimée par le Secrétariat étant donné que ce point semble couvert par l'alinéa *b* du paragraphe 2.

[3]Comme suite à la proposition figurant au paragraphe 45 du document A/CN.9/331, on a supprimé toute référence aux conditions d'aptitude. La référence à l'article 8-3 corrige une erreur typographique. Les crochets entre lesquels cette référence était placée dans le texte initial ont été supprimés du fait qu'on a décidé de conserver l'article 8-3 (voir la note 14 relative à l'article 8.

[4]La référence au paragraphe 6 qui figurait dans le texte initial a été supprimée, ledit paragraphe 6 l'ayant été. La référence à l'article 29-1 *a* qui figurait dans le premier projet résultait d'une erreur typographique, c'est l'article 30-1 *a* qui aurait dû être visé. Mais comme cette disposition a été supprimée, on a supprimé la référence.

[5]Cet alinéa a été ajouté pour donner effet à la proposition figurant au paragraphe 150 du document A/CN.9/331. Le Groupe de travail pourra vouloir examiner s'il est préférable que l'entité adjudicatrice doive retourner les soumissions tardives sans les avoir ouvertes, comme le prévoit actuellement l'article 24-3, plutôt que les conserver et les rejeter en application de l'article 28-2. Si tel est le cas, l'alinéa *d* devrait être supprimé.

[6]Voir A/CN.9/331, par. 152. Pour ce qui est de l'exigence d'une approbation, voir la note 1 relative à l'article 6.

[7]Comme suite à la décision consignée au paragraphe 156 du document A/CN.9/331, la première phrase de cette disposition, qui constituait l'alinéa *a* du texte antérieur, a été transférée à l'article 2 *j*; la suite de l'alinéa a été légèrement remaniée et l'alinéa *b* a été supprimé.

[8]Voir A/CN.9/331, par. 159.

[9]Voir A/CN.9/331, par. 164.

[10]Conformément aux paragraphes 92 et 166 du document A/CN.9/331, l'expression "l'offre la plus économique" remplace l'expression "l'offre la plus avantageuse", et on a ajouté une référence à l'alinéa *c*.

[11]Voir A/CN.9/331, par. 169.

[12]Voir A/CN.9/331, par. 167.

[13]L'expression "l'offre évaluée la plus basse" remplace l'expression "l'offre la plus avantageuse économiquement", une conséquence de la

substitution de l'expression "l'offre la plus économique" à l'expression "l'offre la plus avantageuse".

[14]La clause qui figurait à la fin de cet alinéa a été supprimée conformément au paragraphe 168 du document A/CN.9/331. Pour ce qui est de la référence aux services dans cet alinéa et dans d'autres dispositions de l'article, voir la note 8 relative à l'article 2.

[15]Voir A/CN.9/331, par. 172.

[16]Voir A/CN.9/331, par. 173. L'approche adoptée est conforme à celle suivie par plusieurs institutions financières internationales. Le Groupe de travail pourra vouloir examiner si c'est plutôt dans la réglementation relative aux marchés que les questions envisagées dans cette disposition devraient être traitées.

[17]Voir A/CN.9/331, par. 174.

[18]Voir A/CN.9/331, par. 70, 73 et 78. Pour ce qui est de l'opinion exprimée au paragraphe 78 du document A/CN.9/331 selon laquelle le paragraphe devrait indiquer ce qui se passerait si les qualifications de l'entrepreneur ou du fournisseur n'étaient pas confirmées, il semble clair que dans un tel cas l'offre devrait être rejetée en application de l'article 28-2 *a* et que les dispositions de l'article 7-2 *b* s'appliqueraient. Le Groupe de travail pourra vouloir indiquer s'il est nécessaire de le préciser dans la disposition.

[19]Ajouté par le Secrétariat par souci de clarté.

[20]Voir A/CN.9/331, par. 176.

* * *

Article 29. *Rejet de toutes les offres**

1. [Sous réserve d'approbation,] [*et si le dossier de sollicitation le prévoit,*] l'entité adjudicatrice peut, à tout moment avant l'*acceptation d'une offre*, rejeter toutes les offres pour n'importe quel motif, à condition que ce ne soit pas à la *seule* fin d'*engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence ou* à des fins frauduleuses.[1]

1 bis. *Si l'entité adjudicatrice rejette toutes les offres au motif que tous les prix soumissionnés dépassent substantiellement un prix estimatif qu'elle a fixé avant le commencement de la procédure d'appel d'offres, elle peut soit engager une nouvelle procédure d'appel d'offres en modifiant les spécifications relatives aux caractéristiques techniques ou qualitatives des biens, travaux [ou services] requis, ou [, sous réserve d'approbation] engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence avec l'entrepreneur ou le fournisseur qualifié qui a soumis l'offre la plus économique au sens de l'article 28-7* c.[2]

2. L'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis des offres du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1. *L'entité adjudicatrice communique à tout entrepreneur ou fournisseur ayant soumis une offre qui en fait la demande les motifs pour lesquelles elle a rejeté toutes les offres, mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs.*[3]

3. L'avis de rejet de toutes les offres conformément au présent article est donné promptement, par écrit ou par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de l'information, à tous les entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis une offre. [*Toutefois, cet avis peut être donné par téléphone sous réserve qu'immédiatement après il soit confirmé par écrit ou par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de cette confirmation.*][4]

*Le deuxième projet de texte de l'article 29, qui n'a pas été examiné par le Groupe de travail à sa douzième session, est présenté ici, avec les notes qui l'accompagnent, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.V/WP.28. Les références à l'approbation figurant aux paragraphes 1 et 1 *bis* devraient être modifiées conformément aux paragraphes 66 et 67 du document A/CN.9/343, et la référence aux services figurant au paragraphe 1 *bis* devraient être supprimées conformément au paragraphe 20 du document A/CN.9/343 (voir la note 1 relative à l'article 2).

[1]Voir A/CN.9/331, par. 177, 180 et 182. Pour ce qui est de la nécessité d'obtenir une approbation prévue dans ce paragraphe et dans d'autres paragraphes de l'article, voir la note 1 relative à l'article 6. Le mot "seule" vise à indiquer qu'en application du paragraphe 1 *bis* (ajouté conformément au paragraphe 182 du document A/CN.9/331), l'entité adjudicatrice peut rejeter toutes les offres au motif que toutes dépassent un prix estimatif, et que dans un tel cas elle peut engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence. Le Groupe de travail pourra vouloir examiner s'il est utile ou souhaitable d'exiger que le droit de rejeter toutes les offres soit réservé dans le dossier *de sollicitation*. Le Secrétariat a apporté des modifications rédactionnelles mineures à ce paragraphe pour le rendre plus clair.

[2]Voir A/CN.9/331, par. 182. Le Groupe de travail notera que le cas où toutes les offres sont rejetées parce que leur prix dépasse un prix estimatif est le seul cas dans lequel les dispositions spéciales de ce paragraphe s'appliquent. Dans tous les autres cas de rejet de toutes les offres, l'entité adjudicatrice doit appliquer les dispositions de l'article 7; elle peut engager une nouvelle procédure d'appel d'offres (sans être tenue de modifier les spécifications) ou, dans les cas visés à l'article 7-2, engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence. Le Groupe de travail pourra vouloir examiner si la situation envisagée dans ce paragraphe devrait être elle aussi régie par les dispositions de l'article 7. De plus, pour ce qui est de la question des prix estimatifs, le Groupe de travail pourra vouloir se souvenir qu'il avait désapprouvé la pratique consistant à fixer un prix maximum ou minimum ou une fourchette de prix (A/CN.9/331, par. 89 et 182), et se demander s'il est souhaitable que la Loi type se réfère à des prix estimatifs.

[3]Voir A/CN.9/331, par. 181.

[4]Voir A/CN.9/331, par. 117.

* * *

Article 30. *Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs**

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un entrepreneur ou fournisseur à propos d'une offre soumise par ledit entrepreneur ou fournisseur, *sous réserve des dispositions de l'article 29-1* bis *et de l'article 31-4*.[1]

*Le deuxième projet de texte de l'article 30, qui n'a pas été examiné par le Groupe de travail à sa douzième session, est présenté ici, avec la note qui l'accompagne, tel qu'il apparaissait dans le document A/CN.9/WG.V/WP.28.

[1]Les alinéas 1 *a* et *b* du paragraphe 1 et le paragraphe 2 ont été supprimés conformément aux paragraphes 182 et 183 du document A/CN.9/331. L'opinion qui a prévalu au sein du Groupe de travail et qui est reflétée au paragraphe 184 de ce document était qu'il fallait conserver le chapeau du paragraphe 1 mais le placer ailleurs dans la Loi type. On l'a laissé à l'article 30 dans le texte du présent projet car on n'a pas trouvé d'endroit où il serait mieux à sa place. Les mots soulignés ont été ajoutés compte tenu de l'addition d'un paragraphe 1 *bis* à l'article 29 et de la référence aux négociations à l'article 31-4.

* * *

Section VIII. *Procédure d'appel d'offres en deux étapes*[1]

[1]Voir A/CN.9/331, par. 186. [Voir également la note relative à l'intitulé de l'article 31.]

* * *

Article 31. *Procédure d'appel d'offres en deux étapes**

1. [Sous réserve d'approbation,][1] l'entité adjudicatrice peut recourir aux méthodes prévues dans le présent article si :

a) Au lieu de formuler des spécifications détaillées en ce qui concerne les biens, les travaux [ou les services], elle sollicite des propositions d'entrepreneurs et de fournisseurs pour obtenir les techniques les plus avancées ou les plus appropriées ou pour obtenir la solution la mieux à même de satisfaire ses besoins;[2] ou si

b) En raison de la nature des biens, travaux [*ou services*], elle est dans l'impossibilité de formuler des *spécifications* techniques détaillées.[2]

2. Les dispositions du chapitre II de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres dans lesquelles les méthodes décrites dans le présent article sont employées, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

3. Dans le *dossier de sollicitation, qui est établi conformément aux articles 18 et 20 de la présente Loi*, les entrepreneurs et fournisseurs sont priés de soumettre des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. *Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres des biens, travaux [ou services] que les conditions contractuelles de leur fourniture.*[3]

4. L'entité adjudicatrice peut engager des *négociations*[4] avec tout entrepreneur ou fournisseur dont l'offre n'a pas été rejetée en application du paragraphe 2 ou 3 de l'article 28 ou de *l'article* 29 à propos de tout aspect de son offre.

5. L'entité adjudicatrice invite les entrepreneurs et fournisseurs dont l'offre n'a pas été rejetée à soumettre des offres finales accompagnées d'un prix. *L'entité adjudicatrice peut supprimer ou modifier tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives des biens, travaux [ou services] requis énoncées dans le dossier de sollicitation, [et tout critère énoncé dans ledit dossier en vue de l'évaluation et de la comparaison des offres et de l'identification de l'offre la plus économique,] et elle peut ajouter de nouvelles caractéristiques [ou de nouveaux critères] conformes à la présente Loi. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des entrepreneurs et fournisseurs dans l'invitation de soumettre leur offre finale qui leur est adressée.*[5] L'entrepreneur ou le fournisseur ne souhaitant pas soumettre une offre finale peut se retirer de la procédure d'appel d'offres [sans perdre sa garantie de soumission].[6] Les offres finales sont évaluées et comparées en vue de déterminer laquelle est la plus *économique au sens de l'article 28-7* c.[7]

6. L'entité adjudicatrice inclut dans le *compte rendu*[8] prévu à l'article 33 un état des circonstances justifiant l'invocation du paragraphe 1 du présent article, et spécifiant les faits pertinents.

*Le deuxième projet de texte de l'article 31, qui n'a pas été examiné par le Groupe de travail à sa douzième session, est présenté ici, avec les notes qui l'accompagnent, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.V/WP.28. A sa douzième session, le Groupe de travail a décidé, dans le cadre de son examen de l'article 7, que les conditions de recours à la procédure d'appel d'offres en deux étapes et les méthodes à suivre dans ce domaine seraient essentiellement celles qui étaient actuellement prévues à l'article 31, une fois apportées certaines modifications appropriées en vue de tenir compte du fait que la méthode devrait être employée indépendamment de toute autre (voir doc. A/CN.9/343, par. 80). Conformément à cette décision, le texte de l'article 31 apparaîtrait à la Section I du chapitre III en tant qu'article 33 *bis*, la présente section étant supprimée. La référence à l'approbation figurant dans le chapeau du paragraphe 1 devrait être modifiée conformément aux paragraphes 66 et 67 du document A/CN.9/343, et les références aux services figurant aux paragraphes 1 *a* et 5 devraient être supprimées conformément au paragraphe 20 du document A/CN.9/343 (voir la note 1 relative à l'article 2).

[1]Voir la note 1 relative à l'article 6.

[2]Voir A/CN.9/331, par. 185 et 188. En ce qui concerne les références aux services dans ce paragraphe et dans les autres paragraphes de l'article, voir la note 8 relative à l'article 2.

[3]La référence aux articles 18 et 20 a été ajoutée conformément au paragraphe 189 du document A/CN.9/331. La deuxième phrase du paragraphe a été ajoutée conformément au paragraphe 188 du même document. Pour ce qui est de la référence au dossier *de sollicitation*, voir la note 1 relative au titre de la Section IV.

[4]Voir A/CN.9/331, par. 191. Le mot "article" a été ajouté dans le texte anglais pour le rendre plus clair.

[5]Voir A/CN.9/331, par. 190 et 192.

[6]La référence à la garantie de soumission a été placée entre crochets conformément à la proposition figurant au paragraphe 192 du document A/CN.9/331.

[7]Conformément aux paragraphes 92 et 166 du document A/CN.9/331, l'expression "l'offre la plus économique" remplace "l'offre la plus avantageuse", et la référence à l'article 28-7 *c* a été ajoutée conformément au paragraphe 189 du document A/CN.9/331.

[8]Conformément au paragraphe 207 du document A/CN.9/331, les mots "compte rendu" remplacent les mots "procès-verbal" qui apparaissaient dans le texte initial.

* * *

Section IX. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché; *compte rendu* de la procédure d'appel d'offres[1]

Article 32. *Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché**

1. L'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre la plus *économique au sens de l'article 28-7* c *est acceptée.*[2] *Toutefois, si l'entrepreneur ou le fournisseur ayant soumis cette offre est requis de confirmer ses qualifications en application de l'article 28-8* bis, *son offre n'est acceptée que si ses qualifications sont confirmées.*[3] L'entrepreneur ou le fournisseur *ayant soumis* l'offre retenue est avisé promptement que son offre a été acceptée.

[2. *Sous réserve des dispositions du paragraphe 3* b[4], un marché conforme aux conditions de l'offre acceptée entre en vigueur lorsque l'avis mentionné au paragraphe 1 a été expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur ayant soumis l'offre, à condition qu'il lui soit expédié pendant que l'offre est toujours valide.][5]

[3 *a)* Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, l'avis prévu au paragraphe 1 peut stipuler que l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre a été acceptée doit signer un marché écrit conforme à cette offre. [*Lorsque l'avis, ou la loi applicable en matière de formation des contrats, exige la signature d'un contrat écrit,*][4] *l'entité adjudicatrice et*[6]

l'entrepreneur ou le fournisseur signent le marché dans un délai raisonnable après que l'avis a été expédié *à l'entrepreneur ou au fournisseur.*

b) Lorsqu'un marché écrit doit être signé en application du paragraphe 3 a,[4] le marché entre en vigueur lorsque le marché écrit est signé par l'entrepreneur ou le fournisseur et par l'entité adjudicatrice. Entre le moment où l'avis prévu au paragraphe 1 est expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur *et* l'entrée en vigueur du marché :

i) *L'entité adjudicatrice et* l'entrepreneur ou le fournisseur ne prennent *aucune* mesure *qui irait à l'encontre de l'objet ou du but du marché ou qui entraverait*[6] l'entrée en vigueur du marché ou son exécution;

ii) *L'entité adjudicatrice et l'entrepreneur ou le fournisseur s'informent mutuellement de toute circonstance dont ils ont connaissance qui pourrait entraver l'entrée en vigueur du marché ou son exécution;*[6]

iii) *L'entité adjudicatrice et l'entrepreneur ou le fournisseur coopèrent entre eux en tant que de besoin pour que le marché entre en vigueur.*][5]

[4. Si l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre est acceptée ne signe pas de marché écrit, lorsqu'il est tenu de le faire, ou ne fournit pas la garantie requise pour l'exécution du marché, l'offre dont il est déterminé qu'elle est la plus *économique au sens de l'article 28-7* c[7] après la première, et qui est toujours valide, peut être acceptée.[8] L'avis prévu au paragraphe 1 est donné à l'entrepreneur ou au fournisseur ayant soumis cette offre.][9]

5. Dès l'entrée en vigueur du marché et la présentation le cas échéant par l'entrepreneur ou le fournisseur d'une garantie de bonne exécution du marché, un avis d'attribution du marché est donné aux autres entrepreneurs et fournisseurs, spécifiant le nom et l'adresse de l'entrepreneur ou du fournisseur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier.

6 *a)* Les avis prévus dans le présent article peuvent être donnés par écrit ou par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de l'information. [*Toutefois, ces avis peuvent être donnés par téléphone sous réserve qu'immédiatement après confirmation en soit communiquée par écrit ou par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de la confirmation.*][10]

b) L'avis prévu au paragraphe 1 est "expédié" lorsqu'il est dûment adressé ou de toute autre manière envoyé et transmis à l'entrepreneur ou au fournisseur, ou adressé à une autorité compétente pour acheminement à l'entrepreneur ou au fournisseur, par un mode de communication autorisé à l'alinéa *a* du paragraphe 6.[11]

*Le deuxième projet de texte de l'article 32, qui n'a pas été examiné par le Groupe de travail à sa douzième session, est présenté ici, avec les notes qui l'accompagnent, tel qu'il apparaissait dans le document A/CN.9/WG.V/WP.28.

[1]Conformément au paragraphe 207 du document A/CN.9/331, "procès verbal de la procédure d'appel d'offres" a été remplacé par "compte rendu de la procédure d'appel d'offres".

[2]Conformément au paragraphe 194 du document A/CN.9/331, les mots "sous réserve d'approbation" ont été supprimés dans ce paragraphe et au paragraphe 4 (voir également la note 1 relative à l'article 6). Conformément aux paragraphes 92 et 166 du document A/CN.9/331, l'expression "l'offre la plus économique" a été substituée à l'expression "l'offre la plus avantageuse" et l'on a ajouté une référence à l'article 28-7 *c*.

[3]Voir A/CN.9/331, par. 70 et 78.

[4]Voir A/CN.9/331, par. 196.

[5]Les paragraphes 2 et 3 ont été placés entre crochets compte tenu des divergences d'opinions reflétées aux paragraphes 197 à 200 du document A/CN.9/331. Sauf si le Groupe de travail en décide autrement, ils demeureront dans leur forme actuelle. Conformément au paragraphe 195 du document A/CN.9/331, les références à la réception de l'avis d'acceptation de l'offre ont été supprimées. On notera que la méthode de l'"expédition" n'est pas celle qu'a retenu l'article 24 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Voir le débat qui a eu lieu sur ce point au Groupe de travail dans la note qui fait suite au paragraphe 1 du commentaire de l'article 32 du premier projet.

[6]Voir A/CN.9/331, par. 202, 203 et 206.

[7]Conformément aux paragraphes 92 et 166 du document A/CN.9/331, l'expression "l'offre la plus économique" a été substituée à l'expression "l'offre la plus avantageuse", et l'on a ajouté une référence à l'article 28-7 *c*.

[8]Conformément au paragraphe 194 du document A/CN.9/331, les mots "sous réserve d'approbation" ont été supprimés (voir aussi la note 1 relative à l'article 6). Dans le texte anglais, les mots "*and effect*" qui suivaient les mots "*in force*" ont été supprimés.

[9]Le paragraphe 4 a été placé entre crochets pour tenir compte des divergences d'opinions reflétées au paragraphe 205 du document A/CN.9/331. Ce paragraphe sera conservé dans son libellé actuel à moins que le Groupe de travail n'en décide autrement.

[10]Voir A/CN.9/331, par. 117.

[11]Conformément au paragraphe 195 du document A/CN.9/331, la variante 2 du paragraphe 6 *b* a été supprimée.

* * *

Article 33. *Compte rendu de la procédure d'appel d'offres**[1]

1. L'entité adjudicatrice établit *un compte rendu* de la procédure d'appel d'offres, couvrant notamment l'ouverture, l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres. Ce *compte rendu* comporte une brève description des biens ou des travaux requis, les noms et adresses des entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis des offres; des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance de qualifications, des entrepreneurs et fournisseurs;[2] le prix et un résumé des autres conditions principales de chaque offre et du marché; un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres; *les informations requises par l'article 28-3 si une offre a été rejetée en application de cette disposition;*[3] si toutes les offres ont été rejetées en application de l'article 29, une déclaration l'indiquant; et, le cas échéant, la déclaration prescrite par l'article 31-6.

2. Le *compte rendu* de la procédure d'appel d'offres est mis à la disposition de *quiconque* le demande[4] pour inspection, après [que le marché est entré en vigueur et que l'entrepreneur ou le fournisseur a fourni une garantie de bonne exécution du marché, le cas échéant] [*qu'une offre a été acceptée*][5] ou après que la procédure d'appel d'offres a pris fin sans aboutir à la passation d'un marché. Toutefois :

a) Aucune information n'est divulguée *dont la divulgation serait contraire à la loi, entraverait l'application de la loi, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence;*[6]

b) Aucune information relative à l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres[, et aux prix soumissionnés,] n'est divulguée.[7]

*Le deuxième projet de texte de l'article 33, qui n'a pas été examiné par le Groupe de travail à sa douzième session, est présenté ici, avec les notes qui l'accompagnent, tel qu'il apparaissait dans le document A/CN.9/WG.V/WP.28.

[1]Conformément au paragraphe 207 du document A/CN.9/331, l'expression "procès-verbal de la procédure d'appel d'offres" qui figurait dans le projet initial a été remplacée par "compte rendu de la procédure d'appel d'offres" dans le titre et dans le texte de l'article 33.

[2]Conformément au paragraphe 45 du document A/CN.9/331, les mots "à l'aptitude et" et "ou à la non-aptitude" ont été supprimés.

[3]Voir A/CN.9/331, par. 152.

[4]Conformément au paragraphe 209 du document A/CN.9/331, le mot "public" a été remplacé par "quiconque".

[5]Pour donner suite à la proposition figurant au paragraphe 212 du document A/CN.9/331, deux variantes, placées entre crochets, sont soumises à l'examen du Groupe de travail. Selon la première, reprise du texte antérieur, le compte rendu de la procédure d'appel d'offres est divulgué après que le marché est entré en vigueur et que l'entrepreneur ou le fournisseur a fourni une garantie de bonne exécution. Selon la deuxième variante, la divulgation doit avoir lieu lorsqu'une offre a été acceptée. Il semblerait que ce soit au plus tôt lorsqu'une offre a été acceptée que la divulgation du compte rendu puisse être requise, puisque avant ce moment la procédure d'appel d'offres est encore en cours et le compte rendu n'est pas nécessairement établi ou terminé. On notera aussi qu'en vertu de l'article 32, l'acceptation de l'offre et l'entrée en vigueur du marché se produiront simultanément sauf si la signature d'un marché écrit est requise. A moins que le Groupe de travail n'en décide autrement, la première variante sera retenue.

[6]Voir A/CN.9/331, par. 210.

[7]Voir A/CN.9/331, par. 211. Le Groupe de travail pourra vouloir examiner s'il est important de divulguer ces informations, et en particulier les prix soumissionnés (mentionnés entre crochets), afin que les participants à la procédure d'appel d'offres et le public en général soient assurés que les lois et règlements régissant la passation des marchés ont été respectés, ainsi que pour permettre à un entrepreneur ou fournisseur lésé d'exercer un recours contre les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice ou contester les procédures qu'elle a suivies. L'article 33, le paragraphe 4 de l'article 34 et l'article 35 traitent de questions analogues. Une fois le texte de ces dispositions arrêté, elles pourraient être réunies dans un article unique.

* * *

CHAPITRE III. PASSATION DE MARCHÉS PAR D'AUTRES MOYENS QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES

[*Section I. Procédure d'appel d'offres en deux étapes*[1]

Article 33 bis. [Réservé]

[1]Voir la note relative à l'intitulé de l'article 31.

* * *

Section II. Procédure de sollicitation de propositions[1]

Article 33 ter. *Sollicitation de propositions*

1. *(Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation des marchés par la sollicitation de propositions quand elle n'a pas identifié la nature ou les spécifications particulières des biens ou des travaux requis et demande qu'on lui soumette des propositions quant aux divers moyens possibles de répondre à ses besoins.*[2]

2. *Les dispositions du chapitre II de la présente Loi, à l'exception des articles 25, 27 et 30, s'appliquent à la procédure de sollicitation de propositions dans la mesure où il n'est pas fait dérogation à ces dispositions aux termes de la section II du chapitre III.*[3]

3. *L'entité adjudicatrice sollicite des propositions de tous les entrepreneurs et fournisseurs intéressés en faisant publier une sollicitation de propositions ou, si une procédure de présélection doit être engagée, une invitation à présenter une demande de présélection, ou, conformément à l'article 12, en n'adressant une sollicitation de propositions qu'à certains entrepreneurs et fournisseurs sélectionnés par elle.*[4]

4 a) *La sollicitation de propositions doit contenir au minimum les renseignements suivants :*

i) Description des besoins pour lesquels l'entité adjudicatrice sollicite des propositions, y compris toutes les caractéristiques techniques et autres critères auxquels les propositions doivent répondre, ainsi que l'emplacement des travaux à effectuer;

ii) Renseignements auxquels il est fait référence à l'article 14-1, à l'exception du sous-alinéa b.[5]

b) *A moins que la sollicitation de propositions spécifie que l'entité adjudicatrice doit fournir un dossier de sollicitation séparé conformément à l'article 33* quater, *la sollicitation de propositions doit contenir, en plus des informations auxquelles il est fait référence à l'article 14-1* a *et 1* d bis *les informations auxquelles il est fait référence à l'article 33* quater.[6]

c) *Si une procédure de présélection doit être ouverte, l'invitation à présenter une demande de préselection doit contenir les informations auxquelles il est fait référence au paragraphe 4* a *i et les informations auxquelles il est fait référence à l'article 14-2, à l'exception des informations auxquelles il est fait référence à l'article 14-1* b.[7]

[1]La Section II a été ajoutée conformément à la décision corrigée aux paragraphes 75, 81 et 82 du document A/CN.9/343, qui visait à inclure la sollicitation de propositions dans la Loi type sur la passation des marchés. La Section II contient des dispositions énonçant les conditions et les procédures d'utilisation convenues par le Groupe de travail, ainsi que des dispositions relatives à des questions qui, de l'avis du Secrétariat, devaient être couvertes par la Loi type.

[2]Voir document A/CN.9/343, par. 81.

[3]Le paragraphe 2 déroge à l'article 25 dans la mesure où la flexibilité requise pour la procédure de sollicitation de propositions ne permet pas de restreindre le droit de l'entrepreneur ou du fournisseur de modifier ou de retirer sa proposition. Au regard de la disposition relative à l'ouverture des offres contenue à l'article 33 *quinquies* 1 et de la disposition relative à la négociation figurant au paragraphe 2 du même article, le paragraphe 2 du présent article déroge également aux articles 27 et 30.

[4]La référence à l'article 12 reprend l'exigence en matière de publication prévue dans cet article, ainsi que la possibilité de limiter la participation à la procédure d'appel d'offres aux entrepreneurs et aux fournisseurs sélectionnés par l'entité adjudicatrice. Conformément à la suggestion figurant dans la note 2 relative à l'article 12, le Groupe de travail pourra vouloir

envisager d'employer une expression autre que "sollicitation de propositions" pour décrire le moyen par lequel l'entité adjudicatrice sollicite les propositions.

[5]Le sous-alinéa 4 *a* ii reprend la plupart des prescriptions relatives aux renseignements devant figurer dans l'invitation à soumettre une offre, prévues à l'article 14-1. Le sous-alinéa 4 *a i* remplace les prescriptions énoncées à l'article 14-1 *b*, puisque dans la procédure de sollicitation de propositions l'entité adjudicatrice n'est pas en mesure de décrire les biens ou les travaux à fournir avec le même degré de précision que dans la procédure d'appel d'offres.

[6]Dans les cas où l'entité adjudicatrice peut fournir aux entrepreneurs et aux fournisseurs, dans le cadre de la formule de sollicitation de propositions, les renseignements dont ils ont besoin pour préparer leurs propositions, il n'est pas délivré de dossier *de sollicitation*. Conformément au paragraphe 4 *b*, les sollicitations de propositions doivent contenir, en ce cas, les renseignements qui auraient figuré dans le dossier *de sollicitation*. La référence à l'article 14-1 *a* concerne le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice et la référence à l'article 14-1 *d bis* la déclaration de l'entité adjudicatrice quant à la participation des entrepreneurs quelle que soit leur nationalité. Une déclaration à cet effet serait pertinente dans le cas où l'entité adjudicatrice sollicite des propositions par voie de publicité plutôt que par invitation sélective.

[7]Le paragraphe 4 *c*, qui prescrit quels éléments doit comporter l'invitation à présenter une demande de présélection dans la procédure de sollicitation de propositions, reprend les dispositions de l'article 14-2. La référence à l'article 14-1 *b* qui figurait à l'article 14-2 est exclue, puisque les prescriptions concernant les renseignements à fournir sur les biens ou travaux requis sont reprises par la référence au sous-alinéa 4 *a* i (voir note 5).

* * *

Article 33 *quater*. *Dossier de sollicitation*

1. *L'entité adjudicatrice fournit un dossier de sollicitation aux entrepreneurs et fournisseurs, conformément aux procédures et conditions spécifiées dans la sollicitation de propositions. S'il y a eu présélection, elle fournit un dossier de sollicitation à chaque entrepreneur ou fournisseur qui a été présélectionné et qui paie le prix, le cas échéant, de ce dossier.*[1]

2. *Le dossier de sollicitation comporte les renseignements suivants :*[2]

a) *Description des besoins pour lesquels l'entité adjudicatrice sollicite des propositions, y compris toute spécification technique et tous autres paramètres auxquels doivent répondre les propositions, ainsi que l'emplacement où doivent s'effectuer les travaux; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'exécution des travaux;*[3]

b) *Critères, conformément aux dispositions de l'article 33* quinquies, *à utiliser pour évaluer les propositions et pondération à accorder aux différents critères, et*[4]

c) *Renseignements mentionnés à l'article 17-2 à l'exception des alinéas* e, g *et* p.[5]

[1]A l'exception de la référence aux cas où il n'est pas délivré de dossier *de sollicitation*, la disposition ci-dessus est analogue à l'article 17-1.

[2]A la différence du *chapeau* de l'article 17-2, il n'est pas fait référence aux renseignements relatifs à la procédure d'ouverture des offres (voir note 2 relative à l'article 33 *quinquies*).

[3]L'alinéa *a* correspond à l'article 17-2 *e*, mais est adapté à la procédure de sollicitation de propositions.

[4]Voir A/CN.9/343, par. 82.

[5]L'article 17-2 *e* n'est pas repris puisque l'alinéa *a* contient une disposition propre à la procédure de sollicitation de propositions concernant la description des biens ou des travaux requis. L'article 17-2 *g*, qui se réfère à la question de savoir si les entrepreneurs et les fournisseurs doivent être autorisés à soumettre des variantes en ce qui concerne les conditions énoncées dans le dossier *de sollicitation*, ne s'applique pas à la procédure de sollicitation de propositions, qui prévoit divers types de solutions possibles. L'article 17-2 *p* n'est pas repris puisque pour la procédure de sollicitation de propositions une ouverture en public n'est pas requise (voir la note 3 relative à l'article 33 *ter*) et parce qu'il est fait référence aux procédures et aux critères d'évaluation et de comparaison des offres à l'alinéa 4 *b*.

* * *

Article 33 *quinquies*. *Ouverture, examen, évaluation et comparaison des propositions*

1. *Les propositions sont ouvertes de manière à éviter que leur contenu soit divulgué aux entrepreneurs et fournisseurs en concurrence.*[1]

2. *L'entité adjudicatrice peut négocier avec les entrepreneurs et les fournisseurs au sujet de leurs propositions et demander ou autoriser une modification des propositions. Les négociations entre l'entité adjudicatrice et l'entrepreneur ou le fournisseur sont confidentielles et, sous réserve des dispositions de l'article 33* sexies, *une partie aux négociations ne révèle ni ne divulgue à aucun tiers des documents ou des éléments d'information relatifs auxdites négociations sans le consentement de l'autre partie.*[2]

3. *Pour choisir l'entrepreneur ou le fournisseur avec lequel conclure le marché, l'entité adjudicatrice évalue les propositions en se fondant uniquement sur les critères prévus dans la sollicitation de propositions conformément à l'article 33* ter-4, *ou dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 33* quater-2 b. *Ces critères peuvent mesurer à la fois la compétence de l'entrepreneur ou du fournisseur, et la conformité de sa proposition aux besoins de l'entité adjudicatrice. La conformité d'une proposition aux besoins de l'entité adjudicatrice est évaluée séparément du prix.*[3]

4. *Sauf disposition contraire du présent article, l'évaluation et la comparaison des propositions se font conformément à la procédure prévue à l'article 28.*

[1]Dans la procédure d'appel d'offres, l'ouverture des offres en public, en application de l'article 27, permet d'identifier les entrepreneurs et les fournisseurs ayant soumis des offres et de révéler le prix de ces offres. Aux termes de l'article 33-1, il n'est pas exigé que l'ouverture des propositions se fasse en public. En revanche, l'entité adjudicatrice est tenue de ne pas divulguer le contenu des propositions aux entrepreneurs et aux fournisseurs en concurrence. Cette révélation risquerait de compromettre les négociations avec les entrepreneurs et les fournisseurs se déroulant après l'ouverture des propositions. La révélation des prix des propositions n'est pas exigée dans la mesure où ces prix, à la différence des prix des offres, peuvent faire l'objet de négociations et de modifications. Alors que le paragraphe 1 n'oblige pas l'entité adjudicatrice à communiquer, au moment de l'ouverture des propositions les noms des entrepreneurs et des fournisseurs ayant soumis des propositions, l'article 33 *sexies* dispose que ces entrepreneurs et fournisseurs doivent être identifiés dans le compte rendu de la procédure qui fait l'objet d'une diffusion publique au moment de l'entrée en vigueur du marché.

[2]Alors que dans la procédure d'appel d'offres les négociations entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs aux fins d'apporter des modifications au prix ou à la teneur des offres sont interdites par les articles 28-1 *a* et 30, de telles négociations peuvent constituer un élément essentiel de la procédure de sollicitation de propositions. Afin que les négociations ne compromettent pas le principe de la concurrence ou ne conduisent pas à

des abus durant la procédure, il est interdit à l'entité adjudicatrice de communiquer à un entrepreneur ou à un fournisseur des informations qui sont tirées de propositions faites par d'autres entrepreneurs ou fournisseurs, ou qui s'y rapportent.

[3]Voir A/CN.9/343, par. 82.

* * *

Article 33 *sexies*. *Compte rendu de la procédure de sollicitation de propositions*[1]

1. *L'entité adjudicatrice établit un compte rendu de la procédure de sollicitation de propositions. Ce compte rendu comporte une brève description du marché pour lequel l'entité adjudicatrice a sollicité des propositions; les noms et adresses des entrepreneurs et fournisseurs dont l'entité adjudicatrice a reçu des propositions; des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, des entrepreneurs et fournisseurs; le prix et un résumé des autres conditions principales de chaque offre et du marché; un résumé de l'évaluation et de la comparaison des propositions; si la procédure n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration explicative; et l'exposé des faits et circonstances requis à l'article 7-5.*

2. *Le compte rendu est mis à la disposition de quiconque le demande, pour inspection, après que le marché est entré en vigueur, étant entendu qu'aucune information n'est divulguée dont la divulgation serait contraire à la loi, entraverait l'application de la loi, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence.*

[1]Cet article est fondé sur l'article 33.

* * *

Section III. Procédure de négociation avec appel à la concurrence

Article 34. *Procédure de négociation avec appel à la concurrence**

1. Dans la procédure de négociation avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant d'entrepreneurs et de fournisseurs pour qu'il y ait réellement concurrence.[1]

2. Les conditions, directives, documents ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un entrepreneur ou fournisseur sont communiqués également à tous les autres entrepreneurs ou fournisseurs ayant engagé des négociations avec l'entité adjudicatrice.[2]

3. Les négociations entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs ou fournisseurs sont confidentielles et, sous réserve des dispositions du paragraphe 4, une partie aux négociations ne révèle ni ne divulgue à aucun tiers des documents ou éléments d'information relatifs auxdites négociations sans le consentement de l'autre partie.

4 *a)* L'entité adjudicatrice établit un *compte rendu* de la procédure de négociation avec appel à la concurrence. Ce *compte rendu* contient les noms et adresses des entrepreneurs et fournisseurs avec lesquels l'entité adjudicatrice a ouvert des négociations; le prix et un résumé des autres conditions principales du marché; si la procédure n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration explicative; et l'exposé des faits et circonstances requis à l'article 7-5.[3]

b) Le *compte rendu* de la procédure de négociation avec appel à la concurrence est mis à la disposition de *quiconque* le demande, pour inspection, après que le marché est entré en vigueur, étant entendu qu'aucune *information n'est divulguée dont la divulgation serait contraire à la loi, entraverait l'application de la loi, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence.*[3]

*Le deuxième projet de texte de l'article 34, qui n'a pas été examiné par le Groupe de travail à sa douzième session, est présenté ici, avec les notes qui l'accompagnent, tel qu'il apparaissait dans le document A/CN.9/WG.V/WP.28. En outre, on trouvera ci-dessous, après la note 3, le texte des nouveaux paragraphes 1 et 1 *bis* qui, conformément au paragraphe 75 du document A/CN.9/343, énoncent les conditions d'utilisation de la méthode de négociation avec appel à la concurrence retenues par le Groupe de travail et la condition prévue antérieurement à l'article 7-4 (voir ci-après, note *c*). Ces paragraphes supplémentaires précéderaient le paragraphe 1 du présent texte.

[1]La dernière phrase de ce paragraphe a été supprimée conformément au paragraphe 216 du document A/CN.9/331.

[2]La dernière phrase de ce paragraphe a été supprimée conformément au paragraphe 217 du document A/CN.9/331.

[3]Voir A/CN.9/331, par. 218.

Texte des nouveaux paragraphes 1 et 1 bis

Nouveau paragraphe 1) *[Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),] l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation des marchés par la négociation avec appel à la concurrence dans les circonstances suivantes :*[a]

a) *Lorsque, du fait de la nature, de l'ampleur ou du volume des biens ou des travaux requis, il est nécessaire de négocier avec des entrepreneurs ou des fournisseurs, afin de permettre à l'entité adjudicatrice d'obtenir la solution ayant le meilleur rapport coût-efficacité;*

b) *Lorsqu'il est urgent d'obtenir les biens ou les travaux et que, de ce fait, il serait impossible ou imprudent de recourir à la procédure d'appel d'offres;*

c) *Lorsque l'entité adjudicatrice souhaite conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement conduisant à l'acquisition d'un prototype, sauf lorsque le contrat prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;*

d) *Lorsque, pour des raisons de défense nationale ou de sécurité nationale, les besoins de l'entité adjudicatrice doivent rester secrets; ou*

[*e*) Lorsqu'une procédure d'appel d'offres a été engagée, mais aucune offre n'a été soumise ou toutes les offres ont été rejetées par l'entité adjudicatrice, conformément au paragraphe 2 ou 3 de l'article 28 ou de l'article 29, et lorsqu'il serait improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres débouche sur la conclusion d'un marché;][b]

[*f*) Lorsque la valeur estimée du marché est inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés.][b]

(Nouveau paragraphe 1 *bis*) L'entité adjudicatrice ne divise pas ses marchés en contrats séparés afin de pouvoir invoquer *l'alinéa* f *du nouveau paragraphe 1.*[c]

[a]En ce qui concerne la nécessité d'obtenir une approbation, voir document A/CN.9/343, par. 75. Les alinéas *a* à *d* énoncent les conditions d'utilisation de la procédure de négociation avec appel à la concurrence décrites dans les paragraphes 85 à 89 du document A/CN.9/343.

[b]Le Groupe de travail pourra vouloir envisager d'inclure cette condition, qui apparaissait dans les projets antérieurs de la Loi type à l'article 7-2, mais qui n'a pas

été reprise dans les conditions énoncées aux paragraphes 85 à 89 du document A/CN.9/343.

[6]Le maintien de cette disposition, qui apparaissait auparavant à l'article 7-4, dépendra de la décision prise au sujet de l'alinéa *f*.

* * *

Section IV. Procédure de sollicitation de prix[1]

Article 34 bis. *Sollicitation de prix*

1. [*(Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),)] l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation des marchés par la sollicitation de prix pour se procurer des biens normalisés lorsque la valeur estimée du marché est inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés.*[2]

2. *L'entité adjudicatrice ne divise pas ses marchés en contrats séparés afin de pouvoir invoquer le paragraphe 1.*[3]

3. *[L'entité adjudicatrice sollicite des prix auprès de [3] entrepreneurs au minimum.] Chaque entrepreneur ou fournisseur auquel est adressée une sollicitation de prix n'est autorisé à donner qu'un seul prix et n'est pas autorisé à le modifier. Il ne peut pas y avoir de négociations entre l'entité adjudicatrice et l'entrepreneur ou le fournisseur au sujet d'un prix donné par ledit entrepreneur ou fournisseur.*[4]

4. *Le marché est attribué à l'entrepreneur ou au fournisseur ayant proposé le prix le moins élevé.*[5]

5 *a) L'entité adjudicatrice établit un compte rendu de la procédure de sollicitation de prix. Le compte rendu contient les noms et adresses des entrepreneurs et fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a demandé de donner des prix; le prix et un résumé des autres conditions principales de chaque offre, ainsi que du marché; si la procédure n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration explicative; et l'exposé des faits et circonstances requis à l'article 7-5.*

b) Le compte rendu de la procédure de sollicitation de prix est mis à la disposition de quiconque le demande, pour inspection, après que le marché est entré en vigueur, étant entendu qu'aucune information n'est divulguée dont la divulgation serait contraire à la loi, entraverait l'application de la loi, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence.[6]

[1]La présente section a été ajoutée en application de la décision figurant au paragraphe 72 du document A/CN.9/343, dont il ressort que la Loi type devrait prévoir la passation de marchés par la sollicitation de prix.

[2]Voir document A/CN.9/343, par. 90. L'exigence d'une approbation prévue aux termes du paragraphe 75 du document A/CN.9/343 est placée entre crochets afin d'inviter le Groupe de travail à examiner s'il est opportun d'exiger une telle approbation, compte tenu du fait que les montants et les quantités qu'implique la passation de marché par la méthode de la sollicitation de prix sont modestes.

[3]Le paragraphe 2 interdit à l'entité adjudicatrice de diviser ces marchés en contrats séparés afin de tomber en deçà du montant mentionné au paragraphe 1 et, ce faisant, d'éviter la procédure d'appel d'offres.

[4]Voir document A/CN.9/343, par. 91. La clause prescrivant un nombre minimum de sollicitations de prix a été insérée afin que le Groupe de travail l'examine.

[5]Voir A/CN.9/343, par. 91

[6]La présente disposition est fondée sur les prescriptions similaires prévues pour les autres méthodes de passation des marchés.

* * *

Section V. Procédure de sollicitation d'une source unique

Article 35. *Compte rendu de la procédure de sollicitation d'une source unique**

1. L'entité adjudicatrice établit un compte rendu de la procédure de sollicitation d'une source unique. Ce compte rendu indique le nom et l'adresse de l'entrepreneur ou du fournisseur auquel l'entité adjudicatrice a acheté les biens ou les travaux, le prix et un résumé des autres conditions principales du marché ainsi que la description et l'exposé des faits requis à l'article 7-5.

2. Ce compte rendu est mis à la disposition de *quiconque* le demande, pour inspection, après que le marché est entré en vigueur; il est toutefois entendu qu'aucune *information n'est divulguée dont la divulgation serait contraire à la loi, entraverait l'application de la loi, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence.*[1]

*Le deuxième projet de texte de l'article 35, qui n'a pas été examiné par le Groupe de travail à sa douzième session, est présenté ici, avec la note qui l'accompagne, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.V/WP.28. Auparavant, les conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique étaient énoncées aux paragraphes 3 et 4 de l'article 7. Conformément au paragraphe 75 du document A/CN.9/343, le Groupe de travail pourra vouloir envisager d'incorporer à l'article 35 ces conditions et procédures d'utilisation en insérant les nouveaux paragraphes 1 et 1 *bis*, proposés ci-dessous après la note 1. Ces paragraphes supplémentaires, qui précéderaient le paragraphe 1 du présent texte, reprennent les conditions d'utilisation qui figuraient dans le deuxième projet de texte de l'article 7-3 et qui étaient arrêtées au paragraphe 92 du document A/CN.9/343. Si ces conditions d'utilisation sont incorporées à l'article 35, l'intitulé de l'article sera modifié pour se lire "sollicitation d'une source unique".

[1]Voir document A/CN.9/331, par. 220.

Texte des nouveaux paragraphes 1 et 1 bis

Nouveau paragraphe 1. *(Sous réserve d'approbation par ... (chaque Etat spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut se procurer les biens ou les travaux en sollicitant une nouvelle proposition de prix d'un entrepreneur ou d'un fournisseur unique dans les cas suivants :*

a) La valeur estimée du marché est inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés;

b) Les biens ou les travaux ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un entrepreneur ou fournisseur donné, ou un entrepreneur ou fournisseur donné a des droits exclusifs sur les biens et les travaux et il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable;

c) Parce qu'il est urgent d'obtenir les biens ou les travaux requis, il est impossible ou imprudent de recourir à *d'autres méthodes de passation des marchés*[a] en raison des délais que supposent ces *méthodes*;

d) Pour des raisons de normalisation ou de compatibilité avec les biens, équipements ou technologies déjà utilisés, les fournitures supplémentaires doivent être acquises auprès de l'entrepreneur ou fournisseur ayant fourni les biens, équipements ou technologies déjà utilisés;[b]

e) L'entité adjudicatrice souhaite conclure avec l'entrepreneur ou le fournisseur un contrat de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sauf lorsque le contrat prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

f) Pour des raisons de sécurité nationale ou de défense nationale, les besoins de l'entité adjudicatrice doivent rester secrets;

g) La passation d'un marché avec un entrepreneur ou fournisseur donné est nécessaire pour promouvoir les objectifs socio-économiques spécifiés dans la réglementation des marchés;[c]

h) La passation d'un marché avec un entrepreneur ou fournisseur donné est nécessaire, afin de favoriser une source d'approvisionnement donnée pour des raisons de sécurité nationale ou de défense nationale;

i) Vu leur importance ou leur volume, les biens ou les travaux requis par l'entité adjudicatrice excèdent les capacités normales de la branche industrielle et un entrepreneur ou fournisseur donné est disposé à construire ou à acquérir des installations ou capacités spéciales, afin de fournir les biens ou les travaux.

(Nouveau paragraphe 1 *bis*) *L'entité adjudicatrice ne divise pas ses marchés en contrats séparés afin de pouvoir invoquer l'alinéa* a *du nouveau paragraphe 1.*[d]

[a]La référence à la procédure de négociation avec appel à la concurrence et à la procédure d'appel d'offres qui apparaissait dans les textes précédents a été remplacée par une référence aux "autres méthodes de passation des marchés" puisque la sollicitation de propositions et la sollicitation de prix ont été incorporées à la Loi type.

[b]Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'alinéa *d* devrait être étendu aux travaux et s'il conviendrait d'ajouter des alinéas autorisant la sollicitation d'une source unique, dans certaines circonstances lorsqu'il s'agit de l'expansion de travaux existants ou renouvellement de commandes de biens non couverts par l'alinéa *d*. Ces dispositions pourraient être formulées comme suit :

"d bis) *Il est nécessaire de développer des travaux existants, sous réserve que le marché soit passé avec l'entrepreneur ou le fournisseur ayant fourni initialement les travaux et que la valeur du marché supplémentaire ne dépasse pas [...] pourcent du montant du marché initial;*"

"d ter) *Il est nécessaire d'acquérir des biens supplémentaires, sous réserve que le marché soit passé avec l'entrepreneur ou le fournisseur ayant fourni initialement les biens et que la valeur du marché supplémentaire ne dépasse pas [...] pour cent du montant du marché initial;*"

[c]Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'alinéa *g*, même si son champ d'application est limité à la promotion d'objectifs socio-économiques spécifiés, risque de ménager à l'entité adjudicatrice trop de possibilités de contourner les objectifs de la Loi type.

[d]Voir la note 4 relative à l'article 7.

CHAPITRE IV. DROIT DE RECOURS

(Le projet de texte des articles 36 à 42, qui concernent les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique au regard de la Loi type, figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.27).

2. *Passation des marchés : négociation avec appel à la concurrence : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.31) [Original : anglais]*

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-2
I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES	3-5
III. CONDITIONS RÉGISSANT LE RECOURS A LA NÉGOCIATION	6-13
A. Nature des biens faisant l'objet du marché	7-8
B. Objet du marché	9-10
C. Urgence	11
D. Valeur du marché	12
E. Procédure d'appel d'offres infructueuse	13
III. PROCÉDURES A SUIVRE POUR LA NÉGOCIATION	14-22
A. Approbation	15-16
B. Sélection des partenaires de négociation	17-20
C. Critère de comparaison et d'évaluation des offres	21
D. Dossier de la procédure de passation du marché	22

INTRODUCTION

1. Dans de nombreux pays, les codes des marchés autorisent la passation de marchés par voie de négociation entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs et fournisseurs avant l'attribution du marché, ainsi qu'il ressort des paragraphes 59 à 61 et 201 à 213 du document A/CN.9/WG.V/WP.22. Etant donné que dans de nombreux pays les codes des marchés comportent des dispositions autorisant une telle procédure, le premier projet d'article 7 de la loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.24) prévoyait une méthode de passation de marchés appelée "négociation avec appel à la concurrence" qui pouvait être utilisée lorsqu'une procédure d'appel d'offres avait été engagée mais n'avait pu aboutir, ou lorsque la valeur estimée du marché était inférieure à un montant fixé dans la réglementation des marchés. Par ailleurs, le projet d'article 34 énonçait un certain nombre de critères visant à

garantir l'objectivité et l'équité ainsi que le libre jeu de la concurrence dans ce mode de passation de marchés. A sa onzième session, lors de l'examen du premier projet d'article 7, le Groupe de travail est arrivé à la conclusion qu'il fallait que la loi type prévoie la négociation avec appel à la concurrence pour la passation des marchés dans les cas où l'appel d'offres n'était pas la procédure appropriée (A/CN.9/331, par. 41). A cette même session, on s'est déclaré largement favorable à l'idée d'accroître le nombre de cas dans lesquels il serait possible d'appliquer une procédure de négociation avec appel à la concurrence, en sus des cas prévus par le premier projet d'article 7 (A/CN.9/331, par. 42). Lorsqu'il a examiné le deuxième projet d'article 7 à sa douzième session, le Groupe de travail a réaffirmé sa volonté de prévoir la négociation avec appel à la concurrence dans la loi type, dans certaines circonstances précises (A/CN.9/343, par. 70), et il a défini les conditions qui, dans la loi type, régiraient l'application de cette méthode de passation de marchés (A/CN.9/343, par. 85)[1].

2. Lors de l'adoption du rapport de la douzième session, le Secrétariat a été prié d'établir, pour la session suivante, un rapport sur les dispositions qui, dans les différentes législations nationales relatives aux marchés publics, s'appliquaient aux conditions et procédures d'application de la méthode de la négociation avec appel à la concurrence[2]. Le présent document fait suite à cette demande.

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

3. Le mode de passation des marchés le plus répandu dans les différents codes des marchés est l'appel d'offres ouvert à tous les entrepreneurs et fournisseurs qualifiés remplissant les conditions requises. Cette prédominance s'explique notamment par le fait que ce mode de passation des marchés publics est le meilleur garant d'une gestion prudente et rationnelle des deniers publics et qu'il permet d'éviter le gaspillage, la corruption et le favoritisme. Malgré cette préférence pour l'appel d'offres, on a, dans la plupart des pays, pris conscience du fait qu'il n'était pas toujours la meilleure solution, et les textes régissant les marchés reflètent ce constat. Aussi l'entité adjudicatrice est-elle souvent libre de choisir d'autres modes de passation des marchés et, en particulier, d'engager des négociations avec un ou plusieurs entrepreneurs ou fournisseurs en vue de conclure un marché.

4. Le présent rapport traite des dispositions des différentes législations nationales où sont définies les conditions et les procédures propres au mode de passation des marchés appelé dans le projet de loi type "négociation avec appel à la concurrence". Lorsqu'on se penche sur les conditions et procédures propres à la négociation avec appel à la concurrence, on doit garder présent à l'esprit que c'est un mode distinct de passation des marchés, qui s'écarte des autres modes faisant intervenir, avant l'attribution du marché, un certain degré de négociation entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs et fournisseurs. Dans la procédure de négociation avec appel à la concurrence prévue par le projet de loi type et par les codes des marchés d'un certain nombre de pays, l'entité adjudicatrice jouit d'une marge de manœuvre relativement grande pour conduire la procédure de passation du marché, en particulier en ce qui concerne la sélection des partenaires de négociation, la conduite des négociations et l'examen et la comparaison des propositions. Les méthodes telles que l'appel d'offres en deux étapes et la sollicitation de propositions, en revanche, même si elles font une certaine part à la négociation, sont soumises à des règles de procédure relativement complexes. Le présent rapport ne traite que de la négociation en tant que méthode distincte de passation de marchés, et non en tant qu'élément constitutif d'une autre méthode.

5. Dans un certain nombre de pays, la loi ne prévoit pas, contrairement au projet de loi type, deux méthodes distinctes de passation de marchés couvrant, d'un côté, les cas dans lesquels la négociation n'est possible qu'avec un seul entrepreneur ou fournisseur (couverts dans le projet de loi type par la sollicitation d'une source unique) et, de l'autre, les cas dans lesquels des négociations peuvent être menées avec plus d'un entrepreneur ou fournisseur (couverts dans le projet de loi type par la négociation avec appel à la concurrence). Au lieu de cela, la loi énumère les situations diverses dans lesquelles l'entité adjudicatrice est autorisée à négocier un marché, y compris avec un interlocuteur unique. Certains textes disposent, à titre de condition générale, que l'entité adjudicatrice doit s'efforcer dans toute la mesure possible de négocier avec un nombre suffisant d'entrepreneurs et fournisseurs jugés aptes à exécuter le marché, de manière à faire jouer la concurrence. Dans la mesure où les conditions qui régissent le recours à la négociation dans ces types de lois ne se rapportent qu'à la procédure dite de sollicitation d'une source unique, elles ne sont pas examinées dans le présent rapport.

II. CONDITIONS RÉGISSANT LE RECOURS A LA NÉGOCIATION

6. En vertu des codes des marchés de divers pays, l'autorité de tutelle ou l'entité adjudicatrice elle-même est habilitée à autoriser les marchés négociés ou à conclure de tels marchés, lorsque cela est jugé opportun. Dans certains de ces pays, les entités adjudicatrices opérant dans des secteurs économiques particuliers (les transports ou l'énergie, par exemple) ont davantage d'autonomie que les entités adjudicatrices opérant dans d'autres secteurs et sont libres d'opter pour les marchés négociés. Ceci peut s'expliquer par le fait que les entités adjudicatrices opérant dans certains secteurs doivent souvent faire l'acquisition de biens ou d'ouvrages faisant appel à des technologies de pointe et que pour la conclusion de tels marchés la négociation est jugée essentielle (voir le paragraphe 7 ci-après). Toutefois, dans la plupart des pays, les codes des marchés, au lieu d'octroyer ce pouvoir discrétionnaire, ou en sus de ce pouvoir, définissent expressément les conditions dans lesquel-

[1]Conformément à la décision du Groupe de travail d'énumérer à l'article 7 toutes les méthodes de passation de marchés prévues par la loi type et d'énoncer dans les articles correspondants les conditions et procédures d'application de ces méthodes, on a proposé dans le document A/CN.9/WG.V/WP.30 que les conditions d'application de la négociation avec appel à la concurrence approuvées par le Groupe de travail soient énoncées à l'article 34.

[2]Cette demande ayant été formulée lors de l'adoption du rapport de la douzième session et non pendant les délibérations du Groupe de travail ou l'examen de ses activités futures, il n'en est pas fait état dans le rapport de la douzième session.

les l'entité adjudicatrice peut conclure des marchés négociés. Les principales conditions que prévoient les codes nationaux des marchés dont le Groupe de travail pourrait débattre utilement sont examinées ci-après. Ces conditions sont généralement du type de celles dont le Groupe de travail a convenu qu'elles justifiaient le recours à la négociation avec appel à la concurrence dans le cadre de la loi type (voir le document A/CN.9/343, par. 85).

A. Nature des biens faisant l'objet du marché

7. Dans de nombreux pays, les codes des marchés énoncent des conditions régissant le recours à la négociation qui sont fonction de la nature des biens ou des travaux faisant l'objet du marché. Dans un certain nombre de pays, les marchés négociés sont autorisés lorsque les biens ou les travaux font appel à des techniques de pointe ou sont particulièrement complexes, ou bien uniques en leur genre. Ainsi, certains textes font référence à l'acquisition de biens non standard, faisant appel à des technologies de pointe, tels que navires, aéronefs ou ordinateurs, qui doivent répondre de manière adéquate aux besoins de l'entité adjudicatrice et pour lesquels la méthode de la négociation peut être retenue. Par ailleurs, dans certains pays, des dispositions autorisent la négociation lorsque l'entrepreneur ou fournisseur doit faire appel à une technique brevetée ou à un procédé particulier dont il a l'exclusivité pour pouvoir répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, ou bien lorsque quelques entrepreneurs ou fournisseurs seulement disposent des moyens techniques ou commerciaux d'exécuter le marché. On trouve enfin d'autres dispositions autorisant la négociation lorsque la nature des biens ou des ouvrages interdit à l'entrepreneur ou au fournisseur toute estimation du prix total du marché. Dans un certain nombre de pays, les textes autorisent expressément les marchés négociés lorsque l'objet du marché est de nature artistique.

8. Enfin, les lois de certains pays autorisent les marchés négociés lorsque les biens ou travaux, en raison de leur nature ou de l'usage auquel ils sont destinés, doivent être achetés ou réalisés dans un endroit donné.

B. Objet du marché

9. Les codes des marchés comportent généralement des dispositions autorisant les marchés négociés en fonction de l'usage auquel sont destinés les biens ou travaux faisant l'objet du marché. Il s'agit d'abord des dispositions autorisant la négociation pour les marchés mettant en jeu la défense nationale ou touchant la sécurité nationale. L'un des éléments souvent mentionné dans les dispositions de ce type est l'impératif de confidentialité. Parmi les autres éléments ayant trait à la défense nationale dont il est fait état dans certaines lois pour justifier le recours aux marchés négociés, figurent la nécessité de développer des moyens de production dans certaines branches d'activité, ainsi que la nécessité de disposer de moyens de production rapide dans certaines branches industrielles.

10. Par ailleurs, les textes autorisent généralement les marchés négociés pour les biens ou ouvrages qui doivent être utilisés à des fins de recherche ou d'essais. Dans certains pays, les textes autorisent la négociation lorsque les biens ou ouvrages sont destinés à d'autres fins, expressément désignées (pour les résidences officielles de certains responsables de l'Etat, ou pour certains organes officiels, par exemple).

C. Urgence

11. Dans la plupart des pays, les marchés négociés sont autorisés dans les cas où on a un besoin urgent des biens ou ouvrages. Dans certains de ces pays, on ne peut recourir à la négociation en cas d'urgence que si l'urgence naît de circonstances, telles les catastrophes naturelles, qui sont imprévisibles ou qui ne sont pas imputables à l'entité adjudicatrice. Parmi les cas particuliers d'urgence dont fait état la législation dans certains pays, on citera la non-exécution d'un marché par l'entrepreneur ou fournisseur, ou l'annulation du marché par l'entité adjudicatrice. Dans certains pays, le recours à la négociation en pareil cas n'est autorisé que s'il est possible de sélectionner un nouvel entrepreneur ou fournisseur sur la base des offres présentées dans le cadre de la procédure d'appel d'offres dont est issu le marché initial.

D. Valeur du marché

12. Dans de nombreux pays, la législation autorise la négociation pour les marchés à forte valeur, mais on trouve ailleurs des textes autorisant l'entité adjudicatrice à passer des marchés par voie de négociation lorsque leur valeur estimée est inférieure à un montant donné. Dans certains pays, ce montant varie en fonction du type des biens ou de l'ouvrage faisant l'objet du marché.

E. Procédure d'appel d'offres infructueuse

13. Dans un certain nombre de pays, les codes des marchés autorisent la passation de marchés par voie négociée lorsque l'entité adjudicatrice a lancé un appel d'offres et qu'aucune offre n'a été soumise ou qu'aucune offre conforme n'a été soumise. Certains textes autorisant l'entité adjudicatrice à passer des marchés négociés à la suite d'un appel d'offres infructueux assortissent ce droit de certaines restrictions. C'est ainsi que certaines dispositions font obligation à l'entité adjudicatrice de lancer un second appel d'offres avant de recourir à la négociation. Dans certains pays, ce second appel d'offres n'est pas nécessaire s'il y a urgence. Il arrive aussi que la négociation ne puisse être utilisée à la suite d'un appel d'offres infructueux que si les conditions initiales du marché demeurent fondamentalement inchangées.

III. PROCÉDURES A SUIVRE POUR LA NÉGOCIATION

14. Les procédures à suivre pour la passation de marchés par voie négociée sont, en règle générale, plus souples que les procédures qui s'appliquent aux autres méthodes de passation des marchés. Seules quelques règles et procédures régissent le processus par lequel les parties négocient