



TOGETHER
for a sustainable future

OCCASION

This publication has been made available to the public on the occasion of the 50th anniversary of the United Nations Industrial Development Organisation.



TOGETHER
for a sustainable future

DISCLAIMER

This document has been produced without formal United Nations editing. The designations employed and the presentation of the material in this document do not imply the expression of any opinion whatsoever on the part of the Secretariat of the United Nations Industrial Development Organization (UNIDO) concerning the legal status of any country, territory, city or area or of its authorities, or concerning the delimitation of its frontiers or boundaries, or its economic system or degree of development. Designations such as “developed”, “industrialized” and “developing” are intended for statistical convenience and do not necessarily express a judgment about the stage reached by a particular country or area in the development process. Mention of firm names or commercial products does not constitute an endorsement by UNIDO.

FAIR USE POLICY

Any part of this publication may be quoted and referenced for educational and research purposes without additional permission from UNIDO. However, those who make use of quoting and referencing this publication are requested to follow the Fair Use Policy of giving due credit to UNIDO.

CONTACT

Please contact publications@unido.org for further information concerning UNIDO publications.

For more information about UNIDO, please visit us at www.unido.org



08796 — F



Distr. LIMITEE

ID/WG.287/4
8 novembre 1978

Original : ANGLAIS/FRANCAIS

Organisation des Nations Unies pour le développement industriel

Réunion d'experts sur le financement industriel
Vienne (Autriche), 6-8 décembre 1978

**NOTE SUR UNE SUGGESTION CONCERNANT LES GARANTIES DES ETATS
DANS LES CONTRATS DE COOPERATION INDUSTRIELLE***

par
P. Khan**

* Les vues et opinions exprimées dans ce document sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les vues du Secrétariat de l'ONUDI. Le présent document n'a pas fait l'objet d'une mise au point rédactionnelle.

** Institut de relations internationales, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Université de Dijon.

1 - Cette note tente de prendre en compte la revendication exprimée de plus en plus nettement par les pays en développement (1) d'une exécution en nature des contrats de production qu'ils sont amenés à conclure directement ou le plus souvent par le canal d'une entreprise nationale. Pour y parvenir les pays en développement demandent une garantie d'exécution de l'Etat d'origine des entreprises multinationales qui sont leurs principaux partenaires. Le but de cette note est d'essayer de déterminer si une telle garantie est possible et selon quelles modalités elle serait la plus opérationnelle dans la conjoncture actuelle. La garantie envisagée consisterait à introduire un cautionnement bilatéral fourni par les Etats dont ressortissent le vendeur et l'acheteur; ou, si l'on préfère une terminologie tenant mieux compte de l'évolution des contrats internationaux, des fournisseurs des biens d'équipement, du complexe industriel et/ou de la technologie et de l'acquéreur des mêmes biens et services (2).

-
- (1) Voir notamment mémoire présenté par l'Algérie à la Conférence des Souverains et Chefs d'Etats des Pays membres de l'OPEP, Alger, mars 1975, p.211. Annexe VI, Des rapports de droit entre entreprise des pays du Tiers monde et entreprise des pays développés.
- (2) Sous la Direction de Juliet-Kahn, Kiss et Touscos, Transfert de technologie et Développement, Librairies Techniques, Paris 1977.

2 - Pour bien saisir la portée de la revendication, il faut préciser que les schémas de développement généralement adoptés par les pays en développement sous l'influence des doctrines dominantes entraînent le plus souvent l'achat à l'étranger de grands ensembles industriels, en tout cas de grandes unités selon la formule du clé en main. Il en résulte que, pour un pays donné et dans un secteur économique donné, ne fonctionneront que quelques entreprises si ce n'est pas une seule entreprise. Aussi, lorsque l'un d'entre elles marche mal, outre le dommage direct subi par l'acheteur, surgit-il un important dommage indirect subi par l'état de l'acheteur qui est très grave, car c'est sa politique de développement qui est compromise. Cette situation est propre aux pays en développement car dans un pays industrialisé, la défaillance d'une entreprise est compensée par l'activité d'une autre entreprise. Ce phénomène, fondamental, voit son amplitude accrue par les insuffisances en technologie de production et en technologie de gestion qui caractérisent le sous-développement. Elles conduisent, dans un premier temps, à des conclusions de contrat mal fondées, puis dans tous les cas à des difficultés dans le contrôle de l'exécution et souvent, quels que soient le comportement et la volonté du vendeur, à une mauvaise réception dans le milieu local.

3 - Mais la relation primitive s'est compliquée. En effet, les relations commerciales internationales ont d'abord été réglées par un contrat, la vente, dont l'économie repose sur l'antagonisme des parties

sur un simple rapport individuel où chacune des parties poursuit son seul avantage : c'est un échange de marchandise contre un prix et toutes les difficultés relatives à la formation et à l'exécution du contrat peuvent se résoudre par une indemnisation monétaire (1). Là, les opérations nouvelles de production articulées sur la révolution technologique portent sur des biens difficilement assimilables aux marchandises d'antan (2). Le produit final comme les moyens d'y parvenir sont souvent d'une grande complexité et à la vente ont succédé des contrats comme la vente clé en main, produit en main, d'ingénierie, de consortium par exemple, où l'antagonisme primitif est corrigé par la nécessité d'une coopération entre les parties, le contrat ne pouvant s'exécuter que si les deux parties collaborent et remplissent l'une et l'autre leurs obligations en nature. De surcroît les obligations d'information, d'assistance, de formation sont souvent réciproques. La réciprocité est accentuée par le fait que l'exécution des prestations s'étend sur une longue période de temps et à la complexité technologique des opérations s'ajoute l'incertitude sur l'économie et le devenir du contrat conclu.

4 - Mais, malgré l'évolution des formules contractuelles, subsistent les éléments principaux de la technique juridique souvent insuffisamment assimilée par les hommes politiques qui expriment la revendication d'une garantie et par les techniciens non spécialistes du droit qui concluent les contrats. Il en résulte de nombreux malentendus sur l'interprétation des contrats et sur l'imputation des

(1) Ph. Kahn, La vente commerciale internationale, Sirey, Paris 1961.

(2) L'accord industriel international, Librairies Techniques, Paris 1975 ;
Le contrat économique international, Colloque Louvain 197 , Pédone,
Paris 1976.

inexécution incriminées, donc sur la garantie.

5 - Ainsi, tout au moins pour les droits qui relèvent du système continental, les obligations qui naissent d'un contrat -de vente pour l'exemple- relèvent d'une classification à trois branches, les obligations de moyens, de résultat et de garantie (1).

6 - Dans les obligations de moyen, le débiteur (le vendeur) s'oblige simplement à faire tous ses efforts pour parvenir au résultat promis. Si le contrat n'est pas exécuté, le créancier (acheteur) doit prouver que le vendeur a commis une faute dans l'exécution. Dans les obligations de résultat, le vendeur s'engage à fournir le résultat promis comme précédemment mais n'est exonéré que s'il peut prouver que l'inexécution est due à la force majeure ou à un fait extérieur à lui. Enfin, dans l'obligation de garantie, le vendeur s'engage à accomplir la prestation promise sans pouvoir se dégager même en cas de force majeure. Ainsi, contrairement à ce qui est généralement soutenu, ce qui différencie un contrat clé en main d'un contrat produit en main, ce n'est pas que dans le premier cas le vendeur assumerait des obligations de moyen et dans le second cas des obligations de résultat. En effet, il peut dans l'une et l'autre vente assumer ces obligations et/ou des obligations de résultat. C'est la lecture du contrat et l'étude des causes d'exonération que peut invoquer le vendeur qui permettent la qualification des obligations assumées. La différenciation repose sur le nombre et l'étendue des obligations acceptées non seulement par le vendeur, mais aussi par l'acheteur, car si le plus grand nombre d'entre elles est supportée par le vendeur, le contrat ne peut correctement

(1) Pour un exposé clair et moderne du droit des contrats : Farjat, droit privé de l'Economie ; 2 - Théorie des obligations, collection Themis, Presses universitaires de France, Paris 1975.

s'exécuter qu'avec la participation des deux partenaires.

7 - Cependant cette classification souffre de difficulté d'application dans les contrats complexes de coopération industrielle car ces contrats sont à la fois composés par un faisceau d'obligations qui sont tantôt de moyen, tantôt de résultat, mais dont la réunion forme un tout dont la qualification n'est pas évidente. D'autant plus que les obligations du vendeur et de l'acheteur sont enchevêtrées et que l'exécution des unes subordonne souvent l'exécution des autres.

8 - Une autre précision doit être apportée : dans la pratique contractuelle on rencontre dans la plupart des cas des clauses de garantie rédigées de la façon suivante :

ART. 21 - GARANTIES

21.1 GARANTIES MECANIQUE

21.1.1 Le *CONSORTIUM* garantit :

- que les procédés technologiques et les projets des *UNITES* correspondant à l'objet du présent Contrat ont été établis sur la base des techniques modernes connues à l'entrée en vigueur du Contrat;
- que les équipements à fournir seront exécutés en conformité avec les *SPECIFICATIONS TECHNIQUES* annexées au présent Contrat;
- la bonne qualité des matériaux employés pour la construction de l'équipement;
- la bonne qualité de l'exécution en atelier et du montage;

aux conditions suivantes :

21.1.2 La *PERIODE DE GARANTIE* sera, pour chaque *SECTION*, de 12 mois à partir de la date du procès-verbal de la *RECEPTION PROVISOIRE*, mais non supérieure à 24 mois à partir de la date des livraisons FOB au cas où la *RECEPTION PROVISOIRE* était retardée pour des raisons non imputables au *CONSORTIUM*.

Dans cette période le *CONSORTIUM* s'engage à remédier à ses frais aux défauts qui lui sont imputables et qui résultent de la non conformité avec les dispositions du point 21.1.1. Les pièces défectueuses seront réparées ou remplacées au choix du *CONSORTIUM*.

Pour les pièces remplacées ou réparées la garantie du *CONSORTIUM* est valable pour une période de 12 mois à partir de la date du remplacement ou de la réparation.

La validité de cette garantie expirera au plus tard 6 mois après la fin de la garantie de la *SECTION* concernée.

La fourniture des pièces mentionnées plus haut dans cet Article aura lieu suivant toutes les autres conditions du présent Contrat, valables pour les pièces originales.

Si une pièce quelconque parmi celles devant être remplacées fait partie du lot de pièces de rechange prévues par le Contrat, le *GOUVERNEMENT* la mettra à la disposition du *CONSORTIUM* qui l'utilisera et la remplacera aussitôt que possible pour compléter le lot de pièces de rechange précité.

21.1.3 A la fin de la *PERIODE DE GARANTIE*, comme prévu au point 21.1.2 la réception définitive sera acquise.

21.2 GARANTIES DE FONCTIONNEMENT

21.2.1 Le *CONSORTIUM* garantit le fonctionnement satisfaisant des différentes *SECTIONS* de l'*INSTALLATION*, c'est-à-dire que chaque *SECTION*, en conditions normales d'exploitation et d'entretien, est capable d'atteindre les productions prévues à l'Annexe n. 3.

21.2.2 Les garanties de fonctionnement s'entendent accomplies pour chaque *SECTION*: à la rédaction du procès-verbal mentionné à l'Art. 20.

Contrairement à ce que semble impliquer une lecture littérale de ces clauses, il ne s'agit pas d'un renforcement des engagements pris par le vendeur, mais d'une limitation de sa responsabilité. En effet, alors que portant sur l'objet du contrat définit assez largement les obligations du vendeur, la clause de spécification apporte une plus grande précision et la clause de garantie vient concrétiser les modalités selon lesquelles le vendeur accomplira effectivement ses engagements. Et généralement alors que le droit applicable conduirait à une durée de responsabilité longue (prescription de l'action) la clause limite celle-ci de quelques mois à un an dans les hypothèses les plus favorables. De même, alors que les principes généraux de la

responsabilité contractuelle conduiraient à une réparation d'un dommage constitué par la perte subie effectivement et le gain non accompli, finalement la plupart des clauses de garanties aboutissent au simple remplacement des pièces ou des machines inadéquates. A fortiori la réparation du dommage indirect, si importante pour l'économie d'un pays en développement, est-elle exclue. En réalité le vendeur ne garantit rien lui-même, il ne fait qu'exécuter ses obligations qu'il cherche à réduire.

9 - Ainsi, quand on envisage une garantie d'exécution, faut-il bien définir en quoi consiste cette garantie et ne jamais oublier qu'une garantie extérieure au vendeur (ou à l'acheteur) ne va jamais au-delà de l'engagement précis du vendeur (ou de l'acheteur). Il faut donc se reporter à la définition contractuelle des obligations de l'un et de l'autre en tenant compte des clauses qui sous des formes diverses réduisent la responsabilité des co-contractants soit en ce qui concerne son étendue, soit en ce qui concerne la nature et le montant de l'indemnisation.

10 - Ces premières précisions apportées, les garanties d'exécution au sens juridique du terme que peut donner le vendeur à l'acheteur sont diverses.

11 - La première garantie touche directement l'exécution en nature du contrat : ce sont tous les droits que donne le vendeur à l'acheteur pour surveiller l'exécution et éventuellement la corriger en intervenant. Il s'agit principalement du droit de visite de l'acheteur aux établissements du vendeur pour surveiller la fabrication, du droit de faire des observations et d'imposer des changements, du droit de refuser la présence au lieu de montage de certains assistants

techniques etc... Cette pratique est extrêmement fréquente à l'occasion des prêts faits par la Banque Mondiale. Cette dernière outre les documents comptables qu'elle se fait communiquer envoie souvent sur place des fonctionnaires pour examiner l'état d'avancement des études et des travaux et formuler les observations qui apparaîtraient utiles. En effet c'est la surveillance de l'exécution du contrat qui constitue peut-être la meilleure des garanties. Et cette pratique s'est généralisée dans les prêts faits par les institutions financières internationales.

12 - Les autres garanties couramment utilisées sont des sûretés que donne le vendeur (ou l'acheteur) afin que les conséquences financières de l'inexécution soient bien supportées par le débiteur et non par le créancier. Il s'agit de sûretés réelles (hypothèque, gage, warrant) mais surtout de sûretés personnelles sous forme de cautions bancaires. Enfin le système est conforté par des assurances couvrant divers risques d'exécution. Ce système, assez efficace, protège partiellement ou totalement contre l'insolvabilité du débiteur, mais il ne concerne que les conséquences financières de l'inexécution dans la mesure où elle est imputable audit débiteur. Il se situe dans le cadre de rapports individuels antagonistes et non dans la nouvelle philosophie de la coopération industrielle.

13 - Si l'on se tourne maintenant du côté des Etats, on s'aperçoit que les Etats qui relèvent d'une philosophie libérale et soutiennent ne pas intervenir dans la conclusion et l'exécution de contrats privés, ont en réalité une politique de participation. En effet, dans le but d'encourager les exportations de produits et les exportations de capitaux, de nombreux Etats ont mis sur pied des systèmes d'assurance qui couvrent les risques propres aux rapports économiques avec l'étranger : risques de change, risques politiques, y compris la nationalisation et même des risques commerciaux (assurance

prospection) ; de même des systèmes de financement des exportations appuyés sur la puissance publique fonctionnent dans tous les pays industrialisés. Il en résulte directement ou indirectement un certain dirigisme étatique contractuel et une bonne connaissance des contrats par les agents de l'Etat qui interviennent ou suivent la conclusion et l'exécution des contrats et le règlement des différends. Cette constatation est importante car elle apporte la preuve que les Etats libéraux ont une certaine expérience directe des contrats industriels.

14 - Par ailleurs, et cela nous rapproche des propositions qui vont suivre, il existe des cas précis où les Etats garantissent la bonne fin des contrats privés. En matière de prêt effectué par la Banque mondiale à une entreprise commerciale, industrielle ou agricole, l'Etat-membre (ou la Banque centrale) doit garantir intégralement le remboursement du principal et le service des intérêts et autres charges afférentes au prêt (Statut de la BIRD, article III, Section 4 (1)). C'est ainsi (parmi tant d'autres) que le prêt effectué à la compagnie minière de l'Ogooué pour un projet relatif à l'exploitation de mines de manganèse a été garanti à la fois par la France, le Gabon et le Congo, ou le prêt effectué à la Camel a été garanti par l'Algérie. Mais il s'agit d'une pratique courante en matière d'emprunts internationaux qui se retrouve aussi bien dans les prêts faits par les organismes financiers internationaux autres que la Banque mondiale et que dans les emprunts émis sur le marché des euro-obligations. Mais la pratique va beaucoup plus loin : le protocole signé par la France le 14 mars 1978 avec l'Organisation arabe pour une industrie militaire prévoit que la France garantira la conformité des matériels militaires commandés par l'OAI à des industriels français. Le protocole constitue un accord-cadre qui fixe les modalités d'intervention par les industriels français avec les pays arabes intéressés.

15 - L'examen de la coopération industrielle internationale montre une certaine extension de cette méthode d'accords interétatiques formant le cadre des accords privés.

16 - La plupart des accords interétatiques de coopération industrielle et technique envisagent plusieurs formes de coopération : coopération aux stades des études et de l'exécution pour l'équipement d'unités économiques nouvelles ou la modernisation d'unités anciennes, coopération pour des réalisations en commun au stade de la production, coopération par échange de brevets, de procédés et de documentation etc... Très souvent une structure paritaire est mise en place, Comité ou Commission à compétence générale, assistée par des commissions sectorielles dont la mission est d'assurer le suivi et le fonctionnement de la coopération. Notamment ce Comité (ou la Commission), joue un rôle intéressant en intervenant comme organisme de conciliation dans la bonne exécution des contrats conclus entre entreprises (privées et/ou publique) des deux pays. En effet, l'instrument juridique privilégié de la coopération est le contrat commercial international sous les différentes qualifications qu'il peut recevoir quand il apporte des avantages réciproques aux parties et permet d'atteindre les objectifs de coopération industrielle définis par les accords (entreprises conjointes, contrats liés en main, contrats de licence, contrats d'assistance technique etc...).

17 - Mais très curieusement ce montage -devenu classique- subit depuis quelques années une déformation riche d'avenir : l'accord de coopération inter-entreprises. On constate en effet l'apparition sous des vocables divers (protocoles, accord cadre etc...) d'accords conclus entre les agents économiques qui interviennent dans les relations des deux pays et qui sont de véritables accords de coopération industrielle entre entreprises. La raison en est probablement dans la difficulté de concrétiser une véritable coopération s'inscrivant dans un

cadre à long terme et dans un environnement technologique complexe uniquement avec des contrats conclus au coup par coup. Or, tout en agréant l'idée d'une collaboration opérationnelle prolongée, les agents économiques ne sont sans doute pas encore prêts à une collaboration de type institutionnel. Par ailleurs les besoins de prévision et de planification à moyen et à long terme ainsi que ceux d'une procédure de réadaptation sont mal satisfaits par des contrats clés en main conclus coup par coup et a fortiori par des contrats de licence, besoins que l'association aurait pu satisfaire si elle avait été acceptée. En d'autres termes il fallait trouver une forme juridique de coopération moins contraignante que la forme institutionnelle (société) et plus stable que la forme opérationnelle (clés en main). La solution dégagée par la pratique en dehors de tout texte précis a été la mise sur pied d'accords cadre de coopération.

18 - Ces accords cadre applicables pendant une durée assez longue délimitent le domaine et les conditions de la coopération entre les agents économiques des deux Etats, dans celle-ci s'articulant nécessairement avec l'accord interétatique. Ils sont conclus au plus haut niveau des entreprises. Des secteurs précis de coopération sont déterminés et des commissions de secteur sont prévues qui, se réunissant alternativement dans chacun des pays signataires, ont à charge de mettre en oeuvre la politique de coopération qui doit aboutir à la conclusion des contrats opérationnels. Suivant les accords, il n'existe qu'une commission (générale) et non pas des commissions de secteur ou encore l'une et les autres. Ces commissions ont aussi à intervenir pour tenter de régler les difficultés relatives à l'interprétation et à l'exécution des contrats concrets. L'arbitrage prévu dans les contrats subsistant si cette phase de conciliation n'aboutit pas.

19 - La nature juridique de ces accords cadre (protocoles, accords de coopération etc...) est difficile à déterminer car ils sont plus des déclarations d'intention que des engagements formels, des procédés de gestion que des sources de droit. Ils ressemblent beaucoup aux accords conclus par les Etats dont leurs signataires ressortissent et ils constituent une étape dans un instrument d'application de l'accord interétatique.

20 - Le pragmatisme intégré (dans l'accord interétatique, en amont, dans les contrats concrets en aval) de ces accords transposé dans les rapports entre pays développés et pays en développement pourrait conduire à une estimation plus précise des besoins industriels des pays en développement et l'élaboration d'une politique plus concertée, plus prolongée et par voie de conséquence plus cohérente incluant à la fois les Etats et les entreprises dans la détermination d'un programme, des étapes de son déroulement et des moyens d'y arriver puisque les rapports interétatiques d'une part et les rapports inter-firmes d'autre part seraient construits en regard les uns des autres. Et c'est sur la base de cette concertation que l'Etat du fournisseur de biens d'équipement, de complexes industriels et de technologie pourrait être amené à fournir sa garantie de bonne fin. Et que l'Etat de l'acquéreur pourrait également être amené à garantir certaines obligations acceptées par lui et dont l'exécution est indispensable pour la bonne réalisation du projet.

La garantie de bonne fin accordée par les Etats

21 - Dans l'accord de coopération tel qu'il est actuellement construit, les propositions faites par l'Etat industriel sont surtout élaborées en fonction des capacités et des besoins de ses entreprises, corrigées par quelques éléments de politique générale. L'Etat n'est

pas directement engagé par l'exécution des contrats concrets, du moins le plus souvent. Au nom de la liberté des entreprises, il ne s'en sent pas le droit, au nom de son absence de pouvoir dans le choix des partenaires, il ne s'en donne pas le droit.

La double procédure exposée supra devrait permettre de gommer, d'estomper la difficulté, étant entendu que coopération implique durée.

En effet, au stade de la négociation de l'accord interétatique bilatéral, il appartiendrait à chaque Etat d'être très attentif à bien définir le domaine et l'étendue de la coopération projetée. Puis les grandes lignes des rapports entre les Etats ayant été fixées par eux, les exécutants pourraient affiner les projets en élaborant leurs propres accords cadres.

Dans un deuxième stade à travers la procédure des Comités mixtes et des commissions sectorielles, les Etats pourraient examiner ensemble les projets de leurs agents économiques et ceux qui seraient acceptés recevraient les encouragements propres à chaque Etat et/ou ceux prévus par le Traité. Parmi ces derniers on pourrait prévoir que chaque Etat garantirait la bonne exécution de leurs obligations ou de certaines d'entre elles par les entreprises relevant de lui. Cette garantie se décomposerait en une intervention pour une exécution en nature qui conduit seule au développement et d'une approche correcte de leurs rapports. Mais à défaut de pouvoir obtenir une exécution en nature, il supporterait la charge financière d'une responsabilité contractuelle.

Le système proposé se rapproche d'un système de cautionnement

22 - L'Etat ne garantit pas son national contre un risque, il garantit l'autre Etat partie au traité de coopération et le ressortissant du dit Etat que le contrat conclu sur la base des accords de

coopération interétatique et interentreprises et après examen sera convenablement exécuté par son national. Il lui appartient donc à lui d'éliminer des procédures de coopération les entreprises douteuses ou d'en supporter les conséquences. Ce n'est donc pas un système d'assurance du type de ceux dont il a été fait mention (supra n° 12). En effet, dans un système d'assurance, même si l'Etat supporte une part des charges financières, l'entreprise assurée paie des primes calculées sur la notion de risque couru par l'assureur ; il y a subrogation de l'Etat dans les droits de l'assuré, une sélection des pays en fonction des bons et mauvais risques, quelquefois une subordination de l'assurance à l'existence de convention garantissant un certain régime des investissements sur le territoire de l'Etat d'accueil, un accès libre au système d'assurance par l'agent économique pourvu qu'il remplisse les conditions objectives posées par l'assureur (statuts et polices).

23 - Les problèmes principaux qui apparaissent sont de trois ordres : le coût d'une telle garantie pour chacun des Etats, la définition de la garantie et enfin, sur le plan politique, le lien à déterminer entre coopération et dépendance.

La charge financière pour chacun des Etats

24 - On peut craindre que les entreprises se sachant appuyées par la puissance publique soient négligentes dans l'exécution de leurs obligations. On ne peut certes jamais éliminer totalement un tel risque. Mais compte tenu des procédures préalables, du sérieux des projets, de la qualité des entreprises en cause, la plupart des projets aboutiront normalement et la charge financière ne devrait pas être lourde. En tout cas, la garantie n'est pas une garantie donnée une fois pour toutes. Elle est spéciale à chaque contrat. En effet, le véritable problème est celui de son étendue.

Etendue de la garantie

25 - La détermination de l'étendue de la garantie de l'Etat peut être faite à un double point de vue : celui des obligations garanties, celui des conditions auxquelles est subordonné l'accord de la garantie.

Les obligations garanties

26 - La garantie de l'Etat est évidemment liée à la détermination des obligations contractuelles de l'entreprise qui ressortit de lui. Il faut savoir exactement à quoi est engagé le vendeur (ou l'acheteur) pour déterminer l'engagement du garant. Mais il reste une importante marge d'appréciation - car, suivant le système retenu, la garantie de l'Etat peut être moins étendue ou plus étendue que l'engagement du contractant-. Les contrats de production sont complexes et comportent des faisceaux d'engagements portant sur des obligations matérielles (la livraison de biens d'équipement), et sur des prestations intellectuelles (fourniture de know how, assistance, formation de personnel etc...). On peut concevoir que l'Etat ne garantisse qu'une partie de ces obligations. En sens contraire, l'Etat -notamment l'Etat industrialisé- pourrait accepter de prendre en charge le préjudice indirect causé par l'inexécution du vendeur, préjudice qui est plutôt d'ordre social que d'ordre individuel. Il y aurait donc à prendre position sur les obligations dont l'exécution est garantie et sur le montant (étendue) de la garantie. De même il faut prendre position sur le point de savoir si la garantie accordée est une garantie d'exécution en nature ou d'exécution par substitut monétaire. La réponse n'est pas simple. La revendication des pays en développement est une revendication d'exécution en nature. Dans les secteurs où existent des

entreprises publiques ayant la même activité que celle de l'entreprise qui a conclu le contrat, on peut concevoir que l'Etat, en cas d'inexécution, fasse exécuter les obligations défaillies par l'entreprise qui relève de son autorité avec les difficultés (possession de la technologie, allongement des délais) que cela suppose. Il faut également tenir compte que les entreprises sont choisies par une opération à procédure à laquelle les deux Etats intéressés participent de façon permanente. Il en résulte un contrôle continu sur l'exécution du contrat. Or, l'Etat dispose de moyens de pression efficaces -s'il veut s'en servir- pour contraindre le vendeur (ou l'acheteur) à exécuter correctement. Le principal obstacle alors à l'exécution en nature devient les difficultés d'exécution d'ordre technique où la contrainte est sans résultat et la substitution d'exécutants peu plausible. La seule réparation qui subsiste est une réparation d'ordre monétaire, partiellement inadéquate, mais qui reste la solution résiduelle.

27. - En liaison avec la détermination de l'étendue de la garantie de l'Etat se pose le problème de la mise sur pied d'une procédure de règlement des différends, qu'il s'agisse de prendre des mesures urgentes, de constater des défaillances et d'établir leurs imputations, de proposer des réparations appropriées. La plupart des grands contrats de production comportent une clause d'arbitrage et l'on peut noter dans la pratique récente une tendance à augmenter les pouvoirs des arbitres et le nombre de leurs missions : référé arbitral, arbitrage technique etc... (1). La sentence rendue suivant les cas est opposable ou non aux sous-traitants et aux garants de chacune des parties. Ici,

(1) Cypriot, L'arbitrage et les contrats commerciaux à long terme, Rev. de l'arbitrage, 1976, p. 91 ; Congrès internationaux de l'arbitrage Moscou 1972, Rev. de l'arbitrage 1972, p. 163, New Delhi, 1975, Rev. de l'arbitrage 1975 p. 3, Réunion intermédiaire de Vienne 1976, Rev. de l'arbitrage, 1977, p. 3.

comme chaque fois qu'un Etat est en cause, les choses sont plus délicates. Puisque les finances publiques sont engagées, l'Etat doit avoir une possibilité d'intervention directe dans la procédure sans que cela conduise à la paralysie du contrat et supprime la responsabilité des parties. L'arbitrage reposant en grande partie sur la confiance qu'ont les parties en la personne des arbitres, il devrait y avoir dans la clause compromissoire une définition précise des missions qui leur seraient confiées, clause compromissoire qui devrait être spécialement acceptée par les Etats lors de la procédure d'agrément. Il devrait y avoir également un accord spécial sur les modalités de désignation des arbitres. Sauf pour les mesures urgentes, une procédure amiable devrait pouvoir se dérouler au sein de la commission interétatique, l'expérience acquise dans les accords de coopération en vigueur ayant montré son efficacité.

28 - Il faut sans doute laisser à chacun des Etats la possibilité de donner sa garantie, moyennant certaines conditions qui s'adressent soit au partenaire étranger (agent économique ou Etat) et la condition serait alors suspensive, soit à l'agent économique qui ressortit de lui et alors la condition ne serait pas opposable normalement au partenaire étranger et ne jouerait que dans les rapports Etat-national.

Coopération et dépendance

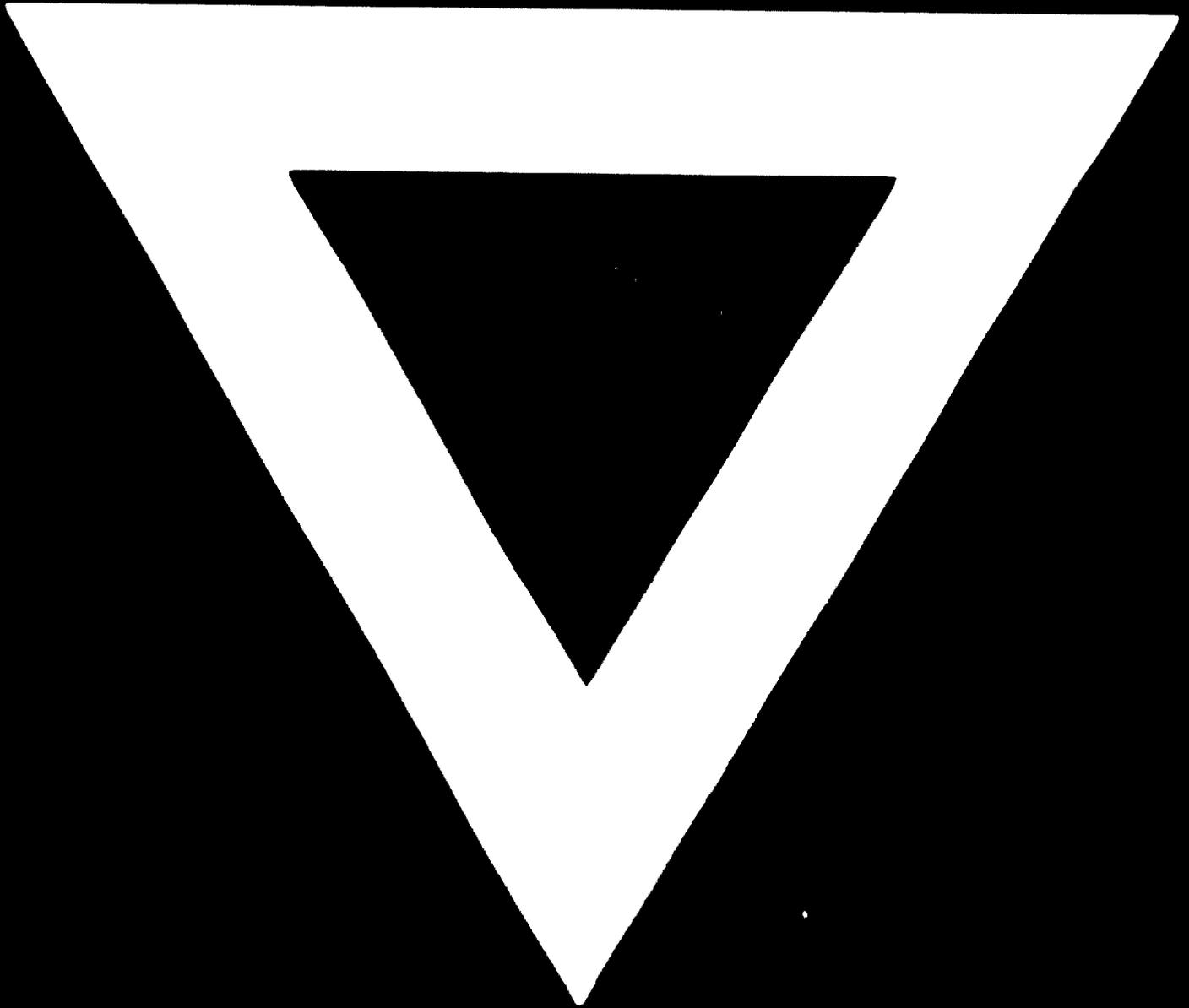
29 - Un tel système conduit à une certaine permanence et à une certaine étendue des relations économiques entre les deux Etats et leurs entreprises respectives. Le pays en développement peut craindre en ayant des contacts privilégiés avec un seul interlocuteur pour un secteur donné, d'entrer dans un rapport de dépendance économique et technologique. Le risque est certain mais c'est un choix à faire entre

plusieurs objectifs qui ne coïncident pas parfaitement, tant il est difficile d'assurer en même temps une industrialisation cohérente, un transfert des techniques et une totale indépendance. C'est justement le problème du sous-développement.

30 - Le système proposé de la garantie des Etats des contrats conclus par leurs entreprises dans le cadre d'accords de coopération se veut modeste. Il n'est pas applicable sans doute à toutes les relations économiques internationales, car il repose sur une certaine confiance que s'accordent et les Etats eux-mêmes et les entreprises, qui vont concrétiser la politique de coopération élaborée par les Etats. Son efficacité repose autant sur des procédures sélectives des entreprises et dissuasives de comportement irréguliers que sur une garantie générale unilatérale et abstraite, telle qu'elle est quelquefois demandée aux pays industrialisés. Mais des objectifs limités, les rapports fréquents que devront entretenir Etats et agents économiques, la réciprocité des obligations, peuvent finalement conduire à d'excellents résultats dans la perspective qui est celle de la Conférence.

We regret that some of the pages in the microfiche copy of this report may not be up to the proper legibility standards, even though the best possible copy was used for preparing the master fiche

1-80



80.02.04