

parties souhaiteraient voir survivre, notamment les droits et obligations des parties en cas de résiliation, les garanties relatives aux travaux exécutés, les recours pour exécution défectueuse et les dispositions concernant notamment le règlement des différends et la préservation du caractère confidentiel de certains renseignements. Les

parties devraient faire en sorte que les droits, obligations et moyens de recours qu'elles souhaitent préserver ne s'éteignent pas avec la résiliation et, pour ce faire, préciser dans le contrat les dispositions qui seront préservées et continueront de lier les parties, même après la résiliation.

**C. Travaux futurs concernant le nouvel ordre économique international :  
note du secrétariat (A/CN.9/277) [Original : anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION .....	1-7
<b>I. THÈMES POSSIBLES DES TRAVAUX FUTURS .....</b>	<b>8-59</b>
A. Contrats de coopération industrielle .....	8-22
B. Coentreprises .....	23-32
1. Construction d'installations industrielles en coentreprise .....	24-31
2. Aspects juridiques des coentreprises en général .....	32
C. Echanges compensés .....	33-43
D. Passation des marchés .....	44-59
1. Introduction .....	44-45
2. Approches possibles de la question .....	46-51
3. Nature de la loi sur la passation des marchés .....	52-55
4. Travaux futurs possibles .....	56-59
<b>II. CONCLUSIONS RELATIVES AUX TRAVAUX FUTURS .....</b>	<b>60-61</b>

**INTRODUCTION**

1. A sa onzième session (1978), la Commission a inclus dans son programme de travail un sujet intitulé "Incidences juridiques du nouvel ordre économique international", et a accordé la priorité à son examen. Elle a également créé un Groupe de travail sur le nouvel ordre économique international<sup>1</sup>. A sa douzième session (1979), la Commission s'est penchée sur la question de savoir par quels sujets il y aurait lieu de commencer ses travaux, et a prié le Groupe de travail de formuler des recommandations sur les fonctions particulières qui pourraient faire partie, de façon appropriée, du programme de travail de la Commission<sup>2</sup>.

2. A sa première session (1980), le Groupe de travail a décidé de proposer à la Commission que des travaux soient entrepris sur les aspects suivants : harmonisation, unification et examen des dispositions contractuelles qui

<sup>1</sup>Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa onzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session, Supplément n° 17 (A/33/17)*, par. 71.

<sup>2</sup>Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa douzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-quatrième session, Supplément n° 17 (A/34/17)*, par. 100.

se retrouvent fréquemment dans les contrats internationaux conclus dans le domaine du développement industriel, comme les contrats visant la recherche-développement, les services de consultants ou de bureaux d'études techniques, la fourniture et la construction d'importants installations industrielles (y compris les contrats clefs en main ou les contrats produit en main), le transfert des techniques (y compris les accords de licences), le service et l'entretien, l'assistance technique, le crédit-bail, la coentreprise et la coopération industrielle en général.

3. A sa treizième session (1980), la Commission a fait sienne l'opinion du Groupe de travail selon laquelle cette question présentait un intérêt particulier pour les pays en développement et pour les travaux de la Commission dans le cadre du nouvel ordre économique international. La Commission a accueilli favorablement la recommandation du Groupe de travail et prié le Secrétaire général de s'acquitter des travaux préparatoires sur les contrats relatifs à la fourniture et à la construction de grands complexes industriels et à la coopération industrielle<sup>3</sup>.

<sup>3</sup>Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa treizième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17 (A/35/17)*, par. 143.

4. A sa quatorzième session (1981), la Commission a décidé qu'il serait élaboré un guide juridique recensant les questions juridiques soulevées par les contrats relatifs à la fourniture et à la construction d'ensembles industriels et suggérant des solutions possibles pour aider les parties, notamment des pays en développement, dans leurs négociations. Elle a en outre prié le Secrétaire général de présenter à une future session une étude préliminaire des aspects concrets des contrats de coopération industrielle après avoir terminé l'élaboration du guide juridique sur les clauses des contrats de fourniture et de construction d'ensembles industriels<sup>4</sup>.

5. Le Groupe de travail sur le nouvel ordre économique international a poursuivi, à ses deuxième et troisième sessions, l'examen des clauses à inclure dans les contrats pour la fourniture et la construction d'ensembles industriels, et a examiné — lors de ses quatrième à huitième sessions — des projets de chapitre du guide juridique (ci-après dénommé "le Guide"). On escompte qu'à sa neuvième session (1987) le Groupe examinera tous les projets de chapitres du Guide, tels que révisés par le Secrétariat d'après les commentaires du Groupe, et achèvera ainsi son mandat. On escompte également que le Guide sera présenté à la Commission, pour approbation, à sa vingtième session (1987).

6. A sa deuxième session (1981), le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée "Clauses relatives à la coopération industrielle"<sup>5</sup>. Dans cette note, le Secrétariat indiquait que les ressources disponibles ne lui permettraient pas de traiter simultanément la question des contrats relatifs à la fourniture et à la construction d'ensembles industriels et celle de la coopération industrielle. Il indiquait également que malgré une note verbale du Secrétaire général, en date du 31 octobre 1980, priant les Etats membres de la Commission de transmettre copie des contrats de coopération industrielle et autres documents pertinents, le Secrétariat n'avait, au moment de la rédaction de sa note susvisée, reçu aucun contrat. Il y a lieu de mentionner ici qu'il n'en avait pas toujours reçu à la date de la présente Note. Le Secrétariat a par ailleurs constaté que de nombreuses questions en rapport avec la coopération industrielle qu'il avait identifiées comme sujets possibles d'étude (voir plus loin, par. 21) se posaient également en relation avec les contrats concernant la fourniture et la construction d'ensembles industriels. Cela étant, le Groupe de travail est convenu que l'examen des contrats de coopération industrielle devrait être reporté à une date ultérieure.

7. Etant donné que les travaux de la Commission sur le Guide approchent de leur fin et qu'il s'est écoulé six ans depuis les délibérations — à la treizième session de la Commission — consacrées au programme possible de travail dans le cadre du nouvel ordre économique international, la Commission souhaitera peut-être

examiner ce que pourraient être ses travaux futurs dans ce domaine. Le présent rapport traite de certains sujets que la Commission pourrait souhaiter étudier.

## I. Thèmes possibles des travaux futurs

### A. Contrats de coopération industrielle<sup>6</sup>

8. Il existe plusieurs types de contrats de coopération industrielle. Cependant, certaines caractéristiques sont communes à la plupart d'entre eux :

a) Les transactions reflétées dans ces contrats comprennent des éléments analogues à des catégories bien connues comme la vente ou la location de biens, mais aussi d'autres éléments dont résultent des combinaisons d'obligations n'entrant pas dans les catégories reconnues par la plupart des systèmes juridiques. En particulier, les arrangements concernant la rémunération en ce qui concerne les obligations exécutées ne coïncident souvent pas avec les schémas traditionnels;

b) Les transactions sont complexes, consistent en nombreuses obligations liées entre elles et interdépendantes, et font parfois intervenir plus de deux parties;

c) Les transactions portent sur plusieurs années (parfois même 20 ou 30 ans);

d) La corrélation et l'interdépendance des obligations des parties, ainsi que leur caractère à long terme, rendent nécessaires une étroite coopération des parties dans l'exécution des contrats et une relation de confiance réciproque pour que cette exécution soit menée à bonne fin.

9. Il est difficile de préciser quels types de contrats peuvent être considérés comme étant des contrats de coopération industrielle. Les études consacrées à ce sujet par la Commission économique pour l'Europe (CEE), distinguent six grandes catégories : concession de licences contre paiement en produits fabriqués grâce à des licences; livraison d'usines ou de chaînes de production complètes, avec paiement sous forme de produits fabriqués dans ces usines ou sur ces chaînes de production; coproduction et spécialisation; sous-traitance; opérations en association (coentreprises); soumission en association ou construction en association, ou projets similaires<sup>7</sup>. On notera que la coopération peut s'étendre aussi à des domaines comme le transfert de techniques, la production de biens, ou l'exploitation de ressources naturelles. Les catégories peuvent se chevaucher. Ainsi, une coentreprise peut être constituée aux fins de soumission et construction en

<sup>6</sup>Ces contrats sont décrits en détail dans : *Contrats internationaux conclus dans le domaine du développement industriel : Etude du Secrétariat*, (A/CN.9/191) par. 106 à 140. On en trouve également une description dans le *Guide pour la rédaction de contrats internationaux de coopération industrielle* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.76.II.E.14) et dans *La coopération industrielle Est-Ouest* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.79.II.E.25).

<sup>7</sup>*Guide pour la rédaction de contrats internationaux de coopération industrielle*, (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.76.V.E.14). Dans l'étude du Secrétaire général (A/CN.9/191), les coentreprises sont considérées comme une catégorie distincte.

<sup>4</sup>Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quatorzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17 (A/36/17)*, par. 84.

<sup>5</sup>A/CN.9/WG.V/WP.5.

association. La liste de ces catégories ne saurait être considérée comme exhaustive.

10. Au sein de chaque catégorie susmentionnée, l'ensemble de l'arrangement conclu est adapté aux besoins particuliers des parties. Par exemple, dans le cas de concession de licences contre paiement en produits fabriqués grâce à ces licences, les parties peuvent convenir que le donneur de licence transmet au preneur de licence les améliorations apportées à la technologie postérieurement à la date de la licence. Il arrive même qu'une coopération plus étroite soit envisagée, sous forme de recherche-développement conjointe concernant le procédé objet de la licence. Dans le cas de la livraison d'usines ou chaînes de production complètes avec paiement en produits fabriqués dans ces usines ou sur ces chaînes (formule souvent appelée "accord de rachat", voir plus loin, par. 35), il se peut que l'on envisage le paiement non seulement en produits de l'installation considérée, mais aussi en autres produits fabriqués par l'acquéreur de l'installation.

11. La sous-traitance, c'est-à-dire le fait pour une entreprise d'en employer une autre pour la production de biens dont elle a besoin pour exécuter des contrats de fourniture qu'elle a conclus avec des tierces parties (voir plus loin, par. 17), aboutit souvent à la coproduction et la spécialisation, avec commercialisation en commun. La question de la sous-traitance couvre la fabrication et la livraison de biens par le sous-traitant, et englobe aussi la fourniture de services (par exemple, lorsque le personnel du sous-traitant est plus qualifié pour certains projets entrepris par l'entrepreneur principal). Pour la fabrication et la livraison de biens, il se peut que le sous-traitant se contente d'assurer la transformation ou la finition de matériaux fournis par l'entrepreneur, ou qu'il se procure lui-même les matériaux et fabrique les biens en question d'après les plans ou la technique communiqués par l'entrepreneur. Dans le cas de la coproduction et de la spécialisation (voir plus loin, par. 17), les additions aux arrangements de base peuvent inclure une coopération dans la recherche-développement concernant la production, et la fourniture en commun de services après-vente. Quant aux coentreprises, la législation qui les régit peut avoir pour conséquences des différences dans leur structure selon les pays et dans les activités qu'elles peuvent entreprendre.

12. Les contrats de coopération industrielle sont normalement conclus entre deux parties. Cependant, il existe parfois aussi des accords tripartites, et il arrive alors que l'une des parties soit d'un pays en développement. Les contrats — bipartites ou tripartites — concernent les seuls pays des parties (par exemple, spécialisation de la production dans ces pays), ou un pays tiers (cas d'une coentreprise à établir dans un pays tiers, ou d'une soumission en association pour construction dans un pays tiers).

13. Les contrats de coopération industrielle ont caractérisé les échanges entre pays socialistes d'Europe de l'Est et pays développés à économie de marché —

d'Europe occidentale, en particulier — pendant les deux dernières décennies. De ce fait, ils ont été l'objet d'un examen et d'une analyse approfondis dans les études établies par la CEE<sup>8</sup>. Certaines de ces études contiennent un examen des contrats tripartites de coopération industrielle. Elles mentionnent également les arrangements financiers concernant ces contrats, et abordent aussi certaines questions juridiques soulevées par lesdits contrats<sup>9</sup>. Il n'existe pas d'étude comparable pour les contrats bipartites de coopération industrielle entre des entreprises de pays développés et de pays en développement.

14. Avant de décider s'il convient d'entreprendre des travaux portant sur les contrats de coopération industrielle, on doit examiner deux points. Il s'agit de déterminer, premièrement, si ces contrats ont une importance pour les échanges entre pays développés et pays en développement et, deuxièmement, dans l'affirmative, si ces contrats entraînent des difficultés juridiques que les travaux de la Commission pourraient aplanir. En ce qui concerne le premier point, on sait que les contrats en question ont apporté une contribution certaine aux échanges Est-Ouest pendant les deux dernières décennies, mais il est malaisé de déterminer dans quelle mesure ils ont ou pourraient avoir de l'importance pour les échanges Nord-Sud<sup>10</sup>. Les informations dont le Secrétariat dispose actuellement pour chacune des grandes catégories de contrats de coopération industrielle sont présentées dans les paragraphes ci-après.

<sup>8</sup>Voir par exemple le *Rapport analytique sur la coopération industrielle entre les pays de la CEE* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.E.11); *La coopération industrielle Est-Ouest* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.79.II.E.25), "Perspectives d'expansion de la coopération industrielle Est-Ouest" (1985) (TRADE/AC.21/R.3 et Add.1).

<sup>9</sup>*La coopération industrielle Est-Ouest*, partie B, chap. 1; "Structures juridiques et financement de la coopération industrielle tripartite : étude de l'expérience récente de la Yougoslavie" (1983) (TRADE/R.470); "Tripartite cooperation involving countertrade among European and developing countries", par John R. Mikton, analyse présentée au "International Workshop on Countertrade" organisé conjointement par l'Association internationale des organismes de commerce d'Etat des pays en développement (ASTRO) et Generalexport, Belgrade (Yougoslavie), 1985.

<sup>10</sup>Au sujet de l'intérêt que peut présenter l'expérience de la coopération industrielle Est-Ouest pour la coopération entre pays développés et pays en développement, le rapport de la dernière réunion (1981) du Groupe spécial d'experts CNUCED/ONUDI sur les aspects commerciaux et connexes des arrangements de collaboration industrielle contient le paragraphe suivant : "Certains experts ont noté que de nombreux aspects de la coopération commerciale et industrielle Est-Ouest pouvaient présenter de l'intérêt pour la coopération entre des entreprises de pays en développement et de pays développés, en particulier au niveau intergouvernemental. Le Groupe a relevé à cet égard que les pays socialistes avaient passé toute une série d'accords de coopération industrielle et commerciale avec de nombreux pays en développement. Toutefois, d'autres experts ont fait remarquer que si l'expérience acquise dans les relations Est-Ouest fournissaient des indications utiles pour la coopération avec les pays en développement, il n'était peut-être pas souhaitable ou possible d'extrapoler ou de transférer de nombreuses pratiques de la coopération commerciale et industrielle Est-Ouest aux pays en développement, compte tenu des différences entre ces pays, par exemple en ce qui concerne les ressources naturelles, l'adéquation des infrastructures et, en général, le niveau de développement industriel et économique". (ID/WG.337/9/Rev.1), par. 58.

15. Il existe des exemples de contrats conclus entre des entreprises de pays développés et de pays en développement pour la livraison d'usines ou de chaînes de production complètes avec paiement en produits fabriqués dans ces usines ou sur ces chaînes. Le fait que le fournisseur de l'usine — il se trouve dans un pays développé — doit reprendre des produits de cette usine en paiement l'incite à livrer des installations appropriées et à former le personnel de l'acquéreur à leur exploitation. De son côté, l'acquéreur — il appartient à un pays en développement — est encouragé à faire fonctionner les installations de manière à fabriquer des produits de haute qualité qui seront acceptés en paiement et pourront affronter la concurrence sur les marchés internationaux<sup>11</sup>. On a beaucoup moins de renseignements sur la pratique consistant pour des entreprises de pays développés à accorder des licences à des entreprises de pays en développement avec paiement en produits fabriqués grâce à ces licences<sup>12</sup>.

16. Les entreprises de pays en développement sont souvent parties à des contrats tripartites de coopération industrielle conclus aux fins de soumission et construction en association<sup>13</sup>. Dans les cas de ce genre, l'entreprise de pays en développement est membre d'un consortium d'entrepreneurs. Elle fournit généralement la main-d'œuvre locale ainsi que l'équipement et les matériaux disponibles sur place, et assure parfois aussi des services de construction et de génie civil. Cette formule est normalement moins coûteuse que le recours à des fournisseurs extérieurs au pays en développement, et le paiement correspondant peut absorber l'élément en monnaie locale des fonds disponibles pour le projet. Si le projet est situé dans une région reculée, ou si les travaux doivent être effectués dans des conditions extrêmes, la participation d'une entreprise de pays en développement peut être indispensable. La question des clauses contractuelles requises pour créer un consortium et des modalités possibles de répartition des responsabilités entre les membres fait l'objet de travaux entrepris par

<sup>11</sup>Il n'existe pas de données fiables sur la fréquence de telles transactions (même une transaction individuelle serait d'un grand intérêt). Celles-ci sont également considérées comme une forme d'échanges compensés. Selon une publication, fondée sur des données communiquées par certaines entreprises des Etats-Unis au sujet des activités d'échanges compensés qu'elles mènent dans le monde entier, les transactions en question représentent 9 % du total de ces échanges. (*North-South Countertrade. Barter and reciprocal trade with developing countries*, par Stephen F. Jones, The Economist Intelligence Unit, Londres, 1984, chap. 3). Mikton précise, à propos des transactions comportant une coopération tripartite : "Ce type de coopération tripartite est le plus fréquemment constaté aujourd'hui; il comporte généralement la fourniture de services ayant trait à l'ingénierie, à la construction et à l'entretien, ou de biens d'équipement (parfois les deux) par des parties du CAEM et d'Europe occidentale, en échange de laquelle le pays en développement client fournit des produits fabriqués grâce à ces services ou biens d'équipement. Le résultat peut être la création de capacités industrielles, l'expansion des exportations, la mise en valeur de ressources, ou une autre contribution au développement économique du pays" (voir plus haut, note 9).

<sup>12</sup>Cette pratique n'est pas mentionnée dans le "Guide sur les licences pour les pays en développement" de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, publication n° 620 de l'OMPI (Genève, 1977).

<sup>13</sup>Voir références plus haut, note 9.

d'autres organisations, aussi ne semble-t-il guère nécessaire que la Commission s'en occupe également<sup>14</sup>.

17. La sous-traitance internationale paraît avoir une certaine importance pour l'industrialisation des pays en développement, et a fait l'objet de nombreuses analyses<sup>15</sup>. "On entend par sous-traitance la fabrication par le sous-traitant de parties, éléments ou produits semi-transformés conformément aux caractéristiques fixées par le donneur d'ordre, lequel se charge ensuite d'achever le travail ou d'incorporer les éléments sous-traités dans le produit final pour le vendre. Les facteurs de production nécessaires sont souvent fournis par le donneur d'ordre qui, en règle générale, fournit également une assistance technique d'une importance variable, complétée à l'occasion par un appui financier."<sup>16</sup> La sous-traitance entre entreprises de pays développés et de pays en développement s'est étendue dans divers secteurs industriels. Les difficultés juridiques liées à la rédaction de contrats concernant la sous-traitance ne paraissent toutefois pas être considérées comme un obstacle à l'application de cette formule<sup>17</sup>. Cela tient peut-être en grande partie au fait que les principaux éléments à retenir dans un contrat de sous-traitance sont courants dans le commerce international : définition de la nature et de la qualité des biens, calendrier des livraisons, précisions concernant les prix et le mode de paiement, arrangements relatifs au transport. La sous-traitance entre parties débouche parfois sur la spécialisation et la coproduction — par exemple sur un arrangement selon lequel chacune des deux parties se spécialise dans la production de différents éléments d'un même article. Les éléments sont ensuite rassemblés par l'une des parties en vue de constituer

<sup>14</sup>On trouvera une description détaillée de ce type d'association dans le projet de chapitre III "Procédure de conclusion du contrat" du Guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles (A/CN.9/WG.V/WP.17/Add.2). Les questions relatives aux groupes de firmes agissant en tant qu'entrepreneurs sont examinées dans le *Guide pour la rédaction de contrats internationaux entre parties groupées en vue de la réalisation d'un projet déterminé* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.79.II.E.22). Des guides et modèles concernant ces coentreprises ont également été établis par la Fédération internationale européenne de la construction (FIEC) et l'Organisme de liaison des industries métalliques européennes (ORGALIME). Des travaux ont en outre été menés dans ce domaine par des associations nationales ("Joint Venture Agreement for Tender and Execution of Turnkey Project", établi par la Japan Machinery Exporters Association, par exemple).

<sup>15</sup>Au cours des années, l'ONUDI a orienté l'attention sur cette transaction; voir, par exemple, *La sous-traitance et la modernisation de l'économie* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.74.II.B.12); "International subcontracting: an approach to economic and technical co-operation among developing countries", par H.C. Paruthi (ID/WG.308/3). Une nouvelle étude de l'ONUDI intitulée "Small and medium enterprises, some basic development issues", où sera examinée la sous-traitance, paraîtra en 1986.

<sup>16</sup>"Collaboration industrielle, liée au commerce, entre entreprises de pays en développement et de pays développés : formes de collaboration et questions de politique connexes" (TD/B/C.2/212, chap. 1, B, "Sous-traitance internationale", par. 28). Un examen détaillé de la sous-traitance dans l'optique de certains pays en développement figure dans *La sous-traitance internationale : une nouvelle forme d'investissement* (Organisation de coopération et de développement économiques, Paris, 1980).

<sup>17</sup>L'étude de l'OCDE, qui traite de la sous-traitance internationale en rapport avec Haïti, le Maroc, la Tunisie, Sri Lanka et les Caraïbes, ne mentionne pas de difficultés juridiques entraînées dans la pratique par ce type de contrats.

l'article complet, ou bien échangés entre les parties dont chacune peut ainsi produire l'article complet. On ne sait pas exactement dans quelle mesure de tels arrangements sont actuellement conclus entre des entreprises de pays développés et de pays en développement<sup>18</sup>.

18. D'après les informations dont dispose le Secrétariat, il semble que, des diverses catégories bien connues de contrats de coopération industrielle, celle qui mérite d'être examinée au stade actuel est la livraison d'usines ou chaînes de production complètes avec paiement en produits fabriqués dans ces usines ou sur ces chaînes. Cet examen présenterait deux autres avantages. Premièrement, on pourrait y voir la suite normale de l'étude consacrée par la Commission aux contrats pour la fourniture d'installations industrielles. Deuxièmement, ce type de transaction est considéré comme une forme d'échanges compensés dont il est dit plus loin (voir section C) qu'ils méritent peut-être un examen plus approfondi.

19. Les conclusions de la présente analyse de la pratique en matière de contrats peuvent donc être résumées comme suit. Certaines formes de contrats de coopération industrielle ne semblent pas pour le moment jouer un rôle important dans les échanges entre des entreprises de pays développés et de pays en développement. D'autres formes, qui paraissent avoir une certaine importance, ne semblent pas poser de problèmes juridiques assez graves pour justifier des travaux de la part de la Commission.

20. Lorsqu'elle prendra une décision concernant les travaux dans ce domaine, la Commission souhaitera peut-être aussi examiner sur quoi ils pourraient déboucher. Il a été suggéré (A/CN.9/191) que l'on pourrait élaborer des conditions générales dont l'application serait recommandée aux parties à une catégorie particulière de contrats. Un exemple de ce type d'instrument est constitué par les "Conditions générales de la spécialisation et de la coopération de la production entre les pays membres du Conseil d'assistance économique mutuelle" (CAEM), approuvées en 1979 par le Comité exécutif du CAEM. Ces Conditions générales sont composées de dispositions détaillées régissant le type de coopération industrielle en question, et portant notamment sur les droits et obligations des parties (chap. IV), la responsabilité des parties (chap. V), les prétentions (chap. VI), l'arbitrage (chap. IX) et la loi applicable (chap. X).

21. Il a également été suggéré que les travaux pourraient déboucher sur l'élaboration de clauses types sur certains points. Parmi ceux-ci ont été cités l'interdépendance des divers éléments des activités de coopération industrielle,

les effets de la force majeure, les effets du changement de circonstances, la révision des contrats, la résiliation et l'annulation, la loi applicable et le règlement des différends<sup>19</sup>. De telles clauses types devraient être accompagnées de textes explicatifs et il n'est pas sûr qu'une seule clause type sur un point particulier convienne pour toutes les catégories de contrats de coopération industrielle. L'élaboration de conditions générales ou de clauses types exigerait que l'on y consacre beaucoup de temps et de ressources.

22. Dans ces conditions, le mieux serait peut-être de reporter les travaux dans ce domaine à plus tard, en attendant que la nécessité s'en fasse sentir plus nettement. Le Secrétariat pourrait être prié de suivre l'évolution des contrats de coopération industrielle dans les échanges entre pays développés et pays en développement<sup>20</sup>, et de rendre compte à la Commission, lors d'une session ultérieure, s'il estime utile d'entreprendre des travaux dans le domaine en question.

## B. Coentreprises

23. Lors de certaines sessions antérieures du Groupe de travail sur le nouvel ordre économique international et de la Commission, il avait été suggéré d'engager des travaux sur la question des coentreprises. Il a parfois été estimé que ces travaux devraient porter sur la construction d'installations industrielles en coentreprise. A d'autres occasions, on avait suggéré qu'ils devraient avoir trait aux aspects juridiques des coentreprises en général.

### 1. Construction d'installations industrielles en coentreprise

24. Une coentreprise peut être définie comme étant une association de deux personnes ou plus aux fins d'exécuter un projet selon laquelle, à des degrés divers, les associés mettent en commun des ressources financières ou d'autres éléments, se répartissent le contrôle et la direction des activités, et partagent les bénéfices et les pertes résultant de l'opération.

<sup>19</sup>A/CN.9/191, par. 139.

<sup>20</sup>Cette difficulté à obtenir des informations adéquates sur la pratique en matière de contrats a été ressentie même par des organisations beaucoup mieux placées pour rassembler des données sur la pratique commerciale. "Ce qui a été dit au chapitre I au sujet de la sous-traitance vaut également pour l'état de l'information concernant d'autres modes de collaboration : les études de cas sont rares et celles qui existent suivent généralement des méthodes différentes, ce qui enlève pratiquement toute signification aux tentatives de comparaison et de généralisation à l'échelle internationale. Il semble que l'on a surtout besoin, dans un premier temps, d'un inventaire systématique des arrangements de collaboration tels qu'ils sont pratiqués dans certains pays. Etabli selon des méthodes uniformes, cet inventaire devrait fournir des renseignements de base sur les principales formes d'arrangements de ce genre, leur développement, leur fréquence et leur répartition par secteurs, sur la manière dont ils fonctionnent dans des secteurs et branches d'activité déterminés et sur la nature des organismes qui y participent. A partir de cet inventaire, il conviendrait d'étudier en profondeur certaines catégories d'arrangements et de déterminer les conditions qui permettraient aux pays en développement d'en tirer le meilleur parti." (TD/B/C.2/212, par. 118; "Collaboration industrielle, liée au commerce...").

<sup>18</sup>"Si l'on se tourne vers l'avenir, on peut supposer que les formes contractuelles appelées sans doute à occuper une place de choix dans les relations Nord-Sud sont celles qui existent actuellement entre les entreprises de pays développés, quel que soit leur système économique et social, c'est-à-dire la spécialisation et la coproduction, la commercialisation en commun, les activités communes de R-D et les arrangements similaires. Ces formes se manifestent déjà mais les renseignements dont on peut disposer à ce sujet sont d'une indigence telle que l'on ne peut avancer aucune opinion quant à leur importance relative." (TD/B/C.2/212), chap. I, C, "Collaboration industrielle, liée au commerce..." par. 50.

25. Dans le contexte de la construction d'installations industrielles, les coentreprises visent souvent l'un ou l'autre des deux objectifs suivants. Dans le premier cas, deux firmes ou plus constituent une coentreprise pour réaliser en tant qu'entrepreneur la construction d'installations industrielles pour un acquéreur. Le projet est alors limité à la construction des installations. On a indiqué plus haut que des travaux consacrés à des coentreprises de ce type seraient peut-être inutiles<sup>21</sup>. Dans le deuxième cas, une coentreprise constituée par deux firmes ou plus pour la construction d'installations industrielles peut aussi comporter l'exploitation et la gestion conjointes des installations, la commercialisation de leur production et le partage des bénéfices et des pertes résultant de l'opération. Cette formule est souvent retenue lorsque les parties sont une entreprise de pays en développement et une entreprise de pays développés.

26. Les coentreprises du second type sont intéressantes car elles répondent en général aux besoins courants des deux parties dans un projet industriel. Le partenaire de pays en développement obtient souvent de son associé de pays développés la technologie, le savoir-faire en gestion et commercialisation, et le capital. Les installations construites sont généralement la propriété du partenaire de pays en développement. Le partenaire de pays développés a souvent accès au marché du pays en développement et bénéficie parfois, grâce à la production dans ce pays, d'avantages au plan des coûts et d'un approvisionnement garanti en matières premières. Une entreprise de pays développés peut également envisager de recourir à la formule de la coentreprise lorsque l'investissement direct dans un pays en développement est irréalisable ou inintéressant. Le fait que les risques de l'opération soient partagés incite chaque partie à s'acquitter avec diligence de ses obligations.

27. Il a été suggéré que l'on pourrait accroître l'intérêt du Guide en y incluant (peut-être dans une annexe) un exposé sur les arrangements contractuels pouvant être conclus pour la construction d'installations industrielles selon le second type de coentreprise. La nature de ces arrangements dépend de divers facteurs : capacités de construction des partenaires, source des plans et études des installations, dispositions légales impératives éventuellement applicables dans le pays où doivent être construites les installations, mesure dans laquelle les partenaires peuvent fournir l'équipement et le matériel nécessaire aux installations, etc. Un autre facteur encore peut influencer sur les arrangements contractuels : les parties ont en effet le choix entre la constitution d'une société (personne morale) dans laquelle chacune a une participation pour l'exécution du projet en coentreprise (c'est ce que l'on appelle généralement la coentreprise avec participation au capital social), et la formation d'une association uniquement fondée sur les arrangements contractuels (dans ce cas, on parle habituellement d'association contractuelle d'entreprises).

28. Lorsque aucune des parties ne peut effectuer elle-même la construction, celle-ci doit être confiée à

une tierce partie, ou plusieurs. Les contrats avec des tierces parties sont généralement conclus par la société de coentreprise, s'il en a été constitué une, ou par l'un des partenaires à la coentreprise. Si les plans et études des installations ont été fournis par le partenaire de pays développés, il pourrait être judicieux que ce soit lui qui conclue le contrat, car c'est lui qui peut superviser plus efficacement les travaux de construction. Dans certains pays en développement, des dispositions législatives impératives imposent de confier à des entrepreneurs locaux tel ou tel aspect de ces travaux (bâtiments et génie civil, par exemple). Certains équipements et matériaux peuvent être fournis par l'une des parties ou par les deux, si les coûts correspondants sont moins élevés que dans le cas de recours à des sources extérieures. Qu'il y ait un seul entrepreneur ou plusieurs, les contrats conclus avec des tierces parties seront du type visé dans le Guide (voir chapitre II, "Choix de la formule contractuelle")<sup>22</sup>.

29. Il arrive parfois que l'une des parties, ou les deux, ont des capacités de construction et entendent les utiliser. Il se peut, notamment, que le partenaire étranger fournisseur des plans et de la technologie pour les installations soit également en mesure de les construire. Dans ce cas, il est courant que la société de coentreprise, ou le partenaire de pays en développement, conclue un contrat pour la construction des installations avec le partenaire de pays développés. Celui-ci peut, soit construire lui-même la totalité des installations, soit — tout en restant responsable de l'ensemble des travaux de construction — en réaliser seulement une partie et sous-traiter le reste. Le contrat conclu avec le partenaire de pays développés sera toutefois, lui aussi, du type visé dans le Guide. Que le partenaire de pays développés ait conclu le contrat de construction avec la société de coentreprise ou avec le partenaire de pays en développement, ces derniers exigeront de lui des garanties contractuelles concernant l'exécution des travaux dans les délais voulus et sans défauts.

30. Il se peut que certaines modalités du contrat de construction conclu avec le partenaire de pays développés s'écartent de la pratique commerciale courante en raison de la confiance réciproque des deux parties (qui peuvent, par exemple, prévoir des montants plus faibles pour les dommages-intérêts libératoires ou les pénalités en cas de retard, ou des délais plus longs pour la réparation des défauts). Les conditions de paiement peuvent donner lieu à des différences plus importantes. La rémunération du partenaire de pays développés peut, par exemple, consister à lui donner une part dans le capital de la société de coentreprise. Cependant, la majeure partie des clauses du contrat de construction seront, par leur nature et leurs fonctions, les mêmes que dans le contrat conclu avec une tierce partie. Les dispositions du Guide relatives aux clauses contractuelles demeureront par conséquent pertinentes.

<sup>22</sup>Ces arrangements sont également mentionnés dans le *Manuel de l'élaboration d'accords pour la création d'entreprises communes dans les pays en voie de développement* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.71.II.B.23).

<sup>21</sup>"Collaboration industrielle, liée au commerce...".

31. Il semble donc qu'un acquéreur de pays en développement entreprenant la construction d'installations industrielles dans le cadre d'un accord de coentreprise trouvera suffisamment de conseils dans le Guide sous sa forme actuelle, et que l'adjonction d'une annexe consacrée à la construction en coentreprise ne se justifie peut-être pas.

## 2. Aspects juridiques des coentreprises en général

32. On peut lire, dans l'étude antérieure du Secrétaire général (A/CN.9/191) que "d'après les recherches faites par l'ONUDI, il paraît impossible de trouver des coentreprises types qui pourraient servir de modèles pour d'autres accords" et que "devant cette constatation, et eu égard aux travaux déjà effectués, la Commission conclura peut-être qu'il ne serait pas opportun d'aborder la question des contrats de coentreprise"<sup>23</sup>. Cette recommandation conserve, semble-t-il, sa validité<sup>24</sup>.

## C. Echanges compensés<sup>25</sup>

33. A sa onzième session (1978), la Commission — dans sa décision sur son nouveau programme de travail — a décidé d'accorder la priorité à la question des contrats internationaux de troc ou d'échange en nature<sup>26</sup>. A sa douzième session, la Commission était saisie d'un rapport du Secrétaire général, intitulé "Troc ou échange dans le commerce international"<sup>27</sup>. La Commission a estimé que les transactions apparentées au troc revêtaient trop de formes diverses pour pouvoir être réglementées au moyen de règles uniformes. Elle a cependant décidé de prier le Secrétariat d'inclure dans les études alors en cours sur les pratiques en matière de contrats l'examen des clauses

<sup>23</sup>Cette conclusion est confirmée par une étude de la CNUCED intitulée "Collaboration industrielle, liée au commerce..." "Les associations contractuelles d'entreprises couvrent toute une gamme d'arrangements plus ou moins ponctuels ou permanents, le partage des bénéfices et des risques étant leur seul dénominateur commun" (par. 81); "Tout semble indiquer que, en raison de leur grande adaptabilité, selon les objectifs qu'ils se sont fixés, les partenaires peuvent virtuellement adopter toutes les modalités qui leur conviennent, les associations contractuelles seront de plus en plus recherchées par les entreprises de pays développés comme de pays en développement" (par. 83) (le passage souligné ne l'est pas dans l'original); "Pour ce qui est des coentreprises avec participation au capital social, il faut tout de suite souligner qu'il n'existe pas de modèle uniforme, même dans un secteur déterminé" (par. 84).

<sup>24</sup>En plus des guides et manuels mentionnés dans le document A/CN.9/191, il existe aujourd'hui les "Guidelines for the establishment of industrial joint ventures in developing countries" (1982) publiées par l'ONUDI (UNIDO/IS.361). A sa session de 1986 tenue à Arusha (République-Unie de Tanzanie), le Comité juridique consultatif africano-asiatique a décidé d'entreprendre un examen détaillé des coentreprises.

<sup>25</sup>Dans divers rapports soumis à la Commission, ces opérations ont été appelées "contrats internationaux de troc ou d'échange en nature" ou "troc et transactions apparentées au troc". Le terme "échanges compensés" est aujourd'hui d'emploi courant dans la pratique internationale.

<sup>26</sup>Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa onzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session, Supplément n° 17 (A/33/17)*, par. 67 à 69.

<sup>27</sup>A/CN.9/159.

présentant une importance particulière dans les transactions apparentées au troc. La Commission a en outre prié le Secrétariat de prendre contact avec d'autres organismes des Nations Unies qui effectuent des études sur les transactions de ce type, et de lui rendre compte de leurs travaux<sup>28</sup>.

34. A sa dix-septième session (1984), la Commission était saisie d'un rapport du Secrétaire général intitulé "Activités en cours des organisations internationales dans le domaine du troc et des transactions apparentées au troc"<sup>29</sup>. Un certain nombre de délégations ont indiqué qu'elles attachaient une grande importance à cette question et qu'il serait utile d'en poursuivre l'examen. Il a été convenu que la Commission pourrait décider, à la lumière du rapport sur l'évolution de la situation dans ce domaine, que le Secrétariat devait présenter à une session ultérieure, si des mesures concrètes devaient être prises dans ce domaine<sup>30</sup>.

35. Il n'existe pas de définition généralement admise des échanges compensés. Toutefois, les types ci-après de transactions sont normalement considérés comme étant des formes d'échanges compensés, encore que la terminologie employée ci-dessous pour la décrire ne soit pas universellement adoptée :

a) *Compensation* : transaction dans laquelle il y a échange direct de biens entre les parties. Les biens peuvent avoir à peu près la même valeur, de sorte qu'il n'y a pas transfert monétaire entre les parties. Les transactions de ce type sont souvent appelées troc, ou compensation intégrale. Dans certains cas, les biens à fournir par chaque partie n'ont pas la même valeur, et la partie fournisseuse de biens de moindre valeur compense cette différence par un versement en argent. On parle alors parfois de compensation partielle. Une telle transaction est en général reflétée dans un seul contrat. Il se peut que la compensation fasse intervenir plus de deux parties. Ainsi, il arrive que soient conclus deux contrats interdépendants selon lesquels A dans le pays X doit fournir des biens à B dans le pays Y, en échange de quoi C dans le pays Y doit fournir des biens à D dans le pays X;

b) *Achat de contrepartie* : transaction entre deux parties selon laquelle la première convient d'acheter des biens d'une certaine valeur à la seconde, qui convient à son tour de lui acheter en contrepartie d'autres biens d'une certaine valeur. A première vue, les deux contrats paraissent indépendants l'un de l'autre, la corrélation des achats étant établie et définie par un troisième accord des parties (souvent appelé "procès-verbal"). Chaque transaction est réglée en argent. L'un des principaux objets de cette forme de transaction est d'équilibrer les dépenses en monnaie convertible de chaque partie. Il est généralement prévu que la partie liée par une obligation d'achat de contrepartie peut s'acquitter de cette obligation au moyen

<sup>28</sup>Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa douzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-quatrième session, Supplément n° 17 (A/34/17)*, par. 22 et 23.

<sup>29</sup>A/CN.9/253.

<sup>30</sup>Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17 (A/39/17)*, par. 132.

d'un achat effectué par une tierce partie. Si la valeur de l'achat de contrepartie est inférieure à celle du premier achat, la différence de valeur est compensée par un versement en argent;

c) *Accord de rachat* : transaction selon laquelle une partie fournit à l'autre une usine ou chaîne de production moyennant un paiement sous forme de produits fabriqués dans l'usine ou sur la chaîne en question. Cette transaction donne généralement lieu à l'établissement d'un contrat unique, à long terme.

36. D'autres types de transaction sont parfois pris en considération dans les débats sur les échanges compensés. Il peut arriver que deux pays concluent un accord intergouvernemental de compensation selon lequel les biens fournis par chaque pays à l'autre font l'objet non pas d'un paiement mais d'une évaluation dans une certaine unité de compte. A une date convenue, on compare les valeurs respectives des fournitures effectuées, et le pays débiteur doit en redresser le déséquilibre. Cette formule est parfois appelée échanges compensés au titre d'arrangements de *clearing*. Il peut arriver que le pays créditeur ou débiteur au moment de la comparaison ait officieusement recouru à une tierce partie, qui effectue la compensation nécessaire en achetant des biens dans le pays débiteur et en remettant le produit au pays créditeur. Dans ce cas on parle parfois de commerce triangulaire.

37. Les opinions divergent fortement quant à la proportion du commerce international qui repose sur des échanges compensés. Il semble cependant que les pays en développement aient été, ces dernières années, de plus en plus nombreux à pratiquer des échanges compensés avec des pays développés<sup>31</sup>. Diverses raisons les y ont incités : pénurie de monnaie convertible permettant de financer des importations selon la formule classique, désir de vendre des produits non traditionnels grâce aux moyens de commercialisation du partenaire du pays développé en désignant ces produits comme biens devant faire l'objet des échanges compensés, possibilité d'utiliser les échanges compensés pour assurer des débouchés sûrs et durables aux produits de base désignés comme devant faire l'objet de ces échanges, désir d'acquiescer un avantage comparé par rapport à d'autres fournisseurs d'un produit en stipulant que les achats de ce produit par le partenaire de pays développé tiendront lieu de paiement pour certaines importations. De leur côté, les entreprises de pays développés sont souvent intéressées par les échanges compensés parce que certaines exportations sont seulement possibles s'il est convenu que le paiement se fera sous la forme de produits fournis en échange. De plus, il arrive qu'une entreprise confrontée à une forte concu-

<sup>31</sup>Voir *Echanges compensés. Pratiques des pays en développement* (Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Paris, 1985); *Primary commodities: countertrade and co-operation among developing countries* (Centre de recherche pour la coopération avec les pays en développement, Yougoslavie, 1984); Jones, *op. cit.*; "International Workshop on Countertrade" (voir plus haut, note 9). Le secrétariat de la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique (CESAP) a fait état d'études sur les modalités d'expansion du commerce, telles que le recours aux éléments positifs des échanges compensés et d'autres arrangements de compensation (E/ESCAP/TRADE/MMT/L.1 du 14 mars 1986).

rence pour l'adjudication d'un marché particulièrement intéressant pousse un arrangement en vue d'échanges compensés pour s'assurer un avantage comparé. La formule des échanges compensés semble aussi être dans une certaine mesure employée entre pays en développement.

38. L'accroissement des activités d'échanges compensés a eu des conséquences d'ordre institutionnel, commercial et juridique. Dans certains pays développés, les gouvernements et le secteur commercial privé ont créé des institutions qui, sans intervenir dans les transactions, donnent des conseils et des informations aux commerçants intéressés par des opérations d'échanges compensés. Quelquefois, ces institutions ne se limitent pas à ce rôle et aident les entreprises à conclure des transactions comportant des échanges compensés (par exemple, en trouvant des acheteurs pour les biens proposés en échange)<sup>32</sup>. En outre, on voit apparaître des sociétés commerciales qui s'intéressent particulièrement aux échanges compensés et ont des compétences spéciales dans ce domaine. Elles sont disposées à trouver des acheteurs pour les produits proposés pour de tels échanges et à donner des conseils en matière financière, et peuvent ainsi faciliter la conclusion de transactions de ce type. Dans quelques pays en développement, les gouvernements sont jusqu'à un certain point intervenus dans ce domaine; ils ont, par exemple, adopté des règles prévoyant que certains types d'importations peuvent seulement être payées sous forme de produits offerts au titre d'échanges compensés ou interdisant que tel ou tel produit fasse l'objet de ces échanges, ou adressé aux organismes de commerce d'Etat des instructions administratives les chargeant d'envisager la possibilité d'échanges compensés lors de la négociation de certains types de contrats.

39. Parmi les organisations internationales, la Commission économique pour l'Europe (CEE) a poursuivi ses travaux sur les échanges compensés<sup>33</sup>. Ainsi, le secrétariat de la CEE a présenté au Groupe d'experts de la CEE sur les contrats internationaux en usage dans l'industrie une proposition concernant l'élaboration d'un guide sur la rédaction de contrats en matière d'opérations de compensation dans le commerce Est-Ouest<sup>34</sup>. Il a été suggéré que le guide comprenne essentiellement les éléments suivants :

<sup>32</sup>"Opérations de compensation à court terme dans le commerce Est-Ouest. Dispositions institutionnelles destinées à aider les exportateurs à remplir leurs obligations au titre d'échanges compensés dans certains pays de la région de la CEE" (TRADE/R.499/Add.1).

<sup>33</sup>Depuis la parution de l'enquête intitulée : "Activités en cours des organisations internationales dans le domaine du troc et des transactions apparentées au troc" (A/CN.9/253), le secrétariat de la CEE a réalisé les études suivantes : "Opérations de compensation à court terme dans le commerce Est-Ouest" (TRADE/R.499); "Dispositions institutionnelles destinées à aider les exportateurs à remplir leurs obligations au titre d'échanges compensés dans certains pays de la région de la CEE" (TRADE/R.499/Add.1); "Contractual features of countertrade transactions in East-West trade" (TRADE/GE.1/R.33/Add.1).

<sup>34</sup>"Proposal for a guide on the drafting of compensation contracts in est-west trade" (TRADE/GE.1/R.33). Cette proposition a été présentée à la vingt-septième session du Groupe (Genève, 9-11 décembre 1985).

"a) Énumération détaillée des types de contrats et de clauses contractuelles en usage dans diverses formes d'opérations de compensation;

"b) Énoncé des dispositions contractuelles les plus couramment utilisées afin d'éviter ou de surmonter des difficultés pouvant survenir dans les opérations de compensation;

"c) Indications concernant le fond et la forme des dispositions qu'il serait, d'après l'expérience acquise à cet égard au niveau international, souhaitable d'inclure dans les contrats en matière de compensation, selon leurs divers types."

Le Groupe d'experts a reporté à sa vingt-huitième session (21-23 juillet 1986) la décision concernant cette proposition, et le secrétariat de la CEE a été prié d'établir une nouvelle note traitant des aspects juridiques des opérations de compensation<sup>35</sup>.

40. Dans son rapport précédent, le secrétariat de la CNUDCI a indiqué qu'à son avis la plupart des études portant sur les échanges compensés montraient que les problèmes soulevés par ce type de transactions étaient d'ordre économique et financier beaucoup plus que d'ordre juridique. Le rapport a cependant mis en évidence certaines clauses contractuelles qu'il convenait de rédiger avec grand soin pour assurer l'efficacité de la transaction et éviter des différends entre les parties. Il s'agit des clauses précisant la nature, la qualité et le prix des biens à proposer pour l'achat de contrepartie, des clauses autorisant l'imposition d'obligations d'achat de contrepartie, des clauses pénales pour défaut d'exécution par l'une ou l'autre partie, et des accords définissant la nature de l'interdépendance entre les obligations des deux parties dans les transactions d'échanges compensés. Les travaux de la CEE ont appelé l'attention sur d'autres clauses contractuelles importantes incluses dans de telles transactions : clauses définissant les méthodes à appliquer pour la révision du prix en cas de livraisons étendues sur une longue période, clauses donnant à l'exportateur initial le droit de remplir ses obligations au titre d'échanges compensés au moyen d'achats effectués auprès d'une personne autre que la partie au contrat d'exportation, clauses limitant les marchés sur lesquels peuvent être vendus des biens faisant l'objet d'achats de contrepartie, clauses établissant un calendrier pour l'exécution d'un engagement d'échanges compensés, clauses définissant les conditions de paiement, clauses stipulant comment peut être obtenue (par exemple au moyen de lettres de décharge) la preuve de l'exécution des obligations au titre d'échanges compensés, clauses prévoyant des garanties d'exécution données par chacune des parties, et clauses de résiliation. Dans ce contexte, il a également été fait mention des clauses d'exonération, du choix des dispositions législatives applicables, et des clauses prévoyant le règlement des différends.

41. La principale source d'information dont dispose actuellement le Secrétariat est constituée par les

publications existant dans le domaine considéré<sup>36</sup>. D'après cette documentation, il est difficile d'affirmer dans quelle mesure des travaux sur les aspects juridiques seraient utiles, ou de déterminer quelle serait la forme optimale à retenir pour de tels travaux. Selon une considération plaidant en faveur de ces travaux, certains milieux bien informés retiennent que même pour les entreprises participant activement au commerce Est-Ouest — dont les échanges compensés sont une caractéristique courante depuis plusieurs années — il est nécessaire de disposer d'une enquête et d'une analyse de la pratique contractuelle et des aspects juridiques. Cette nécessité serait beaucoup plus grande en ce qui concerne les pays en développement. À l'inverse, on peut noter que bien des clauses susmentionnées sont d'usage courant dans les transactions internationales et que leur rédaction aux fins d'une transaction d'échanges compensés ne présenterait peut-être pas de grandes difficultés. De plus, il n'est pas évident que les échanges compensés Nord-Sud comportent des structures contractuelles ou des aspects juridiques étrangers aux échanges compensés Est-Ouest. Les informations et analyses rassemblées au fil des ans concernant le commerce Est-Ouest pourraient être utiles aux entreprises exerçant leurs activités dans le commerce Nord-Sud. Cependant, on ne sait pas avec certitude dans quelle mesure elles sont aisément accessibles pour les pays en développement. Tout bien considéré, il est probable que des travaux de la Commission sur les aspects juridiques des arrangements d'échanges compensés présenteraient un intérêt pour les pays en développement.

42. Si la Commission estime qu'il pourrait y avoir lieu d'entreprendre des travaux sur les échanges compensés, elle souhaitera peut-être d'abord prier le Secrétariat de faire une étude portant sur les dispositions contractuelles rencontrées dans les arrangements d'échanges compensés et sur les difficultés d'ordre juridique qu'elles peuvent entraîner. Une telle étude aurait en particulier pour objet de recenser les difficultés d'ordre juridique rencontrées par les pays en développement engagés dans des échanges compensés et les moyens possibles de les alléger. Ces pays manquant d'informations et d'analyses sur les pratiques en matière d'échanges compensés, l'étude aurait probablement un grand intérêt. D'autres travaux pourraient avoir trait à l'élaboration d'un guide juridique ou d'une loi type, si l'étude la faisait apparaître à la fois réalisable et utile.

43. Les travaux envisagés dans le paragraphe précédent ressemblent de près à ceux que le secrétariat de la CEE a

<sup>35</sup>Rapport de la vingt-septième session (TRADE/GE.1/67), par. 16. La nouvelle note en question est contenue dans le document TRADE/GE.1/R.34.

<sup>36</sup>Les études publiées sur les échanges compensés ne peuvent aisément être divisées en travaux sur les aspects commerciaux et travaux sur les aspects juridiques. Le secrétariat a trouvé très peu d'articles sur les échanges compensés dans les revues juridiques. Les revues commerciales publiées en Amérique du Nord, Europe occidentale et Europe orientale contiennent de très nombreux articles et notes. Il est probable qu'une infime portion de cette documentation soit accessible aux pays en développement. Les documents de la CEE sont peut-être plus faciles à obtenir dans ces pays, mais les lecteurs risquent d'y être découragés par leur orientation manifeste sur le commerce Est-Ouest. Le rapport du "International Workshop on Countertrade" (voir plus haut, note 9) mentionne que le manque d'information sur les pratiques et exigences des échanges compensés constitue un problème dans de nombreux pays en développement.

proposés en ce qui concerne les échanges compensés Est-Ouest au Groupe d'experts de la CEE sur les contrats internationaux en usage dans l'industrie (voir plus haut, par. 39). Si le Groupe, à sa vingt-huitième session qui doit se tenir du 21 au 23 juillet 1986, décide de donner suite à cette proposition, des consultations intersecrétariats pourront être organisées afin d'assurer la coordination requise. Une collaboration avec d'autres organisations internationales intéressées<sup>37</sup> et avec des organismes commerciaux s'occupant d'échanges compensés sera également nécessaire.

## D. Passation des marchés

### 1. Introduction

44. Il n'existe pas d'acception universellement admise pour l'expression "passation des marchés". On y voit parfois un élément d'un processus plus vaste connu sous l'appellation de "gestion des approvisionnements"<sup>38</sup>. Cette expression est d'ordinaire utilisée pour désigner les procédures d'achat de biens et services effectué à l'échelle commerciale par les gouvernements, entités gouvernementales ou entreprises privées, et inclut parfois des activités postérieures à la conclusion d'un contrat. Selon un auteur, la notion de passation des marchés couvre les opérations suivantes :

- "a) Spécification des biens ou services à acquérir;
- "b) Etude du marché et contacts avec les fournisseurs éventuels;
- "c) Passation de la commande ou conclusion du contrat, y compris négociation des conditions;
- "d) Contrôle de la livraison et de l'exécution;
- "e) Mesures à prendre en cas de non-exécution;
- "f) Paiement; et
- "g) Règlement des litiges"<sup>39</sup>.

45. En général, toutefois, l'emploi de l'expression "passation de marchés" est limité aux points a, b et c ci-dessus, et c'est cette acception qui est retenue dans la présente étude. En termes juridiques classiques, le domaine considéré est celui de la formation du contrat.

<sup>37</sup>Le Centre international des entreprises publiques dans les pays en développement, Ljubljana (Yougoslavie), a fait savoir au secrétariat qu'il avait en cours une étude sur les pratiques contractuelles dans laquelle une place particulière était faite aux transactions de rachat. Une analyse des aspects économiques du rachat figure dans l'étude de l'ONUDI intitulée "Le financement des ventes internationales d'usines par le rachat des produits de ces usines" (UNIDO/EX.99).

<sup>38</sup>Voir *Supply Management. Towards better use of equipment and material resources in developing countries* (publication des Nations Unies, numéro de vente : 78.II.H.5). Dans cette étude, on considère que la gestion des approvisionnements englobe la politique et la planification des approvisionnements, la planification et la normalisation des marchés, les achats, le contrôle des stocks, l'expédition, la gestion des pièces, le stockage, la distribution et l'entretien, l'utilisation et l'écoulement.

<sup>39</sup>Gösta Westring, *Marchés publics internationaux. Manuel de formation professionnelle* (Centre du commerce international CNUCED/GATT; UNITAR; Banque mondiale, 1985), Section A.1.1.

Il a été suggéré, lors de sessions antérieures du Groupe de travail sur le nouvel ordre économique international, que des travaux soient entrepris dans ce domaine.

### 2. Approches possibles de la question

46. Les marchés internationaux de biens et services constituent un élément nécessaire de la plupart des projets de développement industriel entrepris par des pays en développement. Une procédure de passation des marchés efficace qui aboutit à la sélection de fournisseurs offrant les conditions les plus intéressantes est un facteur essentiel du succès d'un projet. Dans le contexte de la construction d'installations industrielles, on dit parfois que le choix du fournisseur approprié est aussi important que la rédaction d'un bon contrat de construction, car il réduit considérablement le risque de voir surgir, pendant l'exécution du projet, des difficultés conduisant à des différends juridiques entre les parties.

47. En raison de leur importance, les marchés ont souvent été considérés de points de vue différents, avec parfois, il est vrai, des chevauchements. Bien des projets de développement industriel exécutés dans des pays en développement sont financés par des organismes internationaux de prêt, dont le principal est la Banque mondiale. Ces organismes désirent assurer que les achats effectués avec l'argent qu'ils prêtent soient utilisés en accord avec certaines politiques. Celles-ci sont énoncées dans des directives en matière d'achats publiées par ces divers organismes<sup>40</sup>, ainsi que dans l'accord de prêt conclu entre tel ou tel organisme et l'emprunteur.

48. Bien des organismes internationaux de prêt ont pour objectifs d'assurer économie et efficacité au processus d'achat, de donner au plus grand nombre possible de fournisseurs la possibilité d'entrer à égalité en concurrence pour la fourniture des biens et services nécessaires, et, en leur qualité d'organismes de développement, d'encourager le recours à des fournisseurs dans le pays de l'emprunteur. Quelques-uns de ces organismes précisent que dans certains cas les biens ou services en question doivent provenir de leurs pays membres ou être achetés dans ces pays. Ces politiques trouvent leur expression dans les procédures de passation des marchés définies par les organismes de

<sup>40</sup>Voir, par exemple, Banque internationale pour la construction et le développement et Association internationale de développement : *Guidelines for procurement under International Bank for Reconstruction and Development loans and International Development Agency credits* (1984); Banque interaméricaine de développement : *Guidelines for procurement of goods and construction services under Inter-American Development Bank loans* (1982); Banque asiatique de développement : *Guidelines for procurement under Asian Development Bank loans* (1981); Fonds de développement international de l'Organisation des pays exportateurs de pétrole : *Guidelines for procurement under loans extended by the Organization of Petroleum Exporting Countries Fund for International Development* (1982); Fonds africain de développement : *Rules of procedure for the procurement of goods and services by borrowers from the African Development Fund* (1976); *Guidelines for the borrower on procurement of goods and services and technical reporting requirements of the Saudi Fund for Development* (1979). Voir aussi *Procurement of goods, Sample bidding documents* (1983) et *Procurement of works, Sample bidding documents* (1985), publiés par la Banque interaméricaine de développement et la Banque mondiale.

prêt. En particulier, presque tous ces organismes stipulent que la formule à appliquer normalement est celle de l'appel d'offres international.

49. La question des marchés publics internationaux a également été abordée lors des négociations commerciales multinationales du Tokyo Round, dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). Au cours des débats, on a reconnu "la nécessité d'établir un cadre international concerté de droits et d'obligations concernant les lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics, en vue de réaliser l'expansion et une libération plus large du commerce mondial et d'améliorer le cadre international qui régit le commerce mondial"<sup>41</sup>. Les travaux ont abouti à l'adoption de l'"Accord relatif aux marchés publics" du GATT (ci-après dénommé "l'Accord"). Cet Accord s'applique aux achats de produits et aux achats de services accessoires à la fourniture des produits si la valeur de ces services accessoires ne dépasse pas celle des produits eux-mêmes. Il ne s'applique toutefois pas aux marchés de services en tant que tels. Pour que l'Accord soit applicable à un marché, la valeur des produits et services considérés doit être égale ou supérieure à 150 000 DTS<sup>42</sup>. L'un des principaux objectifs de l'Accord est de faire en sorte que dans les marchés passés par un gouvernement partie à l'Accord, les produits ou fournisseurs d'autres parties à l'Accord ne fassent l'objet d'aucune discrimination<sup>43</sup>, un autre objectif étant d'assurer la transparence des lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics. L'accord prévoit également que dans sa mise en œuvre et son administration, les parties tiendront compte des besoins des pays du tiers monde en matière de développement, de finances et de commerce, et contient plusieurs dispositions à cet effet<sup>44</sup>. Il vise à garantir une concurrence internationale effective dans les procédures d'appel d'offres, et énonce des règles détaillées à observer dans lesdites procédures<sup>45</sup>.

50. La Communauté économique européenne (CEE) a considéré la passation des marchés du point de vue de l'intégration économique des pays de la Communauté. Sa position — eu égard au fait que la libre circulation des biens et services entre les Etats membres constitue l'un des principes fondamentaux du Traité de Rome établissant la Communauté — est que les marchés publics doivent être assurés de la même liberté, même si leur administration est soumise à des procédures spéciales, et qu'il est donc indispensable de coordonner ces procédures et de les rendre "transparentes", de manière à ce que les fournisseurs se voient garantir une information complète et un traitement égal dans les appels d'offres concernant ces marchés, ce qui contribuera en outre à éliminer des obstacles à la libre

circulation comme l'exclusion des soumissionnaires et à promouvoir une authentique concurrence en Europe<sup>46</sup>.

51. Dans de nombreux pays, dont quelques pays en développement, il existe des lois régissant les marchés publics. Ces lois ont des objectifs divers — assurer une large sélection des fournisseurs et un caractère équitable à ce processus de sélection, la conformité avec d'autres règles et règlements adoptés par le gouvernement (par exemple en ce qui concerne les dépenses de devises ou la responsabilité financière), et l'octroi de la préférence aux soumissionnaires nationaux.

### 3. Nature de la loi sur la passation des marchés

52. Les lois et règlements sur la passation des marchés sont conçus afin de concrétiser un certain nombre de choix politiques. Une règle stipulant que, sauf cas tout à fait exceptionnels, le marché doit être passé sur la base d'un appel d'offres international reflète la conception que les intérêts de l'entité acquéreur sont sauvegardés au mieux si elle peut choisir parmi le plus grand nombre possible de fournisseurs. Une règle prévoyant que la publicité d'appel d'offres doit se faire en une seule fois afin de donner aux lecteurs de l'annonce à peu près le même laps de temps pour la soumission de leurs offres traduit le désir d'assurer des chances égales aux soumissionnaires. Une règle selon laquelle une certaine marge préférentielle doit être prévue pour les soumissionnaires du pays de l'entité acquéreur reflète une politique d'encouragement de l'industrie locale. Une règle imposant l'ouverture publique des soumissions procède du principe que la publicité est une garantie contre des pratiques déloyales dans les adjudications. La gamme des questions de politique qui se posent est étendue, et il en apparaît qui peuvent être qualifiées de "sous-questions"; selon une vue, il ne devrait pas — une fois les soumissions faites sur la base d'un appel d'offres international énonçant les critères d'adjudication — y avoir de négociations avec des soumissionnaires après ouverture des soumissions, et le marché devrait être adjugé au moins-disant selon les critères énoncés; d'après une autre vue, les négociations sont admissibles après ouverture des soumissions car elles peuvent avoir pour résultat que le soumissionnaire offre à l'entité acquéreur des conditions encore plus avantageuses.

53. Les lois et règlements sur la passation des marchés reflètent également le caractère essentiellement procédural de l'opération, et contiennent des dispositions qui sont nécessaires à son bon déroulement. Par exemple, ils précisent la forme des soumissions, leur nombre d'exemplaires, leur date d'ouverture et la procédure à suivre à cette occasion. De telles règles ont peu d'aspects

<sup>41</sup>Préambule à l'Accord relatif aux marchés publics, Genève, 12 avril 1979.

<sup>42</sup>Art. 1, 1 a.

<sup>43</sup>L'Accord s'applique non pas à tous les marchés publics, mais seulement aux marchés passés par une entité gouvernementale figurant sur la liste établie par le gouvernement considéré et jointe en annexe à l'Accord.

<sup>44</sup>Art. III.

<sup>45</sup>Art. V.

<sup>46</sup>Les marchés publics de fournitures dans la Communauté européenne, (Bruxelles, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1982, Section 2). Les politiques en question ont été mises en pratique par la Directive du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (*Journal officiel des Communautés européennes*, n° 11, 1971) et par la Directive du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (*Journal officiel des Communautés européennes*, n° 20 et L13). La Communauté est partie à l'Accord du GATT, de même que ses Etats membres.

touchant la politique suivie en la matière. D'autres, par contre, traduisent un souci général d'efficacité ou d'équité dans l'opération de passation des marchés; tel est le cas d'une règle stipulant qu'après ouverture des soumissions, chaque page de chaque soumission doit être paraphée par l'autorité d'ouverture afin d'empêcher une altération ultérieure.

54. Les lois et règlements sur la passation des marchés régissent des aspects particuliers des procédures en la matière, mais ces procédures se situent aussi dans le contexte d'un certain système juridique applicable. Il s'agit généralement du système juridique du pays de l'entité acquéreur, et il arrive que ce système impose des obligations concernant la bonne foi durant les négociations, ou détermine dans quelle mesure une soumission peut être retirée ou modifiée ou à quel moment il y a contrat entre le soumissionnaire et l'entité acquéreur.

55. L'examen des dispositions juridiques régissant la passation des marchés dans un certain nombre de pays en développement fait apparaître une grande variété de situations. Dans certains pays, ces dispositions font depuis longtemps partie du système juridique national, dans d'autres, elles sont d'origine récente. Dans quelques pays, elles précisent en détail divers aspects des procédures, dans d'autres elles abordent seulement quelques éléments et laissent à l'entité concernée une grande latitude pour l'administration des procédures, tandis que d'autres pays encore ne prévoient aucune disposition en la matière. Dans ce dernier cas, il semble que les procédures soient établies de façon ponctuelle pour tel ou tel marché. De nombreux pays ont pour tradition d'adjuger des marchés importants par appel à la concurrence, mais quelques-uns préfèrent procéder par seule négociation ou appliquent une formule combinant appel d'offres et négociation. L'impression générale est que les règles et pratiques en matière de passation de marchés constituent un ensemble composé de règles contenues dans les traditions juridiques et d'éléments généralement connus du processus d'appel d'offres<sup>47</sup>. Jusqu'ici, l'Accord n'a été accepté que par très peu de pays en développement<sup>48</sup>.

#### 4. Travaux futurs possibles

56. Etant donné l'importance de la question pour les pays en développement, il est suggéré que la Commission entreprenne des travaux sur la passation des marchés. Ces travaux pourraient être menés en deux étapes. La première consisterait en une étude des principales questions que pose la passation des marchés. Il pourrait s'agir des questions suivantes : choix des méthodes de passation des marchés par une entité acquéreur, documents à établir pour l'application d'une méthode donnée, aspects concernant la soumission des offres (notamment obligations des parties après soumission), aspects juridiques de l'évaluation des soumissions,

<sup>47</sup>Selon un auteur, il a été difficile de retrouver une étude à jour sur la pratique des pays en développement en ce qui concerne les méthodes de passation des marchés (Westring, *op. cit.*, section A.2.3.2).

<sup>48</sup>On se souviendra que, de toute manière, l'Accord s'applique uniquement aux achats de produits et de services accessoires à la fourniture des produits.

conclusion d'un contrat fondé sur une adjudication. L'étude pourrait inclure des descriptions de procédures couramment utilisées, définir des politiques favorables ou opposées à certaines procédures, et — dans la mesure du possible — indiquer comment les questions sont traitées dans les règles et pratiques des pays en développement. Une telle étude serait pour les gouvernements et entités gouvernementales une précieuse source d'informations sur les aspects de politique pertinents, et leur permettrait de réévaluer l'adéquation de leurs règles et pratiques.

57. En ce qui concerne les domaines à traiter, l'étude pourrait être axée sur les marchés relatifs à divers types d'installations et projets d'infrastructure intéressant l'industrie et sur des équipements publics comme les ports et les hôpitaux. Cette orientation serait justifiée par l'importance qu'ont de tels projets pour les pays en développement. On pourrait laisser au Secrétariat le soin d'examiner s'il conviendrait également de faire porter l'étude sur les achats de seuls produits.

58. Au cours de la seconde étape, et en fonction des besoins mis en évidence par l'étude, les travaux pourraient viser à élaborer des règles régissant la passation des marchés. De telles règles pourraient servir de modèle pour les gouvernements, entités gouvernementales et entreprises privées des pays en développement lorsqu'il s'agira d'élaborer des dispositions adaptées à leurs besoins.

59. Le Secrétariat a déjà entrepris des recherches touchant la passation des marchés en vue de rédiger le chapitre du Guide relatif à la conclusion d'un contrat de construction<sup>49</sup>. A son avis, il ne serait pas souhaitable d'élargir la portée de ce chapitre pour y inclure une étude comme celle décrite dans le paragraphe précédent. Une telle étude relèverait d'une approche différente de celle retenue dans un projet de chapitre du Guide, où il s'agit avant tout de conseiller l'acquéreur d'installations industrielles en matière de rédaction. De plus, il faudrait alors élargir le projet de chapitre considéré, qui serait ainsi disproportionné par rapport aux autres projets de chapitre du Guide. A cela s'ajouterait que les recherches supplémentaires sur la passation des marchés requises afin d'atteindre les objectifs énoncés dans le paragraphe précédent retarderaient l'achèvement du Guide. Il convient toutefois de noter que grâce aux informations sur la passation des marchés qu'il a déjà réunies en vue de l'établissement du Guide, le Secrétariat serait en mesure de commencer des travaux sur la question aussitôt achevées ses activités portant sur ledit Guide.

## II. Conclusions relatives aux travaux futurs

60. Les conclusions de la présente Note quant aux travaux futurs dans le domaine du nouvel ordre économique international peuvent être résumées comme suit. En ce qui concerne les contrats de coopération industrielle (section A), il est suggéré de reporter les

<sup>49</sup>Chap. III, "Procédure de conclusion du contrat".

travaux à plus tard, en attendant que leur nécessité soit plus clairement établie (par. 18 à 21). Pour ce qui est des coentreprises (section B), il semble qu'une entreprise de pays en développement ayant constitué avec une entreprise de pays développé une coentreprise visant entre autres la construction d'installations industrielles trouvera suffisamment de conseils et d'assistance dans le Guide (par. 27 à 30). Au sujet des aspects juridiques des coentreprises en général, il est noté que les types d'accords de coentreprise peuvent être très divers et qu'il est donc difficile d'envisager quels travaux la Commission peut utilement entreprendre dans ce domaine (par. 31).

61. Les échanges compensés (section C) tiennent une place accrue dans le commerce de nombreux pays en développement, aussi serait-il peut-être judicieux d'entreprendre des travaux visant à recenser et à résoudre les problèmes d'ordre juridique rencontrés à cet égard par les pays en développement (par. 41). On constate également que les marchés publics (section D) ont une grande importance pour les pays en développement et qu'une étude portant sur les principales questions se posant dans ce domaine serait peut-être utile. Cette étude pourrait, à un stade ultérieur, être suivie de l'élaboration de règles types régissant la passation des marchés (par. 55 à 58).