

NATIONS UNIES
ASSEMBLEE
GENERALE

FILE COPY



Distr. GENERALE
A/CN.9/357
19 septembre 1991
FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR
LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Vingt-cinquième session
New York, 4-22 mai 1992

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL DES PAIEMENTS INTERNATIONAUX
SUR LES TRAVAUX DE SA VINGT-TROISIEME SESSION
(New York, 3-10 septembre 1991)

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
INTRODUCTION	1 - 11	2
I. DELIBERATIONS ET DECISIONS	12 - 13	5
II. EXAMEN DES PROJETS DE CHAPITRES DU GUIDE JURIDIQUE POUR L'ELABORATION DE CONTRATS INTERNATIONAUX D'ECHANGES COMPENSES	14 - 101	5
VII. EXECUTION DE L'ENGAGEMENT D'ECHANGES COMPENSES	18 - 29	6
VIII. PARTICIPATION DE TIERS	30 - 39	9
X. RESTRICTIONS A LA REVENTE DES MARCHANDISES	40 - 49	10
XI. CLAUSES DE DOMMAGES-INTERETS SPECIFIES ET CLAUSES PENALES	50 - 63	12
XIII. DEFAUT D'ACHEVEMENT DE L'OPERATION D'ECHANGES COMPENSES	64 - 76	15
XIV. CHOIX DE LA LOI APPLICABLE	77 - 85	17
XV. REGLEMENT DES LITIGES	86 - 92	19
PROJETS D'EXEMPLES DE DISPOSITIONS	93 - 101	21

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 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

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 No 17 (A/41/17), par. 243.

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. DELIBERATIONS ET DECISIONS

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'ELABORATION DE CONTRATS INTERNATIONAUX D'ECHANGES COMPENSES

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. EXECUTION DE L'ENGAGEMENT D'ECHANGES COMPENSES
(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'échanges 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 fournitures 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 A 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-INTERETS SPECIFIES ET CLAUSES PENALES (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. DEFAUT D'ACHEVEMENT DE L'OPERATION D'ECHANGES COMPENSES
(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 "précontractuels", 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 qu'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. REGLEMENT 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 examiner 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 I ("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.