Annotation du paragraphe 43

Si l'on suppose que la "société Y" est l'exportateur (contre-importateur) et que la "société X" est l'importateur (contre-exportateur), la clause peut être libellée comme suit :

"Le fait que la société Y n'achète pas les marchandises conformément au présent accord d'échanges compensés n'autorise pas la société X à suspendre ou retenir les paiements dus à la société Y en vertu du contrat de fourniture de ..."

Annotation du paragraphe 49, première phrase

"En cas de résiliation d'un contrat de fourniture de marchandises dans une direction, aucune des parties n'est autorisée, quelle que soit la cause de la résiliation, à suspendre la conclusion de contrats dans l'autre direction ou à suspendre ou arrêter l'exécution des obligations découlant des contrats conclus dans l'autre direction."

Annotation du paragraphe 49, deuxième phrase

"Si un contrat prévoyant la fourniture de marchandises par la société X à la société Y, conclu au titre du présent accord d'échanges compensés, est résilié, aucune des parties n'est autorisée, quelle que soit la cause de la résiliation, à suspendre ou arrêter l'exécution des obligations découlant du contrat prévoyant la fourniture de marchandises par la société Y à la société X."

Chapitre XIV. Choix de la loi applicable

Annotation du paragraphe 20, deuxième phrase (exemple de disposition pour l'accord d'échanges compensés et pour un contrat de fourniture)

"La loi de ... (indiquer un pays ou une unité territoriale donnée) [en vigueur le ... (indiquer la date de conclusion de l'accord d'échanges compensés ou du contrat de fourniture)] régira le présent ... (indiquer l'accord d'échanges compensés ou le contrat de fourniture). [Les règles du droit international privé de ... (indiquer le même pays ou la même unité territoriale) ne s'appliquent pas.]"

Annotation du paragraphe 20, quatrième phrase (exemple de disposition pour l'accord d'échanges compensés ou pour un contrat de fourniture

[Même texte que celui de l'annotation de la deuxième phrase du paragraphe 20, avec l'ajout, à la première phrase, du texte suivant :] "La loi choisie régira en particulier la formation et la validité du contrat, ainsi que les conséquences de sa nullité."

Chapitre XV. Règlement des litiges

Annotation du paragraphe 12

L'exemple de clause donné ci-après est recommandé dans le Règlement de conciliation de la CNUDCI :

"Quand, en cas de litige découlant du présent contrat ou lié audit contrat, les parties souhaitent rechercher un règlement amiable de ce litige par la conciliation, celle-ci se fera conformément au Règlement de conciliation de la CNUDCI actuellement en vigueur."

Annotation du paragraphe 28

L'utilisation de la clause ci-après est recommandée dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI :

"Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur."

"Note. — Les parties voudront peut-être ajouter les indications suivantes :

"a) L'autorité de nomination sera ... (nom de la personne ou de l'institution);

"b) Le nombre des arbitres est fixé à ... (un ou trois);

"c) Le lieu de l'arbitrage sera ... (ville ou pays);

"d) La langue (Les langues) à utiliser dans la procédure d'arbitrage sera (seront) ..."

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

TABLE DES MATIÈRES

Pages

[A/CN.9/362]

PROJETS DE CHAPITRES DU GUIDE JURIDIQUE POUR LES OPÉRATIONS INTERNATIONALES D'ÉCHANGES COMPENSÉS : RAPPORT DU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL 98

[A/CN.9/362/Add.1]

I. INTRODUCTION 99

[A/CN.9/362/Add.2]

II. PORTÉE ET TERMINOLOGIE DU GUIDE JURIDIQUE 101

Pages

[A/CN.9/362/Add.3]
III. APPROCHE CONTRACTUELLE 105

[A/CN.9/362/Add.4]
IV. ENGAGEMENT D'ÉCHANGES COMPENSÉS 113

[A/CN.9/362/Add.5]
V. REMARQUES GÉNÉRALES SUR LA RÉDACTION 124

[A/CN.9/362/Add.6]
VI. TYPE, QUALITÉ ET QUANTITÉ DES MARCHANDISES 128

[A/CN.9/362/Add.7]
VII. ÉTABLISSEMENT DU PRIX DES MARCHANDISES 135

[A/CN.9/362/Add.8]
VIII. PARTICIPATION DE TIERS 142

[A/CN.9/362/Add.9]
IX. PAIEMENT 150

[A/CN.9/362/Add.10]
X. RESTRICTIONS A LA REVENTE DES MARCHANDISES 160

[A/CN.9/362/Add.11]
XI. CLAUSES DE DOMMAGES-INTÉRÊTS SPÉCIFIÉS ET CLAUSES PÉNALES 164

[A/CN.9/362/Add.12]
XII. GARANTIE DE BONNE EXÉCUTION 170

[A/CN.9/362/Add.13]
XIII. DÉFAUT D'ACHÈVEMENT DE L'OPÉRATION D'ÉCHANGES COMPENSÉS 176

[A/CN.9/362/Add.14]
XIV. CHOIX DE LA LOI APPLICABLE 186

[A/CN.9/362/Add.15]
XV. RÈGLEMENT DES LITIGES 190

[A/CN.9/362/Add.16]
PROJETS D'EXEMPLES DE DISPOSITIONS 198

[A/CN.9/362/Add.17]
RÉSUMÉS DE CHAPITRES 203

[A/CN.9/362]

PROJETS DE CHAPITRES DU GUIDE JURIDIQUE POUR LES OPÉRATIONS INTERNATIONALES D'ÉCHANGES COMPENSÉS : RAPPORT DU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL

1. A sa dix-neuvième session (1986), lors de l'examen d'une note du Secrétariat intitulée "Travaux futurs concernant le nouvel ordre économique international" (A/CN.9/277), la Commission s'est penchée sur la question de ses travaux futurs dans le domaine des échanges compensés. Un nombre considérable de délégations ont jugé qu'il fallait entreprendre des travaux sur cette question et le Secrétariat a été prié d'établir une étude préliminaire sur ce sujet (A/41/17, par. 243).

2. A sa vingt et unième session (1988), la Commission était saisie d'un rapport intitulé "Etude préliminaire des aspects juridiques des opérations internationales des échanges compensés" (A/CN.9/302). La Commission a décidé, à titre préliminaire, qu'il serait souhaitable d'établir un guide juridique sur l'élaboration des contrats d'échanges

compensés. Afin qu'elle puisse être à même de décider des mesures qui pourraient être prises ultérieurement, la Commission a prié le Secrétariat d'établir, pour sa vingt-deuxième session, une ébauche de guide juridique (A/43/17, par. 32 à 35).

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

4. A sa vingt-troisième session (1990), la Commission a examiné une ébauche du chapitre d'introduction au guide juridique et le projet de chapitre II : "Portée et terminologie du guide juridique" (figurant tous deux dans le document A/CN.9/332/Add.1); le projet de chapitre III : "Approche contractuelle" (A/CN.9/332/Add.2); le projet de chapitre IV : "Remarques générales sur la rédaction" (A/CN.9/332/Add.3); le projet de chapitre V : "Type, qualité et quantité des marchandises" (A/CN.9/332/Add.4); le projet de chapitre VI : "Etablissement du prix des marchandises" (A/CN.9/332/Add.5); le projet de chapitre IX : "Paiement" (A/CN.9/332/Add.6); et le projet de chapitre XII : "Garantie de bonne exécution" (A/CN.9/332/Add.7). Le résumé des débats de la Commission figure à l'annexe I du document A/45/17. La Commission a noté qu'il y avait un accord général sur la méthode adoptée pour la rédaction des projets de chapitres, tant en ce qui concerne la structure du guide juridique que la nature de la description et des avis y figurant (A/45/17, par. 16). La Commission a décidé que le Secrétariat terminerait la mise au point des projets de chapitres restants et les présenterait au Groupe de travail des paiements internationaux. Elle a en outre décidé que le texte final du guide juridique lui serait présenté à sa vingt-cinquième session, en 1992 (A/45/17, par. 17 et 18).

5. A sa vingt-troisième session, en septembre 1991, le Groupe des paiements internationaux a examiné les projets de chapitres VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés" (A/CN.9/332/Add.8); VIII. "Participation de tiers" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1); X. "Restrictions à la revente des marchandises" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2); XI. "Clauses de dommages et intérêts spécifiés et clauses pénales" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3); XIII. "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.4); XIV. "Choix de la loi applicable" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5) et XV. "Règlement des litiges" (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6) ainsi que des exemples de dispositions (A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7). Le résumé des débats du Groupe de travail figure dans le document A/CN.9/357. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de réviser les projets de chapitres et les exemples de dispositions compte tenu de ses délibérations et décisions et de les présenter à la vingt-cinquième session de la Commission (A/CN.9/357, par. 13).

6. On trouve dans les additifs 1 à 17 au présent document les projets de chapitres révisés et divers textes se rapportant au Guide juridique (voir liste ci-après).

I. "Introduction" (Add.1)

II. "Portée et terminologie du Guide juridique" (Add.2)

III. "Approche contractuelle" (Add.3)

IV. "Engagement d'échanges compensés" (Add.4) (le projet de chapitre IV inclut la version révisée de l'ancien projet de chapitre VII : "Exécution de l'engagement d'échanges compensés" ainsi que la section C de l'ancien projet de chapitre III : "Approche contractuelle")

V. "Remarques générales sur la rédaction" (Add.5)

VI. "Type, qualité et quantité des marchandises" (Add.6)

VII. "Etablissement du prix des marchandises" (Add.7)

VIII. "Participation de tiers" (Add.8)

IX. "Paiement" (Add.9)

X. "Restrictions à la revente des marchandises" (Add.10)

XI. "Dommages et intérêts spécifiés et pénalités" (Add.11)

XII. "Garantie de bonne exécution" (Add.12)

XIII. "Problèmes d'achèvement de l'opération d'échanges compensés" (Add.13)

XIV. "Choix de la loi applicable" (Add.14)

XV. "Règlement des litiges (Add.15)

Exemples de dispositions (Add.16)

Résumés des chapitres (Add.17)

Index (Add.18)[a]

[A/CN.9/362/Add.1]

I. INTRODUCTION

A. Origine et objet du guide juridique

1. Le présent guide juridique a été établi par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et par son Groupe de travail des paiements internationaux. Outre les représentants des Etats membres de la Commission, des représentants de nombreux autres Etats et d'un certain nombre d'organisations internationales ont participé activement aux travaux préparatoires.

2. La Commission s'est penchée sur la question des travaux à entreprendre dans le domaine des échanges compensés en 1986, lors de l'examen de ses travaux concernant le nouvel ordre économique international[1]. En 1989, elle a décidé d'élaborer un guide juridique sur les opérations

[a] L'additif 18 n'a pas été distribué.

[1] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-neuvième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément n° 17* (A/41/17), par. 235 à 243.

internationales d'échanges compensés et a prié le Secrétariat d'établir les projets de chapitres d'un tel guide[2]. Les projets de chapitres ont été examinés par la Commission à sa vingt-troisième session en 1990[3], et par le Groupe de travail des paiements internationaux à sa trente-troisième session en 1991[4]. [La Commission a examiné les projets de chapitres révisés et approuvé le guide juridique à sa vingt-cinquième session en 1992, sous réserve de modifications rédactionnelles laissées au soin du Secrétariat[5].]

3. Durant l'élaboration des projets de documents à soumettre à l'examen de la Commission et du Groupe de travail, le Secrétariat a consulté des praticiens et d'autres experts en matière d'échanges compensés internationaux. Il a en outre examiné des modèles de contrats, de conditions contractuelles générales et de contrats particuliers provenant de diverses parties du monde. Ces sources, trop nombreuses pour être toutes citées, ont apporté une contribution des plus utiles à l'établissement du guide juridique.

4. L'élaboration du guide juridique a été motivée par le fait que les parties qui effectuent des échanges compensés n'ont pas nécessairement les connaissances et l'expérience requises en matière juridique et qu'elles ne trouvent donc peut-être pas les solutions contractuelles optimales aux questions juridiques susceptibles de se poser dans les opérations d'échanges compensés. Ces questions résultent, en particulier, du fait que lesdites opérations sont des opérations complexes comprenant la fourniture de marchandises dans deux directions, qu'il y a un lien contractuel entre ces fournitures de marchandises, et que les opérations d'échanges compensés comportent souvent l'engagement des parties de conclure ultérieurement des contrats. Les solutions contractuelles sont particulièrement importantes dans ce domaine car les législations nationales contiennent rarement des dispositions concernant spécifiquement les échanges compensés. Les questions juridiques qui se posent peuvent avoir des effets négatifs sur les parties de pays en développement, ainsi que sur les parties de pays industriels développés, en particulier si elles n'effectuent pas régulièrement des échanges compensés.

5. Le guide cherche à aider les parties qui négocient des opérations internationales d'échanges compensés en cernant les questions juridiques qui se posent, en examinant les diverses façons possibles d'aborder ces questions et, lorsqu'il y a lieu, en indiquant les solutions sur lesquelles les parties peuvent souhaiter s'entendre. L'examen des diverses questions dans le guide tient compte des disparités existant entre les législations nationales. Il faut espérer que le guide contribuera notamment à harmoniser, à l'échelon international, les points de vue sur les questions juridiques qui se posent au sujet des opérations d'échanges compensés et sur leur solution.

6. Le guide s'adresse à tous ceux qui participent, à différents niveaux, à la négociation et à l'élaboration de contrats internationaux d'échanges compensés. Il est destiné aux hommes de loi ainsi qu'aux participants à des échanges compensés qui n'ont pas de formation juridique. Il devrait aussi aider ceux qui ont des responsabilités de gestion et qui ont besoin de connaître, dans leurs grandes lignes, la structure de ces opérations et les principales questions juridiques dont ils devront s'occuper. Il convient cependant de souligner que le guide juridique ne saurait se substituer aux avis juridiques que des conseillers compétents pourraient fournir aux parties.

7. Il y a lieu de noter que les diverses solutions proposées dans le guide juridique ne régiront pas les relations entre les parties, à moins que celles-ci ne retiennent expressément ces solutions, ou que ces solutions ne résultent de règles juridiques imposées par la loi applicable. En outre, le guide juridique n'a pas pour objet d'aider les parties à interpréter les accords ou les contrats portant sur des opérations d'échanges compensés.

B. Agencement du guide

8. Le chapitre II définit la portée du guide juridique en présentant les opérations dont il traite et en expliquant le thème central de la discussion et le type de questions abordées. Du fait qu'il ne s'est pas imposé de terminologie dans la pratique des échanges compensés, il conviendrait de porter une attention particulière à la section E du chapitre II qui présente certains termes propres aux échanges compensés utilisés dans tout le guide.

9. Le chapitre III traite des formules contractuelles possibles pour les opérations d'échanges compensés. Il présente également divers types possibles de clauses contractuelles que les parties peuvent utiliser, suivant la formule contractuelle choisie. Ces types de clauses sont examinés aux chapitres IV à XV. Cet examen se limite aux types de clauses qui sont propres aux opérations d'échanges compensés ou qui revêtent pour celles-ci une importance particulière.

10. Certaines des clauses examinées dans le guide juridique sont essentielles pour l'établissement d'une opération d'échanges compensés. D'autres, qui ne sont peut-être pas essentielles, peuvent être utiles dans des circonstances commerciales particulières. Etant donné la grande diversité des circonstances dans lesquelles sont conclues des opérations d'échanges compensés, le guide juridique ne comporte pas de proposition générale quant aux types de clauses sur lesquelles devraient s'entendre les parties. C'est à ces dernières qu'il appartient d'apprécier pour chaque opération la mesure dans laquelle les questions examinées dans le guide sont pertinentes.

C. Recommandations faites dans le guide

[*Le paragraphe suivant, à l'exception des modifications en italique, figurait dans le document A/CN.9/332/Add.1, sous le titre "I. Introduction au guide juridique".*]

[2]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/44/17), par. 249.

[3]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-troisième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/45/17), par. 11 à 18 et annexe I.

[4]Rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa vingt-troisième session (A/CN.9/357).

[[5]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17), par. 83 à 139.]

11. *Lorsque cela paraît utile, le guide juridique* suggère comment certaines questions liées à l'opération d'échanges compensés pourraient être réglées. Il y a trois catégories de suggestions. La catégorie supérieure se caractérise par l'utilisation d'expressions faisant apparaître que les parties "devraient" prendre telle ou telle mesure. *Ces expressions n'apparaissent que rarement dans le guide juridique et seulement lorsqu'elles répondent à une mesure particulière* répondant à une nécessité logique ou juridique. La catégorie intermédiaire se caractérise par l'utilisation d'expressions telles que "il est souhaitable" ou "il serait bon", lorsque les mesures que peuvent adopter les parties ne répondent pas à une nécessité logique ou juridique. *La catégorie inférieure se caractérise* par des formulations telles que "les parties voudront peut-être envisager" ou "les parties voudront peut-être stipuler" ou encore "l'accord conclu par les parties pourrait disposer". Le libellé utilisé pour une suggestion donnée peut, pour des raisons de rédaction, être quelque peu différent de ceux qu'on a indiqués ci-dessus. Toutefois, la catégorie à laquelle la suggestion se rattache doit ressortir clairement de son libellé.

D. Dispositions données à titre d'exemple

[*Les deux paragraphes suivants, à l'exception de la modification en italique, ont été repris du document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, paragraphe 4.*]

12. Quelques chapitres du guide juridique renferment une ou plusieurs 'dispositions données à titre d'exemples', qui sont consignées dans des notes en fin de chapitre. Elles ont pour objet de faciliter la compréhension des questions examinées dans le corps d'un chapitre. Elles servent aussi à indiquer comment structurer certaines solutions qui sont proposées dans le texte. Le guide ne renferme pas d'exemples de dispositions lorsque le texte du chapitre suffit à bien faire comprendre la question dont il s'agit et donne les directives voulues en matière de rédaction, ou lorsqu'il est impossible de rédiger une disposition particulière hors du contexte d'une opération d'échanges compensés donnée.

13. Il y a lieu de souligner que les dispositions données à titre d'exemples ne doivent pas être nécessairement considérées comme des dispositions types qui devraient être incorporées dans tel ou tel accord conclu par les parties. Le contenu *et la formulation* exacts d'une clause et les termes qui y sont employés sont dans la plupart des cas fonction de chaque opération. En outre, il y a d'ordinaire plus d'une façon possible de régler une question, même si l'une seulement de ces solutions possibles est présentée dans une disposition donnée à titre d'exemple. Il importe donc que les parties qui rédigent une disposition fondée sur un des exemples du guide recherchent avec soin si la disposition telle qu'elle est rédigée s'inscrit harmonieusement dans le cadre de leur opération d'échanges compensés."

[A/CN.9/362/Add.2]

II. PORTÉE ET TERMINOLOGIE DU GUIDE JURIDIQUE

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
A.	Opérations traitées dans le Guide juridique	1-6
B.	Orientations du Guide sur les questions propres aux échanges compensés	7-8
C.	Réglementations nationales	9-10
D.	Universalité du Guide juridique	11
E.	Terminologie	12-28
	1. Types d'échanges compensés	13-17
	2. Parties à l'opérations d'échanges compensés	18-22
	3. L'opération d'échanges compensés et ses composants	23-28

[*Note des rédacteurs.* Le présent projet de chapitre II est une révision du projet du chapitre II portant le même titre, publié dans le document A/CN.9/332/Add.1. Une note placée entre crochets au début de chaque paragraphe indique soit le numéro sous lequel le paragraphe apparaissait dans le document A/CN.9/332/Add.1, soit que ce paragraphe est nouveau. Les modifications apportées au texte qui figurait dans le document A/CN.9/332/Add.1 sont en italique. Un astérisque indique les passages qui ont été supprimés sans avoir été remplacés par un nouveau texte.]

A. Opérations traitées dans le Guide juridique

1. [1] *Les opérations d'échanges compensés traitées dans le Guide juridique sont les opérations dans le cadre desquelles une partie fournit des marchandises, des services, des techniques ou une autre contrepartie économique à une deuxième partie, en retour de quoi la première partie achète à la seconde un volume convenu de marchandises, de services, de techniques ou d'une autre contrepartie économique.* La caractéristique propre à ces opéra-

tions est l'existence d'un lien entre les *fournitures* dans les deux directions, en ce sens que la conclusion du *contrat ou des contrats* de fourniture dans une direction dépend de la conclusion du *contrat ou des contrats de fourniture* dans l'autre direction. Lorsque les parties concluent des contrats dans les deux directions sans faire état de l'existence d'un lien entre les deux, ces contrats, pour ce qui est des droits et obligations contractuels des parties, ne sauraient être distingués de simples opérations indépendantes. Aussi le Guide juridique ne traite-t-il que des opérations faisant état, sous forme contractuelle, de l'existence d'un lien entre les contrats constituant l'opération d'échanges compensés.

2. [*Nouveau paragraphe*] Pour plus de simplicité, le Guide juridique ne fait référence qu'aux "marchandises" pour désigner l'objet des opérations d'échanges compensés. Toutefois, le Guide, s'il traite des opérations portant sur des marchandises, s'applique également en général aux opérations portant sur des services. Il peut également faire office de modèle, dans ses grandes lignes, pour des opérations portant sur des techniques. Dans certains cas, il fait expressément référence à des opérations portant sur des services ou des techniques.

3. [*Nouveau paragraphe*] Le Guide juridique traite essentiellement des opérations d'échanges compensés dans lesquelles les marchandises sont livrées d'un pays à un autre. Les opérations d'échanges compensés purement nationales peuvent avoir des caractéristiques qui ne sont pas examinées dans le présent Guide. Néanmoins, dans la mesure où ces opérations nationales entrent dans une des catégories d'opérations d'échanges compensés ici décrites, le Guide juridique peut être utilisé par des parties à de telles opérations.

4. [2] *Les opérations d'échanges compensés prennent diverses formes et ont diverses caractéristiques, selon les circonstances propres à l'opération.* Ces divergences peuvent porter sur des questions telles que la structure contractuelle de l'opération (*c'est-à-dire le nombre et le calendrier des contrats constitutifs de l'opération), l'utilisation ou non des marchandises fournies dans une direction pour la production des marchandises à fournir dans l'autre direction, le mode de paiement et le nombre de parties à l'opération.*

[3]*

[4]*

5. [5] L'intérêt que les parties peuvent porter aux différents segments d'une opération d'échanges compensés varie également selon le type d'opération. Dans *de nombreuses* opérations, une partie est *essentiellement* intéressée par l'exportation de ses propres marchandises *plutôt que par l'acquisition de marchandises auprès de l'autre partie.* Dans d'autres opérations, les parties considèrent la fourniture de marchandises dans les deux directions comme étant de leur intérêt mutuel. Parfois, une partie considère au départ l'engagement de conclure des contrats futurs comme une concession faite à l'autre partie, mais en vient par la suite à considérer cet engagement comme un avantage.*

6. [*Nouveau paragraphe*] Dans la plupart des cas, le Guide juridique s'applique aux divers types d'échanges compensés. Toutefois, dans certains contextes, il est indiqué que le Guide ne s'applique qu'à un type donné d'échanges compensés.

B. Orientations du Guide sur les questions propres aux échanges compensés

[*Note des rédacteurs.* Dans le projet de chapitre II, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/332/Add.1, cette section était la section C, par. 24 à 26. Une partie des questions traitées aux paragraphes 25 et 26 (A/CN.9/332/Add.1) figure maintenant dans le projet de chapitre III, "Approche contractuelle" (A/CN.9/362/Add.3).]

7. [*Nouveau paragraphe*] Le Guide juridique est axé sur l'élaboration de clauses contractuelles propres aux opérations internationales d'échanges compensés ou revêtant une importance particulière dans ce contexte. Ces clauses figurent dans un accord entre les parties établissant un lien entre la fourniture de marchandises dans une direction et la fourniture de marchandises dans l'autre direction. Cet accord, comme il est indiqué ci-après au paragraphe 24, est dénommé dans le Guide juridique "accord d'échanges compensés".

8. [24] *En règle générale, le Guide juridique ne traite pas de la teneur des contrats de fourniture de marchandises dans le cadre d'une opération d'échanges compensés, car ces* contrats ressemblent en général aux contrats conclus en tant qu'opérations séparées et indépendantes. Toutefois, dans certains cas, la teneur du contrat peut être influencée par le fait que ce contrat s'inscrit dans le cadre d'une opération d'échanges compensés. Par exemple, lorsque le produit d'un contrat dans une direction doit être utilisé pour payer le contrat dans l'autre direction, les deux contrats de fourniture peuvent comporter des dispositions relatives au paiement, qui sont particulières aux échanges compensés. *Le Guide juridique traite de ces contrats dans la mesure où ils peuvent comporter des clauses propres aux échanges compensés.*

C. Réglementations nationales

[*Note des rédacteurs.* Dans le projet de chapitre II tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/332/Add.1, cette section était la section D, par. 27 et 28.]

9. [27] Dans certains pays, les échanges compensés font l'objet d'une réglementation. Cette réglementation, qui peut découler d'accords internationaux, est étroitement liée à la politique économique nationale; elle varie donc d'un pays à l'autre et sera sans doute modifiée plus souvent que les règles du droit des contrats. Elle peut favoriser ou limiter les échanges compensés de diverses manières. Par exemple, elle peut disposer que certains types d'importations ne doivent être payés que par le biais d'arrangements d'échanges compensés, que les organismes commerciaux de l'Etat doivent étudier la possibilité de recourir aux échanges compensés lorsqu'ils négocient certains types de contrats, que certains types de produits locaux ne peuvent être offerts dans le cadre d'une opération d'échanges compensés, ou que *l'exportateur de marchandises et l'acheteur étranger ne sont pas libres de convenir que le paiement voulu sera réglé autrement que par le*

virement de devises sur le compte de l'exportateur. D'autres règles peuvent avoir trait au contrôle des changes ou indiquer qu'une opération d'échanges compensés doit être soumise à l'approbation d'un organe administratif. Certaines réglementations peuvent viser expressément les échanges compensés; d'autres, plus générales, peuvent avoir des incidences sur eux (*par exemple, législation en matière de concurrence, réglementation des exportations et des importations, règles en matière de contrôle des changes*). Certaines ne visent que l'une des parties contractantes et n'ont pas d'incidence directe sur la teneur ou les effets juridiques du contrat conclu par ladite partie. Dans d'autres cas, une réglementation peut limiter la liberté contractuelle des parties.

10. [28] Le Guide juridique conseille aux parties de tenir compte de ces réglementations nationales. Celles-ci étant disparates et souvent modifiées, ce conseil prend, le cas échéant, la forme d'une mise en garde plutôt que d'un examen détaillé de la substance des réglementations applicables. *On trouvera un examen plus détaillé des réglementations nationales impératives au chapitre XIV, "Choix de la loi applicable", par. ___ à ___.*

D. Universalité du Guide juridique

[*Note des rédacteurs.* Dans le projet de chapitre II tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/332/Add.1, cette section était la section E, par. 29.]

11. [29] *L'examen des questions de droit privé intervenant dans les opérations internationales d'échanges compensés et des motifs à l'origine d'une opération d'échanges compensés ne fait pas apparaître de particularités régionales. Dans la mesure où il existe de telles particularités liées à la pratique contractuelle, elles concernent notamment la fréquence d'utilisation de certains types commerciaux d'échanges compensés et le degré de précision et de complexité des solutions contractuelles retenues. C'est pourquoi* le Guide traite sur un plan universel des questions juridiques que posent les échanges compensés.

E. Terminologie

[*Note des rédacteurs.* Dans le projet de chapitre II tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/332/Add.1, cette section était la section B, par. 8 à 23.]

12. [8] La terminologie utilisée dans la pratique et dans les ouvrages pour décrire les opérations d'échanges compensés et les parties en jeu est très diverse. En effet, une terminologie reconnue ne s'est pas fait jour. On trouvera dans les paragraphes ci-après la terminologie utilisée dans le Guide juridique pour décrire les différents types d'opérations, de parties et de contrats dans le cadre des échanges compensés.

1. Types d'échanges compensés

13. [*Nouveau paragraphe*] Les termes utilisés dans le Guide juridique pour décrire les différents types d'échanges compensés sont expliqués ci-après. Le Guide établit une distinction entre les différentes opérations d'échanges compensés en fonction de leurs aspects commerciaux ou techniques ou de leur structure contractuelle. On notera qu'il existe d'autres classifications que celle présentée ci-après.

14. [10] *Troc.* Dans la pratique, le mot "troc" a des sens différents. Il peut désigner, par exemple, les opérations d'échanges compensés en général, un accord intergouvernemental concernant des échanges de marchandises données entre des partenaires identifiés, ou des opérations d'échanges compensés dans le cadre desquelles les transferts internationaux de devises sont éliminés ou réduits ou les cas où un contrat unique régit les expéditions mutuelles de marchandises. Le guide utilise le mot "troc" au sens juridique strict du terme pour désigner un contrat prévoyant un échange dans les deux directions de marchandises données, dans le cadre duquel la fourniture de marchandises dans une direction remplace, entièrement ou partiellement, le paiement pécuniaire de la fourniture des marchandises dans l'autre direction. Lorsque les deux fournitures de marchandises sont de valeur différente, le règlement du solde peut se faire en espèces ou au moyen d'une autre contrepartie économique.

15. [11] *Contre-achat.* Ce terme est utilisé pour désigner une opération dans laquelle les parties, lors de la conclusion d'un contrat d'achat dans une direction, s'accordent pour conclure un contrat d'achat dans l'autre direction, c'est-à-dire un contrat de contre-achat. Le contre-achat se distingue de l'achat en retour (buy-back) en ce sens que les marchandises fournies dans le cadre du premier achat ne sont pas utilisées pour la production des marchandises vendues en retour.

16. [12] *Achat en retour* (buy-back). Ce terme désigne une opération dans laquelle une partie fournit des moyens de production et les parties conviennent que le fournisseur de ces moyens de production, ou une personne désignée par lui, achètera des produits qui auront été fabriqués grâce à eux. Souvent, le fournisseur des moyens de production fournit également des procédés techniques et une formation et parfois des composants ou matériaux utilisés pour la production.

17. [13] *Compensation industrielle* (*offset*). Les opérations désignées sous ce vocable dans le Guide juridique portent normalement sur la fourniture de marchandises de valeur élevée faisant appel à des techniques avancées *et peuvent inclure le transfert de techniques et le savoir-faire, la promotion des investissements et la facilitation de l'accès à un marché donné. On peut établir une distinction entre deux types d'opérations de compensation industrielle.* Dans le cadre d'une opération de "compensation industrielle directe", *les parties conviennent de se fournir l'une à l'autre des marchandises qui sont liées sur le plan technique ou commercial (par exemple, des pièces ou produits commercialisés ensemble). Une opération de compensation industrielle directe peut avoir les caractéristiques d'une opération d'achat en retour (c'est-à-dire le transfert de moyens et techniques de production et l'achat par le fournisseur des produits fabriqués grâce à eux). La différence entre une opération de compensation industrielle directe et une opération d'achat en retour est la suivante,*

dans la première, les deux parties s'engagent à s'acheter l'une à l'autre des marchandises pendant une période donnée, alors que dans la seconde, la partie qui a fourni les moyens de production s'engage à acheter des marchandises fabriquées grâce à eux. Ces opérations de compensation industrielle directe sont également désignées sous le nom de "participation industrielle" ou "coopération industrielle". L'expression "compensation industrielle indirecte" désigne normalement une opération dans laquelle un organisme du secteur public acquérant des marchandises de valeur élevée, ou en approuvant l'acquisition, exige du fournisseur qu'il fasse des contre-achats dans le pays acquéreur ou qu'une contrepartie économique soit fournie au pays acquéreur sous la forme d'investissements, de techniques ou d'une assistance sur des marchés tiers. Les marchandises contre-exportées ne sont pas techniquement liées aux marchandises exportées (c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas de composants des marchandises exportées, comme dans le cas de la compensation industrielle directe, et qu'elles ne sont pas des produits fabriqués grâce aux moyens de production fournis dans le cadre du contrat d'exportation, comme dans le cas de l'achat en retour). L'organisme du secteur public énonce souvent des directives pour la compensation, concernant par exemple les secteurs industriels ou les régions devant ainsi bénéficier d'une assistance. Toutefois, dans les limites de ces directives, la partie s'engageant à effectuer des contre-achats est normalement libre de choisir ses partenaires. *Une opération d'échanges compensés peut comporter des éléments se rattachant à des opérations de compensation industrielle tant directe qu'indirecte.*

2. *Parties à l'opération d'échanges compensés*

18. [18] *Acheteur, fournisseur* ou *partie.* Le Guide juridique utilise souvent les mots "acheteur", "fournisseur" ou "partie" pour désigner les parties achetant et fournissant des marchandises dans le cadre d'une opération d'échanges compensés. *Ces termes sont employés lorsque le Guide s'applique à la fois au cas où les contrats doivent être conclus dans un ordre donné (chap. III, "Approche contractuelle", par. 13 à 19) et au cas où les parties conviennent de conclure des contrats dans les deux directions sans préciser un calendrier particulier pour leur conclusion (chap. III, par. 20 et 21). Cette terminologie est également utilisée quand* les contrats de fourniture de marchandises dans les deux directions sont conclus simultanément*. Lorsqu'il est fait référence à une partie qui s'est engagée à acheter ou fournir des marchandises, mais qu'il ne l'a pas encore fait, le Guide juridique peut utiliser les mots "partie s'étant engagée à acheter des marchandises" ou "partie s'étant engagée à fournir des marchandises", *afin de bien préciser qu'un contrat n'a pas encore été conclu.*

19. [14] *Exportateur* ou *contre-importateur.* Les mots "exportateur" ou "contre-importateur" désignent la partie qui est — aux termes du premier contrat à conclure — le fournisseur, c'est-à-dire l'exportateur des marchandises et qui s'est engagée auprès de l'autre partie à acheter, c'est-à-dire à contre-importer d'autres marchandises en retour. L'un ou l'autre terme sont utilisés selon le contexte dans lequel la partie est mentionnée. On notera que, dans certaines opérations d'échanges compensés, l'exportateur et le contre-importateur sont une seule et même personne, alors que, dans d'autres, l'exportation et la contre-exportation sont assurées par des personnes différentes.

20. [15] *Importateur* ou *contre-exportateur.* Les mots "importateur" ou "contre-exportateur" désignent la partie qui est — en vertu du premier contrat à conclure — l'acheteur, c'est-à-dire l'importateur des marchandises et qui s'est engagée auprès de l'autre partie à fournir, c'est-à-dire à contre-exporter d'autres marchandises en retour. L'un ou l'autre terme sont utilisés selon le contexte dans lequel la partie est mentionnée. Comme dans le cas de l'exportateur et du contre-importateur, dans certaines opérations, l'importateur et le contre-exportateur sont une seule et même personne. Parfois, cependant, une partie importe et une autre contre-exporte.

21. [16] Dans certains ouvrages *sur les opérations d'échanges compensés*, le mot "exportateur" est utilisé pour désigner la partie d'un pays économiquement développé, qui fournit souvent des marchandises techniquement avancées ne pouvant normalement pas être obtenues dans le pays de l'autre partie. Ce mot est utilisé dans ces ouvrages aussi bien lorsque l'"exportateur" est le premier fournisseur et convient d'acheter ultérieurement que lorsqu'il effectue un "achat anticipé" auprès de l'autre partie, afin de permettre à cette dernière d'obtenir les fonds requis pour acquérir des biens auprès de l'"exportateur". Le mot "importateur" est utilisé dans ces ouvrages pour désigner la partie d'un pays en développement. Pour souligner encore cette connotation, certains ouvrages utilisent des mots tels qu'"exportateur principal" ou "exportateur occidental", ou encore "importateur du pays en développement".

22. [17] Le Guide juridique n'établit pas de distinction fondée sur des considérations économiques ou régionales. En effet, il traite des échanges compensés tant intrarégionaux qu'interrégionaux. Ainsi, les distinctions faites dans les études des échanges compensés interrégionaux, dans lesquelles les questions tendent à être traitées avant tout du point de vue de l'une des parties, ne seraient pas appropriées ici, car le Guide juridique a pour objet d'aider les deux parties, quels que soient leur position ou leurs antécédents économiques. En outre, des mots fondés sur l'échelonnement de la conclusion des contrats sont mieux adaptés car, aux fins de l'examen du rôle contractuel et des intérêts des parties, l'essentiel est de déterminer si la partie a déjà vendu ses marchandises et a promis d'acheter des marchandises auprès de l'autre partie, ou si la partie ayant acheté des marchandises n'a pas encore vendu ses propres marchandises.

3. *L'opération d'échanges compensés et ses composants [titre modifié]*

23. [23] *Opération d'échanges compensés.* Ce terme est utilisé pour désigner l'ensemble de l'arrangement d'échanges compensés englobant les contrats de fourniture connexes *dans les deux directions* et tout accord d'échanges compensés. *Les mots "accord d'échanges compensés" et "contrat de fourniture" sont expliqués ci-après.*

24. [19] *Accord d'échanges compensés. Le terme "accord d'échanges compensés" est le terme utilisé dans le Guide juridique pour désigner l'accord de base qui énonce la manière dont l'opération d'échanges compensés sera exécutée.* Dans la pratique, *les accords énonçant de telles conditions reçoivent* des noms divers : "accord cadre", "protocole d'échanges compensés", "mémorandum d'accord", "lettre d'engagement" ou "accord de contre-achat". *Dans de nombreuses opérations d'échanges compensés, le principal objet de l'accord d'échanges compensés est d'énoncer* l'engagement pris par les parties de conclure les contrats requis pour atteindre les buts de l'opération ("engagement d'échanges compensés", voir *le paragraphe suivant*). Outre l'engagement d'échanges compensés, l'accord d'échanges compensés comporte en général *des dispositions traitant des conditions du contrat à conclure et des dispositions visant à promouvoir l'exécution de l'engagement d'échanges compensés; ces dispositions peuvent traiter de* questions telles que le type, la qualité et la quantité des marchandises, leur prix, le délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés, le paiement, les restrictions à la vente des marchandises, la participation de tiers à l'opération, les dommages-intérêts spécifiés ou les pénalités, la garantie de bonne exécution, *la non-exécution de l'opération d'échanges compensés*, le choix de la loi applicable et le règlement des litiges. L'accord d'échanges compensés peut constituer un instrument distinct ou peut être inclus dans un contrat de fourniture de marchandises. Lorsque les parties conviennent simultanément des conditions régissant la fourniture de toutes les marchandises dans les deux directions, l'accord d'échanges compensés contient en général une disposition établissant le lien entre les accords conclus et peut-être d'autres dispositions, mais ne comporte pas d'engagement d'échanges compensés.

25. [20] *Engagement d'échanges compensés.* Ce terme est utilisé pour désigner l'engagement pris par les parties de conclure ultérieurement un ou plusieurs contrats. Selon le cas, ces futurs contrats peuvent ne porter que sur l'expédition de marchandises dans une direction ou englober les expéditions dans les deux directions. Le degré de certitude de l'engagement d'échanges compensés est fonction de la mesure dans laquelle l'accord d'échanges compensés spécifie le détail des dispositions des futurs contrats.

26. [22] *Contrats de fourniture. Ce terme est le terme générique utilisé pour désigner les contrats de fourniture de marchandises dans l'une ou l'autre direction. Il peut être utilisé lorsqu'il n'existe aucun critère précis permettant d'établir une distinction entre "l'exportateur" et "l'importateur", lorsqu'il n'est pas nécessaire de tenir compte de l'ordre dans lequel les contrats seront conclus entre les parties, ou lorsque le contexte exige que l'on fasse en général référence à un contrat de fourniture de marchandises dans l'une ou l'autre direction.*

27. [21] *Contrat* d'*exportation*, d'*importation*, de *contre-exportation* et de *contre-importation. Lorsque le Guide juridique traite des opérations dans lesquelles les parties peuvent être désignées comme "exportateurs", "importateurs", "contre-exportateurs" ou "contre-importateurs" (voir ci-dessus les paragraphes 19 et 20), les contrats de fourniture constitutifs de l'opération* sont désignés par des appellations conformes aux noms des parties, c'est-à-dire contrat d'"exportation" ou d'"importation" pour le premier contrat conclu et contrat de "contre-exportation" ou de "contre-importation" pour le contrat conclu ultérieurement. Ces termes peuvent être utilisés au singulier, même s'il peut y avoir plusieurs contrats de chaque côté de l'opération.

28. [*Nouveau paragraphe*] *Marchandises.* L'opération peut porter sur divers types de biens (produits manufacturés ou matières premières), de services (tels que maintenance, réparation, transport, construction, services touristiques, services consultatifs, formation), de transferts de technologie, ou, dans certains cas, sur une combinaison de ces éléments. Comme il est indiqué ci-dessus au paragraphe 2, le Guide juridique n'utilise en général, dans un souci de simplicité, que le mot "marchandises" pour désigner l'objet des opérations d'échanges compensés.

[A/CN.9/362/Add.3]

III. APPROCHE CONTRACTUELLE

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Structure de l'opération d'échanges compensés	1-23
1. Contrat unique	2-10
a) Contrat de troc	3-8
b) Contrat fusionné	9-10
2. Contrats séparés de fournitures	11-23
a) Conclusion simultanée du contrat d'exportation et de l'accord d'échanges compensés	13-19
b) Conclusion de l'accord d'échanges compensés avant la conclusion des contrats de fourniture	20-21
c) Conclusion simultanée du contrat d'exportation, du contrat de contre-exportation et de l'accord d'échanges compensés	22-23

B. Teneur de l'accord d'échanges compensés 24-42
1. Accord d'échanges compensés énonçant un engagement d'échanges compensés 29-39
2. Accord d'échanges compensés sans engagement d'échanges compensés .. 40-42
C. Questions d'assurance et de financement 43-55

[*Note des rédacteurs.* Le présent projet de chapitre III est le fruit d'une révision du projet de chapitre III portant le même titre qui figure dans le document A/CN.9/332/Add.2. On trouve placé entre crochets au début de chaque paragraphe soit le numéro que portait ce paragraphe dans le document A/CN.9/332/Add.2, soit la mention "nouveau paragraphe". Les parties révisées des paragraphes figurant dans le document A/CN.9/332/Add.2 sont en italique. Les parties du texte qui ont été supprimées sans être remplacées sont indiquées par un astérisque. La section C est entièrement nouvelle.]

A. Structure de l'opération d'échanges compensés
[changement d'intitulé]

1. [1] Les parties doivent en premier lieu régler une question : quelle sera la structure contractuelle de l'opération d'échanges compensés ? Elles peuvent regrouper en un seul contrat les obligations liées aux expéditions de marchandises dans les deux directions ou les *énoncer* dans des contrats séparés. (*La structure de l'opération d'échanges compensés et les questions connexes d'assurance et de financement sont traitées aux paragraphes 8 et 9 et à la section C.*)

1. Contrat unique

2. [2] Dans l'approche du contrat unique, les parties concluent un contrat couvrant la *fourniture* de marchandises dans les deux directions. Ce contrat unique peut prendre la forme d'un contrat de troc (*voir ci-après les paragraphes 3 à 8*) ou celle d'un contrat "fusionné" (*voir plus loin les paragraphes 9 et 10*)*.

a) *Contrat de troc*

3. [3] Comme il est noté au paragraphe 14 du chapitre II intitulé "Portée et terminologie du Guide juridique", le Guide utilise le terme "troc" dans son sens juridique strict pour désigner une opération prévoyant un véritable échange de marchandises, l'expédition de marchandises dans une direction remplaçant entièrement ou partiellement le paiement pécuniaire des marchandises provenant de l'autre direction. Dans un contrat de troc, il n'est pas nécessaire d'énoncer un engagement d'échanges compensés puisque les parties conviennent, dès le début de l'opération, de toutes les conditions contractuelles régissant les expéditions dans les deux directions. S'il est convenu que les marchandises à fournir dans une direction seront de la même valeur que les marchandises à fournir dans l'autre direction, aucun paiement pécuniaire ne sera nécessaire. S'il est convenu que les valeurs ne seront pas identiques, la différence pourra être réglée au moyen d'un paiement pécuniaire ou par la fourniture de marchandises supplémentaires. Les parties sont libres d'indiquer ou non la valeur pécuniaire des marchandises. Si elles le font, l'attribution d'un prix aux marchandises permet de comparer la valeur des fournitures. Elles sont parfois tenues d'indiquer la valeur pécuniaire des expéditions en raison de règlements douaniers ou d'autres règles administratives.

[5]*

4. [7] Dans un contrat de troc, la *quantité* des marchandises à expédier dans une direction est souvent en fonction de la *quantité* des marchandises à expédier dans l'autre direction, plutôt que du prix du marché de chaque expédition. L'absence de prix dans un contrat de troc ou l'utilisation de prix ne reflétant pas les prix du marché risque de poser des problèmes lorsque des marchandises non conformes sont livrées. Si, dans un tel cas, une compensation pécuniaire est considérée comme le dédommagement approprié, l'absence dans le contrat de référence au prix du marché, ou à quelque prix que ce soit, risque de conduire à des désaccords sur le montant du dédommagement *dû*. La stipulation d'un prix autre que le prix du marché risque également de poser des problèmes pour le calcul des droits de douane, lorsque ces derniers sont fondés sur le prix des marchandises sur le marché.

5. [4] L'une des principales raisons de recourir au troc tient au fait que cette méthode permet l'élimination, totale ou partielle, des transferts de devises. On notera, toutefois, que l'on peut également se passer de tels transferts en utilisant d'autres formes contractuelles, les parties pouvant conclure des contrats de vente séparés dans chaque direction et convenir d'une compensation de leurs créances *en vertu du contrat* (la compensation des créances réciproques est traitée au chapitre IX intitulé : "Paiement", paragraphes ___ à ___).

6. [6] *Dans un contrat de troc, on s'expose au risque que la partie qui a expédié des marchandises ne reçoive pas de l'autre partie les marchandises dont les deux parties sont convenues.* Dans le troc, on ne peut pas recourir à la méthode du paiement contre présentation de documents d'expédition ou à l'ouverture d'une lettre de crédit documentaire, méthodes utilisées dans d'autres types de contrats *pour y couvrir un risque analogue*, car aucune des livraisons n'est payable en espèces. *L'une des méthodes qui permettrait de couvrir ce risque consisterait à convenir que les livraisons seront simultanées, à condition que les parties puissent, dans la pratique, coordonner leurs livraisons à cette fin. Une fois acquis le principe de la livraison simultanée, le contrat peut disposer que si l'une des parties n'est pas en mesure de livrer à temps, l'autre partie sera autorisée à différer le moment de la livraison, ou à résilier le contrat si le retard dépasse un délai donné. Le contrat pourrait en outre disposer que la partie qui n'a pas livré*

à la date convenue devra dédommager l'autre partie pour le préjudice résultant du retard ou de la résiliation du contrat. Les parties peuvent traiter au contrat de la question de savoir quels débours devront faire l'objet d'un dédommagement (par exemple, frais d'entreposage, frais liés au transport ou frais généraux forfaitaires).

7. [6] *On peut aussi couvrir le risque que l'autre partie n'expédiera pas les marchandises convenues* en prévoyant qu'une *garantie indépendante* assurera à la partie ayant expédié ses marchandises un dédommagement au cas où l'autre partie ne ferait pas de même (l'utilisation de *garanties* à cette fin est traitée au chapitre XII intitulé "Garantie de bonne exécution", paragraphes ___ et ___). *Si l'une des parties juge onéreuse la fourniture d'une telle garantie, ou qu'elle n'est pas en mesure de la fournir, on pourra convenir que cette partie doit livrer les marchandises en premier.* L'assurance pourrait être un autre moyen de limiter les risques qu'encourt la partie qui a expédié ses marchandises en premier et donc "prépayé" les marchandises que doit lui livrer ultérieurement l'autre partie (voir plus loin le paragraphe 52).

8. [*Nouveau paragraphe*] Si le droit qu'a une partie de recevoir des marchandises en échange de la livraison qu'elle a effectuée n'est pas suffisamment garanti, en particulier au moyen d'une garantie bancaire indépendante, ladite partie peut avoir des difficultés à trouver un financement pour l'opération d'échanges compensés auprès d'une banque ou d'un organisme public de crédit. L'entité avançant les fonds peut hésiter à le faire lorsque la rentabilité de l'opération et la capacité de remboursement de la partie sollicitant un prêt dépendent d'une obligation non garantie de livrer des marchandises de la qualité convenue.

b) *Contrat "fusionné"*

9. [8] L'expression "contrat fusionné" est utilisée pour décrire les cas où les *deux contrats, l'un pour la livraison de marchandises dans une direction et l'autre pour la livraison de marchandises dans l'autre direction, sont fusionnés en un contrat unique. Ce contrat fusionné énonce* toutes les conditions régissant les obligations des parties en ce qui concerne les expéditions mutuelles de marchandises et le paiement des marchandises reçues. *La différence entre un contrat de troc et un contrat fusionné est que, dans un contrat de troc, la livraison des marchandises dans une direction vaut paiement pour la livraison des marchandises dans l'autre direction alors que dans un contrat fusionné, chaque livraison de marchandises crée une obligation de paiement pécuniaire.* Si les parties conviennent de compenser leurs créances dans le cadre d'un contrat fusionné, la différence entre un contrat fusionné et un contrat de troc* *s'estompe dans la mesure où dans les deux cas aucun transfert d'argent n'est effectué car dans un contrat comme dans l'autre il n'y a pas transfert d'argent, ou il n'y a transfert que du solde des valeurs des livraisons effectuées dans les deux directions.* Comme dans le troc, il n'est pas nécessaire que le contrat fusionné énonce un engagement d'échanges compensés, puisque les livraisons à effectuer dans les deux directions sont régies par des dispositions contractuelles précises.

10. [9] *Il semble que de nombreux systèmes juridiques tendent à accorder de l'importance au fusionnement des obligations mutuelles lorsqu'il s'agit de déterminer le degré d'interdépendance des obligations contractuelles de livraison de marchandises dans les deux directions. *A moins que les parties n'aient stipulé au contrat que certaines obligations concernant la livraison dans une direction devront être exécutées indépendamment de toute inexécution d'une obligation concernant la livraison dans l'autre direction,* les obligations mutuelles seront sans doute considérées comme interdépendantes. *La conséquence d'une telle interdépendance serait que l'inexécution d'une obligation, à savoir* la non-livraison, le refus de prendre possession ou le non-paiement d'une expédition dans une direction *pourrait* être invoquée pour justifier une suspension ou un refus d'exécution des obligations dans l'autre direction. En outre, la résiliation d'une obligation dans une direction, qu'une partie en soit ou non responsable, pourrait être interprétée comme habilitant les parties à résilier l'obligation dans l'autre direction. (*Cette interdépendance des obligations peut avoir une incidence sur la capacité d'une partie à assurer la créance née de la livraison de marchandises et à trouver un financement pour cette livraison; voir plus loin le paragraphe 51*). Si les parties recourant à la méthode du contrat fusionné souhaitent que l'obligation d'expédier les marchandises dans une direction et l'obligation de paiement correspondante soient indépendantes des obligations liées à l'expédition de marchandises dans l'autre direction, il leur faut énoncer des dispositions à cet effet qui soient dénuées de toute ambiguïté. *L'interdépendance possible du contrat d'exportation et de l'accord d'échanges compensés est traitée plus loin aux paragraphes 17 à 19.* On trouvera *aux paragraphes* ___ *à* ___ du chapitre XIII intitulé *"Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés"* un examen plus détaillé de la question de l'interdépendance des obligations.

2. Contrats séparés de fournitures
[changement d'intitulé]

11. [10] Lorsque les parties concluent des contrats séparés pour les expéditions dans les deux directions, elles utilisent généralement l'une des approches suivantes :

a) Le contrat d'exportation et l'accord d'échanges compensés sont conclus simultanément et le contrat de contre-exportation est conclu ultérieurement;

b) L'accord d'échanges compensés est conclu avant la conclusion de tout contrat de fourniture;

c) Les différents contrats de fourniture portant sur les expéditions dans chaque direction et l'accord d'échanges compensés établissant une relation entre eux sont conclus simultanément.

12. [11] L'obligation d'expédier des marchandises dans une direction donnée, dans le cadre d'une opération d'échanges compensés, peut faire l'objet de deux contrats différents ou plus, pouvant mettre en jeu des acheteurs et des vendeurs différents. Si une telle situation a des incidences sur la structure contractuelle d'une opération donnée, elle n'en a pas sur la manière dont cette question est traitée au présent chapitre. C'est pour cette raison qu'il

y est fait référence au singulier au contrat de fourniture et au contrat d'exportation ou de contre-exportation, mais le Guide couvre également les cas où plusieurs contrats sont conclus pour l'expédition de marchandises dans une direction donnée.

a) *Conclusion simultanée du contrat d'exportation et de l'accord d'échanges compensés*

13. [12] Les parties concluent souvent un contrat d'expédition dans une direction (contrat d'exportation) avant de pouvoir s'accorder sur le contrat relatif aux expéditions dans l'autre direction (contrat de contre-exportation). Lorsqu'elles utilisent cette approche contractuelle, elles doivent parfois régler diverses questions propres aux échanges compensés. Afin de garantir la conclusion du contrat de contre-exportation, les parties concluent, en même temps que le contrat d'exportation, un accord d'échanges compensés consacrant un engagement de conclure le contrat de contre-exportation. En pareil cas, l'accord d'échanges compensés a principalement pour objet à la fois d'énoncer l'engagement d'échanges compensés et de tracer les grandes lignes des contrats futurs et de mettre en place des procédures de conclusion et d'exécution des contrats de fourniture. Les questions qui peuvent être traitées dans le cadre d'un tel accord d'échanges compensés sont énumérées aux paragraphes *29 à 33* ci-après.

14. [13] La teneur de l'accord d'échanges compensés sera fonction de la mesure dans laquelle les parties seront à même de définir les conditions du contrat futur. Il est bon que l'accord d'échanges compensés soit aussi précis que possible en ce qui concerne les conditions du contrat futur, notamment le type, la qualité, la quantité et le prix des marchandises faisant l'objet de l'échange compensé, afin que l'engagement d'échanges compensés ait le plus de chances d'être tenu. Lorsque les parties ne sont pas à même de déterminer les conditions du contrat de contre-exportation dans l'accord d'échanges compensés, il leur est conseillé d'énoncer des directives en application desquelles lesdites conditions seront convenues et *d'arrêter* des procédures de négociation (les questions touchant le degré de précision de l'engagement d'échanges compensés sont traitées aux paragraphes *38 à 60* du *chapitre IV*). *En tout état de cause, il est bon de convenir dans l'accord d'échanges compensés du délai dans lequel l'engagement d'échanges compensés doit être tenu (voir les paragraphes 7 à 20 du chapitre IV).*

15. [14] La teneur de l'accord d'échanges compensés sera également fonction du degré d'intérêt que portent les parties aux expéditions dans l'une ou l'autre direction. Souvent, l'exportateur souhaite surtout conclure le contrat d'exportation et, s'il accepte l'engagement d'échanges compensés, c'est d'abord pour obtenir le contrat d'exportation. Dans d'autres cas, l'importateur achète des marchandises à l'exportateur afin que ce dernier puisse financer la contre-importation. Dans d'autres cas encore, chaque partie souhaite vivement obtenir les marchandises offertes par l'autre partie. Les intérêts des parties étant très variables, la teneur de l'accord d'échanges compensés variera selon les cas en ce qui concerne les questions telles que la sanction de la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés, les mécanismes de paiement, les procédures de conclusion du contrat futur et le contrôle de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, ainsi que l'interdépendance des obligations.

16. [15] Dans les opérations de contre-achat, d'achat en retour ou de compensation industrielle, il n'est pas rare que soient conclus simultanément un contrat d'exportation et un accord d'échanges compensés. Dans les opérations de contre-achat, il arrive que les parties ne sachent pas quel type de marchandises seront contre-exportées. Dans les opérations d'achat en retour, elles ne seront peut-être pas à même de convenir de conditions telles que le prix ou la quantité, en raison du long délai qui s'écoule entre la conclusion du contrat d'exportation de l'installation de production et le commencement de la fabrication des produits dans cette installation. Dans les opérations de compensation industrielle, il arrive que les parties ne sachent pas quelles sortes de marchandises feront l'objet de la contre-exportation ou ne connaissent pas l'identité des contre-exportateurs.

17. [16] Dans le cadre de cette approche actuelle, on doit se demander s'il faut inclure les conditions de l'accord d'échanges compensés dans le contrat à l'exportation, ou si ces conditions doivent faire l'objet d'un instrument séparé. La solution retenue par les parties pourra avoir des incidences sur la mesure dans laquelle les obligations énoncées dans le contrat d'exportation et celles énoncées dans l'accord d'échanges compensés seront considérées comme interdépendantes. S'il y a interdépendance, un retard dans l'exécution ou l'inexécution de l'engagement d'échanges compensés pourront donner à l'importateur un motif pour suspendre le paiement des montants dus au titre du contrat d'exportation ou pour déduire de ce montant des dommages-intérêts correspondants. De même, l'exportateur pourra considérer un retard de paiement dans le cadre du contrat d'exportation comme un motif de report de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. En outre, un retard de paiement dans le cadre du contrat de contre-exportation pourra inciter l'importateur à retarder le paiement dû au titre du contrat d'exportation. (*Cette interdépendance des obligations peut avoir une incidence sur la capacité de l'exportateur à assurer sa créance au titre du contrat d'exportation et à obtenir un financement; voir plus loin les paragraphes 51 et 53.*)

18. [17] Si le *contrat d'exportation* et *l'accord* d'échanges compensés font l'objet *d'instruments contractuels* séparés, les deux ensembles d'obligations seront vraisemblablement considérés comme indépendants par de nombreux systèmes juridiques à moins que des dispositions contractuelles précises n'en établissent l'interdépendance. Dans d'autres systèmes juridiques, le contrat d'exportation et l'accord d'échanges compensés pourront, malgré le recours à des *instruments* séparés, être considérés comme interdépendants au motif que les obligations des parties énoncées dans les deux *instruments* s'inscrivent dans une opération unique. Lorsque les parties souhaitent éviter qu'il y ait interdépendance des obligations du contrat d'exportation et de l'accord d'échanges compensés, ou lorsqu'elles souhaitent restreindre l'interdépendance à des obligations données, il leur est recommandé de formuler le contrat d'exportation et l'accord d'échanges compensés

dans des instruments séparés. Lorsque, malgré la conclusion d'*instruments* séparés, il n'apparaît pas clairement que les obligations énoncées dans le contrat d'exportation et les obligations stipulées dans l'accord d'échanges compensés seront considérées comme indépendantes, il est bon que l'indépendance *des deux ensembles* d'obligations soit clairement exprimée dans l'accord d'échanges compensés.

19. [18] Les parties voudront peut-être établir, par des clauses contractuelles expresses, un lien entre certaines obligations découlant du contrat d'exportation et de l'accord d'échanges compensés, tout en préservant l'indépendance d'autres obligations. Les parties pourront, par exemple, convenir que* la résiliation du contrat d'exportation autorise l'exportateur à résilier l'accord d'échanges compensés et que l'inexécution de l'engagement d'échanges compensés par le contre-importateur habilite le contre-exportateur à déduire un montant convenu, à titre de dommages-intérêts spécifiés ou de pénalités, des paiements dus en vertu du contrat d'exportation. La question de l'interdépendance des obligations est traitée plus en détail au chapitre XIII intitulé *"Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés", paragraphes ___ à ___.*

b) *Conclusion de l'accord d'échanges compensés avant la conclusion des contrats de fourniture*

20. [19] La conclusion d'un accord d'échanges compensés peut être la première étape de l'opération, avant la conclusion de tout contrat de fourniture dans l'une ou l'autre direction. Dans ce cas, l'accord d'échanges compensés a pour objet d'exprimer l'engagement des parties à conclure des contrats de fourniture dans les deux directions et d'énoncer des procédures pour la conclusion et l'exécution desdits contrats.

21. [19] Afin que les expéditions dans les deux directions puissent atteindre le niveau souhaité, il est bon que l'accord d'échanges compensés soit aussi précis que possible en ce qui concerne les conditions des contrats à conclure dans les deux directions. (*Voir le chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 38 à 60*). Les parties voudront peut-être aussi établir des mécanismes de contrôle et d'enregistrement des *progrès accomplis vers la réalisation du niveau d'échange convenu* (*chap. IV, par. 61 à 74*) et prévoir des sanctions au cas où l'engagement d'échanges compensés ne serait pas tenu (*chap. XI, "Dommages-intérêts spécifiés et pénalités" et chap. XII, "Garantie de bonne exécution"*). De telles sanctions pourront se révéler moins nécessaires si les parties conviennent que leurs créances réciproques feront l'objet d'une compensation, plutôt que d'être honorées séparément (voir le chapitre IX : "Paiement", paragraphes ___ à ___). Un tel mécanisme de paiement inciterait chacune des parties à commander des marchandises auprès de l'autre et permettrait ainsi d'atteindre le niveau d'échanges envisagé dans l'accord d'échanges compensés. En effet, la partie qui a expédié des marchandises et a donc un excédent commercial sera incitée à commander des marchandises à l'autre partie afin d'en recevoir compensation pour ses propres fournitures. *En outre, les parties souhaiteront peut-être traiter dans le cadre de l'accord d'échanges compensés la question de l'indépendance des contrats dans les deux directions (voir le chapitre XIII, par. ___).* Ces questions, et les autres questions que les parties voudront peut-être traiter dans le cadre d'un accord d'échanges compensés conclu avant tout contrat de fourniture, sont examinées aux paragraphes *29 à 39* ci-après.

c) *Conclusion simultanée du contrat d'exportation, du contrat de contre-exportation et de l'accord d'échanges compensés*

22. [20] Lorsque les parties concluent simultanément un contrat de fourniture de marchandises dans une direction et un autre contrat de fourniture dans l'autre direction et qu'il ne ressort pas desdits contrats qu'il y a un lien entre eux, ceux-ci seront considérés à priori comme indépendants l'un de l'autre, même si une partie ou les deux parties considèrent la conclusion d'un des contrats comme une condition de la conclusion de l'autre. Toutefois, lorsque les parties souhaitent stipuler contractuellement que la conclusion d'un contrat sera fonction de la conclusion de l'autre, c'est-à-dire lorsqu'elles souhaitent que les contrats dans les deux directions s'inscrivent dans le cadre d'une opération d'échanges compensés, elles devront conclure un accord d'échanges compensés concrétisant ce lien.

23. [21] Une telle approche contractuelle suscite peu de problèmes, car elle ne nécessite pas d'engagement d'échanges compensés. Le principal problème qui se pose est la manière dont les obligations des parties touchant les expéditions dans les deux directions seront liées entre elles par des dispositions de l'accord d'échanges compensés. Il n'est pas nécessaire de traiter dans ledit accord diverses questions touchant l'exécution de l'engagement d'échanges compensés (notamment le type, la qualité, la quantité ou le prix des marchandises à échanger, le calendrier d'exécution de l'engagement d'échanges compensés, la garantie de bonne exécution ou les dommages-intérêts spécifiés ou pénalités garantissant cet engagement). Les questions que les parties voudront peut-être traiter dans un accord d'échanges compensés conclu en même temps que les contrats de fourniture dans les deux directions sont énoncées plus loin aux paragraphes *40 à 42*.

B. Teneur de l'accord d'échanges compensés

24. [*Nouveau paragraphe*] Les questions revêtant une importance particulière pour la structure et la mise en œuvre des opérations d'échanges compensés sont traitées dans l'accord d'échanges compensés. Le Guide juridique est axé sur les questions qui doivent être traitées dans l'accord d'échanges compensés, mais, si besoin est, référence y est faite à l'incorporation au contrat de fourniture d'une disposition traduisant le fait que ce contrat fait partie de l'opération d'échanges compensés. On trouvera aux sous-sections 1 et 2 ci-après un aperçu de ce qui pourrait figurer dans un accord d'échanges compensés, selon que ledit accord comporte ou non un engagement d'échanges compensés.

25. [*Nouveau paragraphe*] On utilise l'accord d'échanges compensés comportant un engagement d'échanges

compensés lorsque les parties envisagent de conclure ultérieurement un ou plusieurs contrats de contre-exportation, ou lorsqu'elles envisagent de conclure ultérieurement des contrats de fourniture dans les deux directions (cas *a* et *b* visés plus haut au paragraphe 11). On utilise l'accord d'échanges compensés sans engagement d'échanges compensés lorsque les parties ont conclu, d'emblée, des contrats de fourniture de marchandises dans les deux directions et qu'un engagement d'échanges compensés n'a plus lieu d'être (cas *c* visé plus haut au paragraphe 11).

26. [*Nouveau paragraphe*] La teneur d'un accord d'échanges compensés comportant un engagement d'échanges compensés est généralement plus complexe et donne lieu à davantage de négociations et de difficultés de rédaction qu'un accord d'échanges compensés ne comportant pas d'engagement d'échanges compensés. Cette complexité et cette difficulté accrues s'expliquent par le fait que les parties, lorsqu'elles s'engagent à conclure ultérieurement un contrat de fourniture, ne sont généralement pas en mesure d'énoncer, avec suffisamment de précision, toutes les conditions de ce contrat futur. Cette absence de précision rend parfois difficile l'élaboration par les parties d'un accord d'échanges compensés apportant des garanties suffisantes que les négociations en vue de la conclusion d'un contrat de fourniture contenant des conditions acceptables pour les deux parties aboutiront. La question de la précision de l'engagement d'échanges compensés est traitée aux paragraphes 38 à 60 du chapitre IV.

27. [*Paragraphe établi à partir du paragraphe 26 du projet de chapitre II (A/CN.9/332/Add.1)*] Certaines des questions énumérées ci-après et traitées dans les chapitres suivants du Guide juridique sont essentielles pour la mise en place d'une opération d'échanges compensés comportant un engagement d'échanges compensés. Par exemple, les parties devront choisir une approche contractuelle, exprimer leur engagement à effectuer des opérations commerciales réciproques et spécifier l'ampleur de cet engagement et le délai dans lequel il devra être tenu.

28. [*Paragraphe établi sur la base du paragraphe 26 du projet de chapitre II, A/CN.9/332/Add.1*] Les solutions apportées à certaines autres questions énumérées ci-après traitées dans le Guide juridique ne sont peut-être pas essentielles, mais elles contribueront à assurer la bonne marche de l'opération. Les parties devront déterminer dans quelle mesure les solutions contractuelles examinées dans le Guide juridique s'appliquent à leur cas particulier. En règle générale, il est souhaitable d'indiquer dans l'accord d'échanges compensés quels sont les problèmes que les parties jugent importants car il est peu probable que les législations nationales comportent des dispositions applicables aux questions propres aux échanges compensés.

1. Accord d'échanges compensés énonçant un engagement d'échanges compensés

29. [22] *Engagement d'échanges compensés.* L'engagement d'échanges compensés a pour caractéristique essentielle d'énoncer que les parties s'engagent à * conclure un ou plusieurs contrats de fourniture *dans une direction ou dans les deux.* Afin que cet engagement soit aussi précis que possible *et qu'il ait davantage de chances d'être tenu,* les parties incorporent souvent à l'accord des dispositions concernant les conditions du contrat ultérieur*, des sanctions en cas de non-conclusion du contrat de *fourniture,* et d'autres dispositions permettant d'assurer la bonne marche de l'opération. *Divers aspects de l'engagement d'échanges compensés sont traités au chapitre IV.*

30. [23] *Type, qualité et quantité des marchandises.* Pour que l'engagement d'échanges compensés ait de bonnes chances d'être tenu, il est particulièrement important que l'accord d'échanges compensés soit aussi précis que possible quant au type, à la qualité et à la quantité des marchandises à échanger. Les dispositions traitant de ces questions sont examinées au chapitre VI.

31. [24] *Prix des marchandises.* Les parties n'étant en général pas à même de fixer le prix des marchandises à échanger au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, elles peuvent établir des directives et procédures permettant de le fixer à une date ultérieure. Ainsi, il est possible d'éviter des retards dans la conclusion des contrats de fourniture et de fixer les prix avec une certaine souplesse dans le cadre d'opérations d'échanges compensés à long terme. Les questions relatives aux clauses de fixation des prix sont traitées au chapitre VII.

[25] *

32. [26] *Participation de tiers.* Les parties voudront peut-être faire participer des tiers, soit en tant que fournisseurs ou acheteurs des marchandises échangées, soit pour jouer ces deux rôles. Dans ces cas, *il est souhaitable que* l'accord d'échanges compensés comporte des dispositions régissant la participation de tiers. Elles pourront indiquer la manière dont ces tiers seront choisis, *déterminer s'ils doivent être liés par l'engagement d'échanges compensés* et préciser les incidences juridiques de la participation de tiers à l'exécution des obligations acceptées par les parties à l'accord. Les questions devant être traitées dans l'accord d'échanges compensés et touchant la participation de tiers sont examinées au chapitre VIII.

33. [27] *Paiement.* Lorsque les paiements relatifs aux expéditions dans chaque direction sont indépendants les uns des autres, aucune question propre aux échanges compensés ne se pose en la matière. Toutefois, lorsque les parties souhaitent lier ces paiements, de sorte que les montants provenant du contrat exécuté dans une direction soient utilisés pour payer le contrat exécuté dans l'autre direction, elles devront inclure dans l'accord d'échanges compensés des dispositions indiquant de quelle manière ces paiements seront liés. Le chapitre IX traite des aspects contractuels des divers mécanismes permettant de lier les paiements.

34. [28] *Restrictions à la revente des marchandises.* La liberté qu'a une partie de revendre les marchandises achetées dans le cas d'une opération d'échanges compensés peut parfois être restreinte par un contrat conclu entre le fournisseur et l'acheteur. *L'acheteur peut se voir imposer des restrictions visant, par exemple, le territoire de revente, le prix de revente ou le conditionnement.* Les clauses des accords d'échanges compensés concernant ces

restrictions *à la revente, ainsi que la question de la légalité de telles clauses*, sont traitées au chapitre X.

35. [29] *Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales.* Afin de limiter les différends quant au montant des dommages-intérêts à payer en cas d'inexécution de l'engagement d'échanges compensés, l'accord peut énoncer une somme d'argent, *soit comme dommages-intérêts spécifiés, soit comme pénalité*, qui sera due par une partie en cas d'inexécution de l'engagement d'achat ou de fourniture de marchandises. L'utilisation de telles clauses dans un accord d'échanges compensés est traitée au chapitre XI. *Au paragraphe ___ de ce chapitre, il est indiqué que l'application d'une pénalité, contrairement aux dommages-intérêts spécifiés, n'est pas autorisée dans un certain nombre de systèmes juridiques.*

36. [30] *Garantie de bonne exécution.* Les parties peuvent recourir à des garanties pour assurer l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, ainsi que la bonne exécution des différents contrats de fourniture conclus conformément à cet engagement. L'utilisation de garanties pour assurer l'exécution de l'engagement ou l'obligation de payer en vertu d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale soulève des questions qui doivent être traitées dans l'accord d'échanges compensés. Dans les opérations dans lesquelles les parties limitent les paiements en espèces en échangeant des marchandises contre des marchandises, ou en compensant des créances mutuelles, l'accord d'échanges compensés peut prévoir l'utilisation de garanties pour assurer la liquidation de tout déséquilibre dans les échanges. Les questions que doit traiter l'accord lorsque les parties souhaitent recourir à des garanties pour assurer l'exécution de l'engagement d'échanges compensés et la liquidation d'un déséquilibre des échanges sont examinés au chapitre XII.

37. [31] *Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés. Les parties voudront peut-être traiter dans l'accord d'échanges compensés de diverses questions touchant l'éventualité d'un non-achèvement de l'opération d'échanges compensés. Parmi ces questions figure la possibilité pour une partie d'être libérée des obligations qui lui incombent en vertu de l'engagement d'échanges compensés, la compensation pécuniaire, les empêchements exonératoires et l'interdépendance des obligations.* Les dispositions de ce type sont traitées au chapitre XIII.

38. [32] *Choix de la loi applicable. Il est souhaitable que les parties* conviennent de la loi qui sera applicable à l'accord d'échanges compensés *et* aux contrats de fourniture. Les dispositions de cet ordre sont traitées au chapitre XIV.

39. [33] *Règlement des litiges. Il est souhaitable que les parties traitent dans l'accord d'échanges compensés de la manière dont les litiges seront réglés.* Le chapitre XV traite des questions à examiner lors de l'élaboration d'une clause de règlement des litiges.

2. *Accord d'échanges compensés sans engagement d'échanges compensés*

40. [34] Lorsque les parties concluent simultanément des contrats séparés pour la totalité des fournitures de marchandises dans les deux directions, il n'est pas nécessaire que l'accord d'échanges compensés contienne soit un engagement à conclure des contrats futurs, soit des clauses relatives au type, à la qualité, à la quantité ou au prix des marchandises, aux dommages-intérêts spécifiés ou aux pénalités à payer en cas de non-conclusion des contrats de fourniture, ou aux garanties dont est assorti l'engagement d'échanges compensés.

41. [35] L'objet essentiel de l'accord d'échanges compensés dans un tel cas est d'établir un lien entre les contrats dans les deux directions, c'est-à-dire que la conclusion d'un contrat dans une direction est fonction de la conclusion d'un contrat dans l'autre direction. L'accord d'échanges compensés peut disposer qu'un problème dans l'exécution d'un contrat aura des incidences sur l'obligation de s'acquitter d'engagements contractuels dans l'autre direction (les clauses établissant un lien de ce type sont traitées au chapitre XIII). Les parties peuvent également établir un lien entre les contrats en structurant les paiements au titre des deux contrats, de sorte que les montants provenant d'une expédition dans une direction soient utilisés pour payer l'expédition dans l'autre direction. Les mécanismes permettant d'établir des liens de ce type sont traités au chapitre IX.

42. [36] Enfin, l'accord d'échanges compensés peut traiter de questions telles que les restrictions à la revente des marchandises de compensation (chap. X), la participation de tiers à l'opération d'échanges compensés (chap. VIII), le choix de la loi applicable (chap. XIV) et le règlement des litiges (chap. XV).

C. Questions d'assurance et de financement

[*Note des rédacteurs.* La section C est entièrement nouvelle.]

43. Les critères et procédures liés à l'obtention d'une assurance-crédit à l'exportation ou d'un financement sont en grande partie les mêmes pour un contrat faisant partie d'une opération d'échanges compensés que pour une opération d'exportation classique. Aussi le Guide juridique ne traite-t-il pas de manière approfondie de l'assurance-crédit à l'exportation et du financement. Toutefois, dans la mesure où les questions d'assurance-crédit et de financement ont une incidence sur la structure des opérations d'échanges compensés, ces questions sont examinées dans la présente sous-section.

44. Dans de nombreux pays, l'exportateur de biens, de services ou de technologie peut s'assurer contre le risque que la créance née de l'exportation ne sera pas honorée. Dans certains pays, ces mécanismes d'assurance sont gérés ou financés par des organismes publics. En outre, de nombreuses compagnies d'assurance privées assurent ces risques. La couverture commence généralement lorsque l'exportateur expédie les marchandises. Lorsque l'exportateur doit fabriquer des marchandises conçues expressément pour l'acheteur, certains assureurs sont parfois disposés à couvrir le risque que l'acheteur ne prenne pas livraison des marchandises lorsqu'elles ont été fabriquées et sont prêtes à être livrées.

45. Parmi les risques commerciaux assurables, on citera l'insolvabilité de l'importateur, la dénonciation par l'importateur du contrat avant l'expédition des marchandises et le refus de l'importateur de prendre possession des marchandises. Parmi les risques non commerciaux assurables, on citera les restrictions à l'importation imposées par l'Etat de l'importateur, le contrôle des changes mis en place dans le pays de l'importateur qui rend impossible le paiement ou l'utilisation de la monnaie convenue, le retrait de la licence d'importation, octroyée en bonne et due forme, un conflit armé ou une insurrection civile, ou une situation similaire dans le pays de l'acheteur, qui empêche l'exécution du contrat; enfin, diverses autres causes indépendantes de la volonté de l'exportateur et de l'importateur et résultant d'événements se produisant hors du pays de l'exportateur.

46. Il est possible de négocier un contrat d'assurance pour une opération donnée, ou, sur une base plus large, pour tous les contrats correspondant à un certain type de marchandises conclus pendant un délai donné par l'exportateur ou par un groupe d'exportateurs. Cette dernière approche, fondée sur le volume des échanges de marchandises, présente l'avantage de répartir le risque sur un certain nombre de contrats et, partant, de réduire la prime.

47. On notera que, en ce qui concerne l'assurance-crédit à l'exportation, un certain nombre de principes clefs s'appliquent qui s'apparentent aux principes généraux des assurances. On citera en particulier le principe qui veut que l'assurance-crédit à l'exportation soit un mécanisme de partage des risques. L'assureur n'assume généralement qu'une fraction du risque de non-paiement, le solde du risque incombant à l'exportateur assuré. La fraction assurable du risque est fonction du type de risque couvert et, si l'assureur est un organisme public, elle est fonction de la mesure dans laquelle l'Etat souhaite encourager les exportations. L'obligation pour l'exportateur d'informer l'assureur, du mieux qu'il le peut, de tous les faits pouvant avoir une incidence sur le degré de risque de non-paiement est un autre de ces principes. On citera aussi l'obligation pour l'exportateur assuré, de prendre toutes les mesures possibles pour veiller à ce que le contrat d'exportation de marchandises soit conclu en bonne et due forme et qu'il demeure valide et exécutable.

48. Autre principe encore : si l'exportateur n'honore pas la créance assurée ou si le caractère exécutoire de la créance devient incertain, l'exportateur doit prendre toutes les mesures requises pour réduire au minimum le préjudice et pour obtenir paiement ou faire exécuter la créance. L'assureur exigera alors, en règle générale, d'être informé de toute difficulté qui a pu se produire ou qui est imminente pour ce qui concerne le paiement dû au titre du contrat assuré. En outre, l'assureur exigera généralement d'être consulté à propos des mesures à prendre pour obtenir le paiement ou faire exécuter la créance, et il exigera d'être habilité à approuver certaines mesures. Le désir de l'assureur de fournir une couverture et le montant de la prime seront fonction de la sûreté dont l'importateur voudra bien assortir son obligation de paiement. Il pourra s'agir notamment d'une lettre de crédit documentaire irrévocable, d'une lettre de change ou un billet à ordre, l'un et l'autre garantis par un tiers, ou d'une garantie bancaire indépendante.

49. On peut assortir la créance assurée d'une sûreté dans une opération d'échanges compensés en liant la créance assurée à la créance née du contrat de fournitures dans l'autre direction. Ainsi qu'il est indiqué au paragraphe ___ du chapitre XIII intitulé "Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés", dans certaines opérations d'échanges compensés, il est convenu que si l'importateur n'effectue pas le paiement au titre du contrat d'exportation, l'exportateur est habilité à prendre possession des marchandises qui doivent être livrées par l'importateur (contre-exportateur) à l'exportateur (contre-importateur) et à les vendre. Le produit de la vente est utilisé pour couvrir la créance non réglée de l'exportateur. Un tel arrangement étant susceptible de réduire le risque de non-paiement au titre du contrat d'exportation, l'exportateur peut alors plus facilement obtenir une assurance et un financement pour le contrat d'exportation. Lorsqu'une banque a fourni le financement à l'exportateur, on peut convenir, afin de fournir une sûreté à la banque pour le financement accordé à l'exportateur, que la banque elle-même devra obtenir une sûreté sur les marchandises de contre-exportation.

50. Autre principe applicable à l'assurance-crédit à l'exportation : l'assureur doit être certain que dans les circonstances normales, à savoir lorsque l'exportateur s'acquitte des obligations qui lui incombent en vertu du contrat d'exportation, l'importateur n'aura pas de raison de refuser le paiement dû au titre du contrat d'exportation. Les assureurs veulent éviter les situations dans lesquelles le paiement en vertu du contrat assuré risque de devenir tributaire d'un événement extérieur au contrat assuré, événement qu'il leur est difficile d'analyser.

51. Ce principe s'applique lorsque le contrat d'exportation assuré fait partie d'une opération d'échanges compensés. La question peut se poser de savoir si l'obligation de payer née du contrat d'exportation est fonction uniquement de l'exécution du contrat d'exportation, ou si l'importateur peut suspendre ou retenir un paiement lorsque l'exportateur ne conclut pas ou n'exécute pas un contrat de fourniture dans l'autre direction. La possibilité d'une suspension ou d'une rétention du paiement, même si l'exportateur (contre-importateur) a affirmé que la raison de la non-conclusion ou de l'inexécution d'un contrat de contre-exportation échappait à son contrôle, est source de préoccupation. Par exemple, l'exportateur peut refuser de conclure un contrat de contre-exportation parce que la qualité ou le prix de la marchandise offerte en compensation n'est pas conforme à l'accord d'échanges compensés. Le risque d'un tel désaccord sur la responsabilité du non-respect de l'engagement d'échanges compensés est accru lorsque les parties à l'opération d'échanges compensés n'ont pas fait figurer dans l'accord d'échanges compensés les conditions précises du contrat à conclure (voir le paragraphe 39 du chapitre IV intitulé "Engagement d'échanges compensés"). Autre exemple : l'exportateur peut refuser de prendre livraison des marchandises de compensation si les marchandises offertes ne correspondent pas aux normes convenues de qualité. Afin d'éviter que la créance assurée ne soit remise en question en pareil cas, l'assureur exige généralement que des mesures soient prises pour dissocier la créance de tout désaccord concernant la conclusion ou l'exécution du contrat dans l'autre direction. On peut consacrer cette indépendance en utilisant des contrats

séparés et en dotant l'accord d'échanges compensés de dispositions précises indiquant que les obligations sont indépendantes les unes des autres (on se reportera aux paragraphes ___ à ___ du chapitre XIII intitulé "Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés" pour l'examen de la manière dont les parties peuvent souhaiter traiter dans l'accord d'échanges compensés du lien entre leurs obligations).

52. Dans un contrat de troc, la partie qui doit livrer les marchandises en premier court le risque que l'autre partie ne livre pas ses marchandises en retour (voir plus haut les paragraphes 6 et 7). Certains assureurs privés et certains assureurs publics sont parfois disposés à assurer ce risque. Le cas couvert par une telle assurance est généralement limité à la faillite de la partie qui n'a pas livré et à certains risques politiques tels que restrictions ou interdictions décrétées par les pouvoirs publics et qui empêchent l'exécution du contrat. Il peut être plus facile d'obtenir une assurance si l'autre partie assortit son obligation de livrer les marchandises d'une sûreté adéquate. Une telle sûreté peut être fournie sous la forme d'une garantie bancaire indépendante. Autre sûreté possible : une convention donnant à la partie qui a livré les marchandises le droit de prendre possession des marchandises à livrer dans l'autre direction (voir plus haut le paragraphe 49).

53. Les parties ont souvent besoin d'un financement pour pouvoir mener à bien l'opération d'échanges compensés. La capacité d'une partie à assurer son risque de contrepartie est un élément important pour l'établissement financier sollicité pour fournir le financement. Ce financement peut prendre la forme d'un crédit au fournisseur ou d'un crédit à l'acheteur.

54. En cas de crédit au fournisseur, l'exportateur remet les marchandises à l'importateur dans le cadre d'un arrangement de paiement différé et, pour permettre à l'exportateur de conclure un tel arrangement, une banque située dans le pays de l'exportateur lui octroie un financement. Ce financement peut prendre la forme d'un prêt à l'exportateur ou d'un engagement par la banque qu'elle achètera les lettres de change ou les billets à ordre signés par l'acheteur en faveur de l'exportateur. En achetant les lettres de change ou les billets à ordre, la banque, en tant qu'endossataire, devient le créancier de l'acheteur étranger. S'il n'y a pas escompte des lettres de change ou des billets à ordre, la banque peut exiger de l'exportateur qu'il lui cède la créance au titre du contrat d'exportation. Elle peut en outre exiger de l'exportateur qu'il lui cède le bénéfice de la police d'assurance-crédit. Une telle cession est souvent assortie d'un engagement pris par l'assureur selon lequel si l'acheteur ne paie pas dans le cadre du contrat d'exportation et que cette défaillance est couverte par la police d'assurance, l'assureur remboursera la banque. En devenant le bénéficiaire de la police d'assurance, la banque assume le risque que l'exportateur n'exécute pas le contrat d'exportation et que l'acheteur ne règle pas, légitimement, le contrat d'exportation. En pareil cas, la banque ne pourra se retourner que contre l'exportateur. La banque assume en outre le risque que le motif de la défaillance de l'acheteur soit un risque non couvert par la police d'assurance. Pour pouvoir renforcer la position de la banque et rendre plus aisée aux exportateurs l'obtention d'un financement, certaines compagnies d'assurance-crédit à l'exportation sont parfois disposées, contre une commission payable par l'exportateur, à émettre à l'intention de la banque octroyant un financement à l'exportateur une garantie inconditionnelle à l'appui de la créance de la banque sur l'exportateur.

55. Dans le cas d'un crédit à l'acheteur, l'exportateur s'arrange pour qu'une banque de son pays accorde un financement à l'importateur pour l'achat de ses marchandises. Le plus souvent, cette banque accorde un financement à une banque située dans le pays de l'importateur, laquelle, à son tour, accorde un financement à l'importateur. La banque du pays de l'exportateur reçoit de la compagnie d'assurance-crédit à l'exportation un engagement par lequel l'assureur accepte de la rembourser si l'acheteur, ou sa banque, ne rembourse pas le crédit. Un tel engagement est pris à la demande de l'exportateur et contre-paiement par l'exportateur d'une prime convenue. En cas de non-remboursement du crédit par l'acheteur ou sa banque, l'assureur qui a remboursé la banque ayant octroyé le crédit ne peut se retourner contre l'exportateur que si celui-ci ne s'est pas acquitté des obligations qui lui incombent en vertu du contrat d'exportation de marchandises.

[A/CN.9/362/Add.4]

IV. ENGAGEMENT D'ÉCHANGES COMPENSÉS

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Remarques générales	1-2
B. Ampleur de l'engagement d'échanges compensés	3-6
C. Délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés	7-20
1. Durée du délai d'exécution	7-12
2. Prolongation du délai d'exécution	13-16
3. Sous-périodes du délai d'exécution	17-20

	Paragraphes
D. Définition des contrats de fourniture à prendre en considération	21-30
1. Critères relatifs au type des marchandises	22-25
2. Critère de l'origine géographique	26-27
3. Critère de l'identité du fournisseur	28
4. Critère de l'identité de l'acheteur	29
5. Achats non conformes	30
E. Taux du crédit d'exécution	31-34
F. Moment où l'engagement est exécuté	35-37
G. Définition des conditions des futurs contrats de fourniture	38-60
1. Condition des futurs contrats de fourniture	38-56
a) Normes ou directives	44-46
b) Détermination d'une disposition contractuelle par un tiers	47-54
c) Détermination de la disposition contractuelle par une partie au contrat	55-56
2. Procédures de négociation	57-60
H. Contrôle et enregistrement de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés	61-74
1. Echange d'informations	62-64
2. Confirmation de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés	65-67
3. Comptes de relevés des opérations	68-74

[*Note des rédacteurs* : Le présent projet de chapitre IV reprend avec des modifications le projet de chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", publié sous la cote A/CN.9/332/Add.8; les paragraphes 26 et 27 du projet de chapitre V, "Type, qualité et quantité des marchandises", publié sous la cote A/CN.9/332/Add.4; et la section C du projet de chapitre III, "Approche contractuelle", publié sous la cote A/CN.9/332/Add.2. Les modifications apportées aux paragraphes sont en italique. Une note placée entre crochets au début de certains paragraphes indique que ceux-ci sont nouveaux. Un astérisque indique les passages qui ont été supprimés sans avoir été remplacés par un nouveau texte.]

A. Remarques générales

1. [*Nouveau paragraphe*] L'engagement d'échanges compensés, engagement de conclure un contrat ultérieur, est une caractéristique essentielle de deux types d'opérations d'échanges compensés. Dans le premier type d'opérations, les parties concluent au départ un contrat dans une direction (contrat d'exportation), puis s'engagent à conclure un contrat de contre-exportation (voir chap. III, par. 13 à 19); dans le deuxième, les parties s'engagent au départ à conclure une série de contrats de fourniture dans les deux directions (voir chap. III, par. 20 et 21). L'expression "engagement d'échanges compensés" est définie au paragraphe 25 du chapitre II.

2. [*Nouveau paragraphe*] La mesure dans laquelle les parties s'engagent à conclure un contrat ultérieur peut aller d'un engagement "ferme" à conclure un contrat de fourniture jusqu'à un engagement plus limité de type "intention sérieuse" (qualifié aussi d'engagement à "faire de son mieux" ou d'engagement "de bonne foi"). Lorsque l'engagement est ferme, les parties s'engagent à conclure un contrat conformément aux conditions énoncées dans l'accord d'échanges compensés, sans conserver un droit discrétionnaire de refuser de conclure un contrat. Dans le cas de l'engagement de type "intention sérieuse", l'engagement se limite à l'obligation de négocier de bonne foi, les parties conservant le droit de refuser de conclure un contrat si aucune des offres de contrat n'est acceptable pour elles. Avec ce type d'engagement, toute sanction pour défaut d'exécution de l'engagement ne peut être imposée que dans les cas limités où une partie ne participe pas aux négociations ou ne négocie pas de bonne foi. Le Guide juridique est axé sur les engagements fermes d'échanges compensés. Il ne traite pas des "intentions sérieuses", parce que ces dernières ne garantissent pas aux parties avec suffisamment de certitude que les objectifs de l'opération d'échanges compensés seront atteints.

B. Ampleur de l'engagement d'échanges compensés

3. [*Nouveau paragraphe*] L'ampleur de l'engagement d'échanges compensés est fréquemment exprimée en une valeur monétaire. Dans les opérations de contre-achat, d'achat en retour ou de compensation industrielle indirecte, où les parties concluent d'abord un contrat de fourniture dans une direction (contrat d'exportation) (voir chap. III, par. ____), l'ampleur de l'engagement d'échanges compensés est souvent exprimée en pourcentage de la valeur des marchandises livrées dans le cadre du contrat d'exportation. Dans les opérations d'échanges compensés où les parties concluent l'accord d'échanges compensés avant de conclure un nombre non spécifié de contrats dans les deux directions (voir chap. III, par. 20 et 21), l'ampleur des achats à effectuer dans les deux directions est souvent définie par un montant monétaire absolu. Il arrive toutefois que l'engagement d'échanges compensés soit quantifié par référence à une quantité précise d'un type donné de

marchandises. Il convient de noter que l'ampleur de l'engagement d'échanges compensés peut être régie par des réglementations nationales.

4. [*Nouveau paragraphe*] Pour les opérations d'échanges compensés avec livraisons successives (opérations d'achat en retour, par exemple), les opérations de longue durée ou les opérations dans le cadre desquelles les frais financiers sont incertains au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés (en raison, par exemple, d'un arrangement de crédit à taux variable), on trouve parfois des clauses prévoyant une augmentation ou une diminution de l'engagement d'échanges compensés en fonction des fluctuations du cours des marchandises en question ou des frais financiers. Dans le cas des biens d'équipement, il peut être convenu que l'engagement sera augmenté en proportion des dépenses au titre des pièces de rechange ou de l'assistance technique.

5. [*A/CN.9/332/Add.4, par. 26*] Lorsque l'acheteur a déjà effectué des achats auprès du fournisseur d'un type donné de marchandises, les dispositions de l'accord d'échanges compensés concernant la quantité peuvent faire référence à une notion qu'on appelle souvent "quantité additionnelle". Selon cette notion, seuls les achats dépassant les quantités habituellement achetées seront pris en compte dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés. Les parties seront normalement à même d'établir un seuil en la matière en convenant de la quantité qui doit être considérée comme représentant les achats habituels ou traditionnels. Lorsque les parties ne déterminent pas les types de marchandises dans l'accord d'échanges compensés, elles peuvent inclure une stipulation de caractère général selon laquelle, si les marchandises retenues sont d'un type déjà fourni à l'acheteur, seuls les achats venant s'ajouter aux achats normalement effectués seront pris en compte dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés.

6. [*A/CN.9/332/Add.4, par. 27*] Lorsque les dispositions prises permettent à l'acheteur de faire appel à différents fournisseurs qualifiés, autres que la partie avec laquelle l'engagement d'échanges compensés a été passé (par exemple, dans le cas d'une opération de compensation industrielle indirecte), le seuil permettant de déterminer les quantités additionnelles ne se fondera pas sur le volume antérieur des échanges entre les parties à l'accord d'échanges compensés, mais sur le volume des échanges avec les fournisseurs retenus, ou sur le volume des achats précédemment effectués dans le pays des fournisseurs par la partie ayant pris l'engagement. *Pour définir le seuil permettant de déterminer les quantités additionnelles, les parties peuvent, par exemple, convenir d'un montant d'achats qui sera considéré comme le montant habituel ou traditionnel des achats et qui ne sera pas pris en compte pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Les parties peuvent aussi stipuler que les achats effectués auprès de types spécifiés de fournisseurs ou de certains fournisseurs spécifiés, ou les achats auprès de ces fournisseurs qui ne dépassent pas un montant convenu, doivent être considérés comme les achats habituels ou traditionnels. Dans certains cas, les parties pourront souhaiter n'appliquer un tel seuil qu'à certains types de marchandises. Les parties peuvent stipuler dans l'accord d'échanges compensés que la partie qui s'est engagée à acheter peut considérer que ses achats entrent dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés une fois qu'il a été établi par les parties que les achats qu'il a été convenu de considérer comme habituels ou traditionnels ont été effectués.*

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

[*La présente section C reprend, avec des modifications mises en évidence en italique, les paragraphes 17 à 30 du projet de chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", tels qu'ils figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.8.*]

1. Durée du délai d'exécution

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

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

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

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

11. Les parties pourront convenir que le délai d'exécution pour les expéditions dans une direction doit être de même longueur que le délai prévu pour les expéditions dans l'autre direction. Une telle méthode peut être appropriée lorsque les parties n'attachent pas une importance particulière à l'ordre dans lequel les expéditions dans les deux directions seront effectuées, par exemple, dans le cas d'échanges compensés effectués dans le cadre d'un compte de compensation (chap. IX, "Paiement", par. ___) ou d'un compte de relevé des opérations (par. *68 à 74* ci-dessous). Elle peut également être appropriée dans le cas d'opérations de contre-achat dans lesquelles le contre-importateur est disposé à commencer d'exécuter l'engagement d'échanges compensés sans attendre de recevoir paiement pour le contrat d'exportation.

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

2. Prolongation du délai d'exécution

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

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

15. L'accord d'échanges compensés peut disposer que *les parties négocieront une prolongation* si la partie en faisant la demande a fait des efforts *raisonnables* pour s'acquitter de son engagement. *Autre possibilité, les parties pourraient convenir que, si ladite partie a fait des efforts raisonnables pour s'acquitter de son engagement, elle aura droit à une prolongation adéquate du délai d'exécution. On peut laisser aux parties la possibilité de s'accorder sur le nouveau délai d'exécution. L'accord d'échanges compensés pourrait* indiquer de quelle manière l'acheteur pourra démontrer qu'il a fait des efforts *raisonnables*. Par exemple, dans le cas de la compensation industrielle indirecte, il peut être prévu que l'acheteur devra montrer *qu'il a fait des offres raisonnables à* des fournisseurs potentiels *pour l'achat de marchandises, qu'il a contacté un nombre raisonnable de* fournisseurs potentiels afin de trouver des marchandises appropriées, *ou que des fournisseurs potentiels ont indiqué qu'ils seraient disposés à conclure des contrats de fourniture, mais un certain temps après l'expiration du délai d'exécution. Les éléments prouvant ces efforts raisonnables, mais infructueux, sont parfois rassemblés dans ce que l'on appelle des "dossiers des tentatives infructueuses"*. L'accord d'échanges compensés peut également disposer que, si le fournisseur n'a pu mettre les marchandises à disposition en raison de circonstances spécifiées dans l'accord d'échanges compensés, il aura droit à une prolongation du délai. Ces circonstances peuvent être notamment les suivantes : commande passée tardivement par l'acheteur ou modification des spécifications énoncées par lui. Il pourra être convenu qu'une partie ne pourra demander une prolongation du délai d'exécution que si elle s'est déjà acquittée d'un certain pourcentage de l'engagement d'échanges compensés.

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

3. Sous-périodes du délai d'exécution

17. Lorsque l'exécution de l'engagement d'échanges compensés suppose de nombreuses expéditions pendant une longue période, les parties voudront peut-être diviser le délai en sous-périodes. Par exemple, un délai d'exécution de cinq ans pourrait être divisé en cinq sous-périodes annuelles, une proportion donnée de l'engagement total devant être exécutée durant chaque sous-période. Une telle méthode permet aux parties de planifier plus facilement la fourniture et la commercialisation des marchandises et de

veiller à ce que l'exécution ne prenne pas un retard tel qu'elles ne puissent plus, durant les dernières étapes du délai d'exécution, s'acquitter de leur engagement non encore exécuté.

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

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

20. Les parties voudront peut-être fixer des dates limites, dans le cadre du délai d'exécution, pour différentes actions *précédant* l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Par exemple, elles pourront stipuler de telles dates pour la fourniture d'échantillons, *le choix de marchandises dans une liste de marchandises pouvant faire l'objet d'échanges compensés*, la passation des commandes, l'expédition de marchandises ou d'ouverture de lettres de crédit.

D. Définition des contrats de fourniture à prendre en considération

[*La présente section D reprend, en y adjoignant deux nouveaux paragraphes, les paragraphes 2 à 9 du projet de chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", tels qu'ils figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.8.*]

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

1. Critères relatifs au type des marchandises

22. Lorsque les parties définissent les contrats à prendre en considération pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés en indiquant le type de marchandises à acquérir, il leur est recommandé d'être aussi précises que possible. La précision est particulièrement souhaitable lorsqu'il existe plusieurs variétés de ces marchandises. (Les clauses de l'accord d'échanges compensés relatives aux types de marchandises sont traitées au chapitre VI, "Type, qualité et quantité des marchandises", par. *3 à 23.*)

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

24. Lorsque l'acheteur a déjà effectué des achats auprès du fournisseur, l'accord d'échanges compensés peut disposer que les contrats de fourniture doivent satisfaire au critère des "quantités additionnelles" pour pouvoir être pris en considération (voir *plus haut, par. 5 et 6*).

25. [*Nouveau paragraphe*] Il convient de noter que des stipulations définissant les contrats de fourniture à prendre en considération sur la base de critères géographiques pourraient être en conflit avec des règles de droit impératives sur la concurrence et des règles adoptées en application de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT).

2. Critère de l'origine géographique

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

27. [*Nouveau paragraphe*] Comme dans le cas mentionné ci-dessus au paragraphe 25, des dispositions exigeant qu'une partie achète des marchandises à des fournisseurs spécifiés pourraient être en conflit avec des règles de droit impératives sur la concurrence et des dispositions adoptées en application de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT).

3. Critère de l'identité du fournisseur

28. Les parties peuvent convenir que l'exportateur doit s'acquitter de son engagement en achetant des marchandises auprès de personnes autres que l'importateur. Cela est en général le cas dans la compensation industrielle indirecte (voir le chapitre II, par. *17*). Dans de tels cas, il est bon que les contrats de fourniture à prendre en considération indiquent les fournisseurs auxquels les marchandises devront être achetées. L'accord d'échanges compensés peut comporter une liste de fournisseurs retenus ou énoncer les critères que devra appliquer l'acheteur pour choisir son fournisseur. L'accord peut par exemple disposer que le fournisseur retenu doit appartenir à un secteur économique donné, avoir une surface donnée, avoir un programme de production donné, être situé dans une région donnée, ou appartenir à des intérêts locaux. Lorsque plusieurs fournisseurs possibles sont recensés, l'acheteur peut être libre de répartir ses achats entre ces fournisseurs, ou bien l'accord peut préciser de quelle manière les achats seront répartis entre lesdits fournisseurs. Le fait que des fournisseurs possibles soient recensés ne signifie pas nécessairement que ces derniers se sont engagés à fournir les marchandises faisant l'objet de l'accord. Dans certains cas, *l'importateur* peut garantir que les fournisseurs retenus sont disposés à négocier la conclusion d'un contrat de fourniture, ou *peut promettre* d'aider l'acheteur à trouver un fournisseur qui soit disposé à conclure un contrat de fourniture. (La participation de tiers en tant que fournisseurs est traitée au chapitre VIII, par. ____.) L'accord d'échanges compensés peut indiquer quelles seront les conséquences pour l'engagement d'échanges compensés si aucun des fournisseurs retenus n'est disposé à conclure un contrat de fourniture.

4. Critère de l'identité de l'acheteur

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

5. Achats non conformes

30. Les parties peuvent convenir que, dans certaines circonstances, des achats qui ne sont pas conformes aux critères énoncés dans l'accord d'échanges compensés seront *néanmoins* pris en compte pour l'exécution de l'engagement. Par exemple, des achats non conformes pourront être pris en considération si les efforts déployés de bonne foi par l'acheteur pour trouver des marchandises appropriées auprès des fournisseurs retenus ou dans les régions ou secteurs économiques déterminés dans l'accord d'échanges compensés se sont révélés infructueux. Une disposition de ce type pourra préciser que l'acheteur doit faire la preuve des efforts qu'il a déployés pour effectuer des achats du type requis par l'accord d'échanges compensés. (Le cas analogue où une partie demande une prolongation du délai d'exécution est traité aux paragraphes *13 à 16* ci-dessus.) Il pourra être convenu que le consentement préalable exprès de la partie à laquelle l'engagement est dû sera nécessaire pour que des achats ne satisfaisant pas aux critères énoncés soient pris en considération. Afin d'encourager l'application des critères initiaux, l'accord d'échanges compensés pourra n'autoriser de telles exceptions que durant les dernières étapes du délai d'exécution. En outre, les parties pourront convenir que les achats qui ne sont pas conformes aux critères retenus seront pris en considération pour un montant inférieur à leur valeur totale (voir les paragraphes *32 et 33* ci-dessous).

E. Taux du crédit d'exécution [titre modifié]

[*La présente section E reprend, avec des modifications mises en évidence en italique, les paragraphes 13 à 16 du projet de chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", tels qu'ils figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.8.*]

31. Dans de nombreuses opérations d'échanges compensés, le prix d'achat total d'un contrat de fourniture est déduit de l'engagement d'échanges compensés non encore exécuté (le montant déduit de cet engagement est ci-après dénommé "crédit d'exécution"). Parfois, les parties conviennent que le crédit d'exécution accordé pour un contrat de fourniture peut être d'un montant différent *du* prix des achats, par exemple, parce qu'elles souhaitent accorder un crédit d'exécution pour certains *éléments non inclus dans le coût des marchandises elles-mêmes (par exemple, transport et assurance)* ou exclure du crédit certains coûts qui sont eux inclus dans le prix d'achat. Le fournisseur peut convenir de créditer de tels éléments si, par exemple, ils supposent l'achat dans son pays de services liés à l'exécution du contrat de fourniture. *Il peut aussi arriver que le taux du crédit d'exécution soit imposé par des règles de droit impératives (chap. XIV, "Choix de la loi applicable", par. ____).*

32. L'accord d'échanges compensés peut disposer que les achats doivent être pris en compte pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés à des taux différents selon le type de marchandises achetées. Par exemple, un crédit d'exécution peut être accordé à un taux de 50 % de la valeur d'achat pour un type de marchandises et de 150 % pour un autre type. *L'accord d'échanges compensés peut aussi disposer que des investissements ou des transferts de techniques seront crédités pour un montant supérieur au montant en capital de l'investissement ou à la valeur monétaire du transfert de techniques (par exemple, à 150 %).* Ce taux variable *peut être utilisé en particulier dans les*

opérations de compensation industrielle indirecte dans le cadre desquelles l'exportateur conclut des contrats avec des tiers et l'importateur est désireux de promouvoir l'achat de certains types de marchandises.* Dans la compensation industrielle directe, de même que dans les achats en retour, l'accord d'échanges compensés peut disposer qu'un certain crédit d'exécution sera accordé pour les ventes à l'exportation, autres que celles destinées au contre-importateur, qu'aura permises l'installation de production fournie par l'exportateur. Un crédit pourra également être accordé correspondant à un pourcentage de la valeur des ventes destinées à des acheteurs du pays du contre-exportateur. *Un taux variable de crédit d'exécution pourrait aussi être utilisé pour les opérations dans le cadre desquelles les contrats de fourniture doivent être conclus entre les parties à l'accord d'échanges compensés, en particulier si l'acheteur a le choix entre plusieurs types de marchandises; en pareil cas, le taux variable peut favoriser l'achat d'un certain type de marchandises.*

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

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

F. Moment où l'engagement est exécuté

[*La présente section F reprend, avec des modifications mises en évidence en italique, les paragraphes 10 à 12 du projet de chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", tels qu'ils figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.8.*]

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

36. Selon la *seconde* approche, l'engagement est réputé avoir été exécuté à un stade convenu de l'exécution du contrat de fourniture. Par exemple, il peut être convenu que l'acheteur a exécuté son engagement lorsque la lettre de crédit est ouverte, ou lorsque les fonds ont été transférés au fournisseur et que le fournisseur s'est acquitté de son engagement lorsque les marchandises sont livrées à l'acheteur ou mises à sa disposition de la manière convenue. Dans ces cas, s'il y a violation du contrat de fourniture, la partie *lésée* pourra intenter un recours non seulement pour violation dudit contrat, mais également pour violation de l'accord d'échanges compensés, si l'engagement d'échanges compensés n'a pas été exécuté. *Un inconvénient de la seconde approche est qu'elle est plus compliquée et plus incertaine que la première, dans le cadre de laquelle l'exécution est réputée achevée tout simplement au moment de la conclusion d'un contrat de fourniture. Cette seconde approche pourrait être source d'incertitudes lorsqu'en raison d'empêchements exonératoires une partie ne peut prendre les mesures nécessaires, dans l'exécution d'un contrat de fourniture, pour assurer l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Afin d'éviter ces incertitudes, il faudrait inclure dans l'accord d'échanges compensés des dispositions supplémentaires portant sur l'effet de tels empêchements.*

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

G. Définition des conditions des futurs contrats de fourniture

[*La présente section G est une version restructurée de la section C (par. 37 à 61) du projet de chapitre III, "Approche contractuelle", telle qu'elle figurait dans le document A/CN.9/332/Add.2. Les paragraphes 39 à 41 de l'ancienne section C du document A/CN.9/332/Add.2, qui constituaient la sous-section intitulée "Procédures de négociation", ont été inclus à la fin de la sous-section 2 ci-après.*]

1. Conditions des futurs contrats de fourniture

38. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 43*] Les engagements à conclure les contrats de fourniture énoncent rarement de manière précise *toutes* les conditions de ces contrats. *Quelquefois*, les parties *n'ont pas encore décidé* quels types de marchandises feront l'objet des futurs contrats de fourniture ou quelles seront les conditions de livraison. Même si elles sont à même d'énoncer dans l'accord d'échanges compensés les conditions de futurs contrats de fourniture, elles s'abstiennent parfois de le faire, s'attendant à ce que chaque partie tienne son engagement en concluant un contrat, bien que les conditions de ce contrat ne soient pas définies très en détail dans l'accord d'échanges compensés.

39. [*Nouveau paragraphe*] L'imprécision de l'engagement d'échanges compensés risque d'avoir pour conséquences des retards ou des incertitudes lors de la négociation d'un contrat de fourniture, étant donné l'ampleur possible du champ de la négociation. Il serait donc bon que les parties, dans la mesure du possible, incluent dans l'accord d'échanges compensés les conditions du futur contrat ou prévoient les moyens de les déterminer ultérieurement (voir les paragraphes 44 à 56 ci-après). En outre, les parties voudront peut-être traiter dans l'accord des procédures à suivre dans leurs négociations (voir les paragraphes 57 à 60 ci-après). Elles faciliteront ainsi les négociations et accroîtront les chances de conclusion d'un contrat de fourniture et la partie intéressée par la conclusion du contrat aura plus de chances d'être en mesure de tenir l'autre partie responsable en cas de refus de conclure ledit contrat. Si, par exemple, l'accord d'échanges compensés spécifie les marchandises qu'une partie s'est engagée à acheter ou, au moins, contient une liste de marchandises devant servir de base pour les négociations, le contre-exportateur a des chances de pouvoir démontrer que le refus par le contre-importateur d'acheter des marchandises constitue une violation de l'engagement d'échanges compensés. Si les marchandises sont spécifiées, il est bon de prévoir un mécanisme pour déterminer le prix; cela est particulièrement important lorsque les marchandises ne sont pas d'un type normalisé et qu'il peut y avoir désaccord quant à la détermination du juste prix du marché.

40. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 46*] Plus l'accord d'échanges compensés sera précis quant aux conditions essentielles à l'existence d'un contrat applicable, plus l'on se rapprochera du point où les parties auront réglé dans l'accord toutes les conditions de contrat de fourniture, ne retardant que la *conclusion* même dudit contrat. *Lorsque l'accord d'échanges compensés énonce les conditions essentielles du futur contrat pour l'achat de marchandises, il est possible, dans certains systèmes juridiques, qu'un tel accord puisse être considéré comme un contrat de vente applicable. Afin d'éviter des désaccords, il est bon que les parties, lorsqu'elles concluent un accord d'échanges compensés qui énonce les conditions essentielles du contrat à conclure, stipulent clairement si un contrat distinct doit être exécuté en application de l'accord.*

41. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 47*] De nombreux systèmes juridiques comportent des règles auxquelles les parties peuvent recourir pour préciser une clause contractuelle. Par exemple, nombre d'entre eux prévoient une solution lorsque les parties n'ont pas fixé le prix des marchandises; par exemple, le prix doit être celui qui est "habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables" (art. 55 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises). La règle relative à la qualité des marchandises à fournir en vertu du contrat, lorsque le contrat n'a pas réglé cette question, en est un autre exemple; la règle énoncée à l'article 35-2 *a* de la convention susmentionnée stipule que les marchandises doivent être "propres aux usages auxquels serviraient habituellement des marchandises du même type". Dans quelques systèmes juridiques, les parties peuvent, dans certaines limites, recourir à un tribunal aux fins de déterminer cet élément du contrat. Dans d'autres, toutefois, les tribunaux ne sont pas habilités à intervenir de cette manière dans une relation contractuelle.

42. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 48*] Bien qu'il existe dans nombre de systèmes juridiques de tels mécanismes de complètement des contrats, ils ne prévoient normalement pas de solution pour tous les cas d'imprécision. Les éléments du contrat qui n'auront pas été précisés dans l'accord d'échanges compensés ne pourront peut-être pas tous être précisés davantage par référence à la loi applicable. Par exemple, si les parties n'ont pas convenu du type de marchandises à contre-exporter, il sera probablement impossible de le déterminer grâce à la loi applicable. Lorsque le type de marchandises a été déterminé, les critères énoncés par la loi applicable concernant le prix des marchandises peuvent ne pas permettre d'aboutir à une solution claire. En outre, les mécanismes de complètement des contrats sont sources d'incertitudes, en raison des divergences entre les systèmes juridiques quant aux techniques de complètement, quant au rôle des tribunaux *ou des tribunaux arbitraux dans la détermination des dispositions manquantes*, quant au rôle des parties ou quant au contrôle judiciaire des résultats de l'opération de complètement*. C'est pourquoi les parties voudront peut-être envisager les mécanismes contractuels examinés ci-après lorsqu'elles désireront préciser une disposition contractuelle non définie dans l'accord d'échanges compensés.

43. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 49*] Les dispositions qui ne sont en général pas précisées dans l'accord d'échanges compensés et pour lesquelles il peut être particulièrement utile de disposer de mécanismes contractuels permettant de les préciser sont le type, la qualité, le prix et la quantité des marchandises à échanger. Les mécanismes que les parties pourront envisager d'utiliser à ces fins sont examinés en termes généraux dans les alinéa *a* à *c* ci-dessous. Dans d'autres parties du guide juridique, il sera fait référence à ces mécanismes dans des contextes précis.

a) *Normes ou directives*

44. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 50*] Les parties voudront peut-être énoncer des normes ou directives qui seront utilisées pour déterminer telle ou telle condition contractuelle. En recourant à une norme, les parties pourront déterminer une disposition au moyen d'un calcul ou par toute autre méthode objective indépendante d'elles. Il peut s'agir par exemple d'une formule, d'un tarif, d'une cotation, d'un taux, d'un index, d'une statistique ou de tout autre critère sur lequel aucune des parties n'exerce une influence. Par exemple, le prix des marchandises à échanger pourra être déterminé par référence au prix auquel des marchandises du même type sont vendues sur un marché particulier, ou la qualité des marchandises pourra être définie par référence à une norme de qualité nationale ou internationale. De nombreux systèmes juridiques reconnaissent la validité de dispositions stipulant que le prix ou tout autre disposition contractuelle seront déterminés par référence à une norme.

45. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 45 et 51*] Les directives énoncent, quant à elles, des paramètres grâce auxquels une disposition doit être déterminée et laissent donc une certaine latitude. Par exemple, l'accord d'échanges compensés peut

déterminer la fourchette dans laquelle devra se situer le prix que les parties négocieront, ou il peut être convenu que le prix sera "raisonnable" *(de telles clauses relatives au prix sont examinées plus avant au chapitre VII, "Etablissement du prix des marchandises" par. ___). [Le texte en italique ci-après est repris du paragraphe 45 du document A/CN.9/332/Add.2 :] Parfois, les parties ne sont pas à même d'être plus précises quant aux conditions du contrat de fourniture prévu; elles ne peuvent que stipuler que les conditions du contrat doivent être équitables, ou conformes aux conditions du marché. De telles dispositions peuvent être utiles lorsque l'on convient d'échanger des marchandises de qualité standard, car elles permettent de déterminer un prix équitable. Toutefois, si le type des marchandises à échanger n'est pas déterminé, ou si les marchandises sont des produits qui n'ont pas de prix standard, un tel engagement à adopter des "conditions équitables" ne renforcera pas sensiblement la position de la partie désireuse d'obtenir la conclusion du contrat. Dans de tels cas, les opinions peuvent diverger lorsqu'il s'agit de déterminer si une condition contractuelle est équitable, ce qui entraîne une prolongation des négociations et rend incertain l'aboutissement d'une action contre la partie refusant de conclure le contrat.* Si le type des marchandises n'a pas été déterminé, les parties pourront convenir d'une liste de marchandises sur laquelle les négociations devraient être axées ou à laquelle elles devraient être limitées (ces listes sont examinées au chapitre VI, "Type, qualité et quantité des marchandises"). Quant aux autres dispositions du contrat futur, telles que la livraison, les parties pourront convenir que le contrat de fourniture devra être négocié sur la base des conditions prévalant sur le marché. Lorsqu'il est fait référence aux conditions du marché, il est bon que les parties précisent de quel marché il s'agit.

46. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 52*] En raison de la latitude laissée aux parties, l'inclusion d'une directive dans l'accord d'échanges compensés pour la détermination d'une condition donnée du contrat futur ne garantit pas que l'on pourra arriver à une solution. Néanmoins, le fait de déterminer une fourchette étroite dans laquelle devra se situer la condition convenue par les parties, ou d'énoncer des directives précises limitant la latitude donnée aux négociateurs, non seulement rendra plus probable la conclusion d'un contrat, mais permettra de démontrer plus aisément qu'une partie, en refusant une offre de contrat donnée, a violé l'engagement d'échanges compensés.

b) *Détermination d'une disposition contractuelle par un tiers*

47. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 53*] Parfois, les parties conviennent qu'une disposition contractuelle donnée sera déterminée par un tiers. Si une telle approche permet d'être quasiment certain que la disposition sera précisée, elle est rarement mise en pratique, sans doute parce que les parties répugnent à céder leur pouvoir de détermination d'une disposition. Lorsque l'on a recours à une telle méthode, c'est en général à propos du prix des marchandises (voir chap. *VII, par. ___ et ___*). Les parties seront peut-être disposées à convenir d'une telle méthode si des directives claires — *et de préférence strictes* — sont établies, en application desquelles le tiers doit trancher, ou si l'intervention du tiers n'est autorisée qu'en dernier ressort, lorsque les autres mécanismes convenus ont échoué (par exemple, négociation, application d'une norme convenue). Si les parties ne souhaitent pas confier une telle décision à un tiers, mais désirent toutefois bénéficier de son avis, il peut être convenu que la détermination effectuée par ce tiers n'aura valeur que de recommandation.

48. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 54*] Un certain nombre de systèmes juridiques reconnaissent le droit des parties de confier à un tiers la détermination d'une disposition contractuelle. En particulier, le recours des parties à un tiers pour la détermination du prix est souvent traité dans les systèmes juridiques. Il existe toutefois des divergences. Par exemple, si certains systèmes admettent qu'un tribunal arbitral ou même un tribunal soit chargé de déterminer une disposition contractuelle, d'autres n'autorisent une telle détermination que si elle n'est pas effectuée dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire. Les systèmes juridiques divergent également quant aux conséquences d'un défaut d'accord des parties sur le tiers ou d'une défaillance du tiers. Dans certains systèmes, les parties ne pourront recourir à une procédure de désignation ou de remplacement de la personne et devront accepter que la disposition contractuelle en question ne soit pas déterminée. Dans d'autres systèmes, si c'est le prix que le tiers devait déterminer, l'affaire pourra être traitée comme si les parties avaient convenu que le prix serait raisonnable. Les approches divergent également quant à la possibilité et l'ampleur d'un contrôle judiciaire de la décision prise par un tiers.

49. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 55*] On trouvera dans les paragraphes ci-après une liste des questions que les parties voudront peut-être traiter dans une stipulation habilitant un tiers à déterminer une disposition contractuelle.

50. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 56*] *Personne pouvant demander la détermination d'une disposition.* Les parties voudront peut-être traiter la question de savoir si, lorsqu'elles ne peuvent convenir d'une disposition, chacune d'entre elles sera habilitée à demander au tiers de déterminer cette disposition, ou si le tiers ne pourra agir que sur la demande des deux parties.

51. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 57*] *Identité du tiers ou procédure de nomination.* Les parties voudront peut-être désigner, dans l'accord d'échanges compensés, la personne qui sera chargée de déterminer la disposition contractuelle. Dans ce cas, elles voudront peut-être également prévoir une procédure de nomination à utiliser au cas où la personne désignée n'agirait pas ou serait dans l'impossibilité d'agir. Si les parties ne souhaitent pas désigner cette personne par avance, il peut être bon qu'elles conviennent qu'elles désigneront le tiers lorsqu'elles se verront dans l'impossibilité de s'accorder sur ladite disposition. Dans ce cas, les parties voudront peut-être convenir d'une procédure de nomination, qui sera appliquée si elles ne peuvent s'accorder sur la nomination du tiers.

52. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 58*] *Directives ou normes devant être observées par le tiers.* Il est conseillé aux parties de délimiter le mandat du tiers en énonçant des directives ou normes qu'il devra observer lors de la détermination de la disposition contractuelle. Ces directives

et normes sont traitées de manière générale aux paragraphes 50 à 52 ci-dessus et, pour ce qui est du prix, au *chapitre VII*, "Etablissement du prix des marchandises", *paragraphes ___ à ___*.

53. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 59*] *Nature de la décision du tiers.* Les parties pourront convenir que la décision du tiers aura force obligatoire, au même titre qu'une stipulation contractuelle des parties. Elles pourront également stipuler que la détermination faite par le tiers aura valeur de recommandation, qui sera examinée de bonne foi par les parties.

54. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 60*] *Procédure de contestation de la décision prise par le tiers.* Dans certains cas, par exemple, lorsque la détermination de caractère impératif effectuée par le tiers porte sur une question présentant un intérêt économique particulier, les parties voudront peut-être prévoir la possibilité d'une contestation de la décision par recours à une autre personne, à un groupe de personnes ou à une institution. Pour ce qui est de la nature de la décision sur ladite contestation, il pourra être stipulé que cette décision obligera les parties, ou qu'elle n'aura valeur que de recommandation. Les parties voudront peut-être déterminer le mandat qui sera donné à la personne devant prendre une décision sur la contestation (par exemple confirmer ou rejeter la contestation ou modifier la décision contestée). Elles voudront peut-être indiquer comment, au cas où la décision contestée serait annulée, la détermination de la disposition en question sera effectuée (par exemple, par les parties elles-mêmes, par le même tiers ou par un autre tiers).

c) *Détermination de la disposition contractuelle par une partie au contrat*

55. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 61*] Parfois, l'accord d'échanges compensés confie à l'une des parties à l'accord la détermination d'une disposition. *Une extrême prudence est alors recommandée, car une telle solution laisse le soin de déterminer la disposition contractuelle à une personne qui peut tirer un intérêt du résultat de la détermination.*

56. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 61*] *Les parties devraient savoir que dans de nombreux systèmes juridiques une clause habilitant une partie au contrat à déterminer une disposition dudit contrat n'est pas reconnue. Lorsqu'elle est reconnue, elle n'est applicable qu'à certaines conditions strictes.* Si l'objet de la détermination est le prix, un certain nombre de systèmes reconnaîtront un tel droit conféré à une partie, si son exercice est limité par des normes fondées par exemple sur la raison, la bonne-foi ou l'équité. Certains de ces systèmes interpréteront des accords ne faisant pas *expressément référence à de telles normes comme y faisant implicitement référence.* Dans d'autres systèmes, la liberté de déterminer le prix doit être limitée par une norme plus précise, *telle que des prix du marché objectivement vérifiables, des moyennes de prix ou des limites absolues stipulées par les parties. Des restrictions analogues s'appliquent à la détermination de conditions touchant par exemple la quantité de marchandises à livrer en application d'un contrat ou le moment de l'exécution du contrat.*

2. Procédures de négociation

57. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 39*] Les accords d'échanges compensés peuvent décrire, avec plus ou moins de détails pratiques, la manière dont les négociations doivent avoir lieu. En précisant ainsi les procédures de négociation, on augmente les chances de voir les négociations aboutir. Cela est particulièrement vrai lorsque la nature des négociations risque d'être compliquée, en raison soit de l'objet des contrats éventuels, soit du nombre de personnes pouvant participer à ces négociations.

58. [*Nouveau paragraphe*] Il faudrait veiller à énoncer les procédures de négociation dans un engagement ferme à conclure un contrat de fourniture. Si l'engagement se limite à une simple obligation de négocier, les parties, ainsi qu'on l'a noté plus haut au paragraphe 2, auront peu de garanties quant à la réalisation des objectifs de l'opération. Même si elles sont associées à un engagement ferme d'échanges compensés, les procédures de négociation ne garantiront pas à elles seules le succès des négociations. Le moyen le plus efficace d'accroître les chances de succès des négociations serait, soit d'énoncer dans l'accord d'échanges compensés les conditions du futur contrat, soit, si cela n'est pas possible, de se mettre d'accord sur les moyens de préciser l'engagement d'échanges compensés. Ces moyens sont examinés plus haut, en particulier aux paragraphes 44 à 56.

59. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 40*] Au minimum, l'accord d'échanges compensés pourrait stipuler qu'une partie sera tenue de répondre aux propositions de contrat présentées par l'autre partie. Des procédures plus précises pourront traiter, par exemple, des questions suivantes : parties devant soumettre une offre de contrat; questions à traiter dans l'offre; délais de soumission; forme, mode ou fréquence des communications; délais de réponse; date à laquelle un accord doit être conclu et au-delà de laquelle les négociations seront considérées comme ayant échoué. En outre, les parties peuvent stipuler que, dans certaines circonstances, une partie sera libérée de son obligation de négocier (par exemple, lorsqu'elle a fait une offre répondant aux conditions requises et que cette offre n'a pas été acceptée ou, si c'est l'autre partie qui devait présenter une offre, lorsqu'aucune offre n'a été faite).

60. [*A/CN.9/332/Add.2, par. 41*] Si l'on stipule des procédures de négociation telles que celles qui sont mentionnées au paragraphe précédent, la partie qui n'aura pas négocié de bonne foi courra davantage de risques d'être tenue responsable de la non-conclusion d'un contrat. Ces procédures peuvent permettre à la partie lésée de démontrer, par exemple, que l'autre partie a refusé de négocier, a imposé des conditions qu'elle n'aurait pas dû normalement imposer, a recouru de manière injustifiée à des manœuvres dilatoires, a rouvert la discussion sur des questions déjà réglées, a négocié avec d'autres parties lorsqu'il n'était pas approprié de le faire ou a prématurément rompu les négociations.

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

[*La présente section H reprend, avec certaines modifications mises en évidence en italique, les paragraphes 31 à 44 du projet de chapitre VII, "Exécution de l'engagement*

d'échanges compensés", tels qu'ils figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.8.]

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

1. Echange d'informations

62. Les parties voudront peut-être mettre en place des procédures relatives à l'échange d'informations sur les progrès réalisés dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Ces procédures sont utiles en particulier dans les opérations de compensation industrielle indirecte (chap. II, *par. 17*), car l'engagement d'échanges compensés est alors dû à une personne qui ne fait pas office de fournisseur des marchandises et les fournisseurs éventuels ne sont donc pas parties à l'engagement. Un mécanisme d'échange d'informations est également utile lorsque les parties effectuent entre elles des échanges importants, notamment lorsqu'une certaine proportion de ces échanges seulement s'inscrit dans le cadre de l'accord d'échanges compensés.

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

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

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

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

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

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

3. Comptes de relevé des opérations

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

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

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

71. L'accord d'échanges compensés devrait spécifier les documents requis pour que des écritures soient portées sur le compte de relevé des opérations (par exemple, copies de contrats, preuve de l'ouverture de lettres de crédit, ou documents d'expédition). Ces exigences documentaires doivent être conformes aux dispositions de l'accord d'échanges compensés concernant le moment auquel l'engagement est réputé avoir été exécuté (voir les *paragraphes 35 à 37* ci-dessus). Afin de réduire au minimum les problèmes administratifs, les parties voudront peut-être aligner dans toute la mesure possible les conditions documentaires relatives au compte de relevé des opérations sur celles énoncées par tout organisme gouvernemental contrôlant l'opération d'échanges compensés.

72. Il est bon que les parties traitent dans l'accord d'échanges compensés de la question des écarts par rapport au ratio convenu entre la valeur des expéditions faites dans une direction et celle des expéditions dans l'autre direction. *Il pourra être décidé que le ratio convenu devra être atteint à la conclusion du délai d'exécution ou à des étapes spécifiées de ce délai, mais que la valeur des expéditions pourra s'écarter du ratio convenu durant le délai d'exécution ou entre les étapes spécifiées de ce délai.* Les parties pourront en outre convenir que tout écart durant le délai d'exécution devra rester dans des limites données. Par exemple, la valeur des expéditions dans une direction ne devra pas être inférieure à 60 % ou supérieure à 120 % de la valeur des expéditions dans l'autre direction. Il pourra être convenu que, *si une partie ne conclut pas les contrats de fourniture requis pour arriver au ratio convenu, l'autre partie aura le droit de suspendre la conclusion des contrats, ou de suspendre l'expédition des marchandises dans l'autre direction jusqu'à ce que le ratio soit atteint (voir aussi le chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", par. ___). Il peut aussi être convenu que des sanctions seront encourues si le ratio convenu n'est pas atteint* (voir les chapitres XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", et XII, "Garantie de bonne exécution"). Il est bon de préciser dans l'accord d'échanges compensés quels seront les écarts qui seront tolérés.

73. Afin de réduire au minimum les erreurs ou incohérences dans le compte de relevé des opérations, *il est bon que* les parties conviennent *de* vérifier à des moments donnés les informations qui y sont portées.

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

A/CN.9/362/Add.5]

V. REMARQUES GÉNÉRALES SUR LA RÉDACTION

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
A.	Remarques générales	1-9
B.	Langues à utilises	10-12
C.	Parties à l'opération	13-15
D.	Notifications	16-20
E.	Définition	21-24

[*Note des rédacteurs.* Le présent projet de chapitre V est une version révisée du projet de chapitre IV qui portait le même titre et qui a été publié sous la cote A/CN.9/332/Add.3. Lorsque la numérotation d'un paragraphe a changé, l'ancien numéro apparaît entre crochets au début dudit paragraphe. Les modifications apportées aux paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.3 sont en italique.]

A. Remarques générales

1. Une opération d'échanges compensés est en général le résultat de multiples communications écrites et orales entre les parties. Chaque partie pourra juger souhaitable d'établir une liste récapitulative des mesures à prendre lors de la négociation et de l'élaboration des contrats constitutifs de l'opération (l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture). Une telle liste permettra de réduire les risques d'omission ou d'erreur durant les étapes précédant la passation du contrat. Une partie voudra peut-être également envisager de recourir à des conseillers juridiques ou techniques qui l'aideraient à rédiger le contrat. Si les opérations d'échanges compensés deviennent rapidement routinières pour les parties ayant l'expérience de tels échanges, même des opérations simples peuvent poser des problèmes aux nouveaux venus, qui devront faire appel à de tels conseillers. Pour les opérations complexes, même des parties expérimentées pourront avoir besoin de ces conseils.

2. La mise sur pied de l'opération d'échanges compensés pourra être facilitée si les parties conviennent que des négociations sur les principales questions techniques et commerciales précéderont l'élaboration du premier projet d'accord d'échanges compensés et de tout contrat de fourniture. Par la suite, une des parties pourra être priée de soumettre un premier projet, fondé sur les éléments qui auront été convenus durant ces négociations. Ce premier projet pourra alors être examiné et modifié et l'on établira ainsi un jeu préliminaire de documents contractuels qui, après révision et mise au point, régiront la relation entre les parties.

3. Les règles juridiques applicables à l'accord d'échanges compensés peuvent imposer la forme écrite. Même si cette forme n'est pas obligatoire, il est *recommandé* que les parties expriment leur accord par écrit, afin d'éviter tout litige quant aux conditions effectivement convenues. Si les parties décident que toute modification à l'accord sera sous forme écrite, il est bon que cette condition soit énoncée dans l'accord. *Cependant, même si une telle condition a été énoncée dans l'accord d'échanges compensés, il peut y avoir des cas où une modification peut être faite autrement que par écrit. Dans un certain nombre de systèmes juridiques, il existe des règles, comparables à celles du paragraphe 2 de l'article 29 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, en vertu desquelles le comportement de l'une des parties peut l'empêcher d'invoquer une clause d'un contrat disposant que toute modification ou résiliation dudit contrat doit être faite par écrit si l'autre partie s'est fondée sur ce comportement.*

4. *Il est souhaitable que les parties précisent* les rapports entre les documents contractuels d'une part et les échanges verbaux, échanges de correspondance et projets de documents se situant dans le cadre des négociations d'autre part. Elles voudront peut-être stipuler que ces communications et projets de documents ne font pas partie du contrat. Elles peuvent en outre énoncer qu'ils ne sauraient être utilisés pour interpréter le contrat, ou bien qu'ils pourront être utilisés à cette fin, dans la mesure où la loi applicable le permet. En vertu de la loi applicable au contrat, les échanges verbaux, *les déclarations et le comportement d'une partie, ainsi que* les échanges de correspondance peuvent être utilisés pour l'interprétation du contrat, même s'ils sont postérieurs à la conclusion du contrat.

5. Les parties devront veiller à ce que les dispositions contractuelles exprimées par écrit soient dénuées de toute ambiguïté et ne suscitent pas de divergences et que les rapports entre les différents documents constitutifs de l'opération soient clairement établis. Ce souci de précision peut revêtir une importance particulière lorsque les opérations d'échanges compensés doivent être exécutées sur une longue période et peuvent devoir être administrées par des personnes n'ayant pas participé aux négociations durant les premières étapes de l'opération (par exemple dans le cas d'opérations d'achat en retour ou de compensation industrielle). Chacune des parties pourra juger utile de désigner une personne qui sera chargée avant tout de superviser l'établissement des documents contractuels. Il est bon que cette personne soit un rédacteur compétent ayant une connaissance approfondie des opérations internationales d'échanges compensés. Dans la mesure du possible, il serait bon qu'elle soit présente durant les négociations importantes. Chaque partie pourra juger utile de faire examiner les documents contractuels définitifs par une équipe ayant les connaissances voulues dans les domaines sur lesquels portent les documents en vue d'en assurer l'exactitude et la cohérence sur le plan tant de la forme que du fond.

6. Les règles juridiques applicables peuvent contenir des dispositions relatives à l'interprétation des contrats, ainsi que des présomptions quant au sens à donner à certains termes ou expressions tels que "prix raisonnable" (chap. VII, "Etablissement du prix des marchandises", par. 24), "*trust*" et "compte fiduciaire" (chap. IX, "Paiement", par. 16) et "pénalités" (chap. XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", par. ____). Il est conseillé aux parties de rédiger les contrats compte tenu de la loi applicable, afin de s'assurer que les expressions utilisées aient bien le sens voulu. Une formule possible est que la loi applicable soit déterminée tout au début des relations entre les parties (par exemple lors de l'ouverture des négociations). L'opération d'échanges compensés peut alors être négociée et élaborée compte tenu de cette loi. Selon une autre formule, les parties ne détermineront la loi applicable qu'après avoir mené des négociations sur les principales questions d'ordre technique et commercial et être parvenues à un certain degré d'accord. Elles peuvent ensuite revoir les avant-projets relatifs à l'opération — reflétant l'accord auquel elles sont parvenues — eu égard à la loi applicable, afin de veiller à ce que les dispositions convenues tiennent compte de cette loi. *L'opportunité de stipuler la loi applicable à l'accord d'échanges compensés et aux contrats de fourniture correspondants est examinée au chapitre XIV.*

7. Les parties devraient prendre en considération les règles juridiques impératives de nature administrative ou fiscale, ou de tout autre caractère public, qui sont en vigueur dans le pays de chaque partie et qui sont applicables à l'opération d'échanges compensés. Elles devraient également tenir compte des règles juridiques impératives de cet ordre en vigueur dans d'autres pays, lorsqu'elles sont applicables à l'opération. Certaines règles peuvent porter sur des aspects techniques de l'accord d'échanges compensés (par exemple, normes de sécurité applicables aux marchandises échangées, ou règles relatives à la protection de l'environnement) et les dispositions de l'accord ne devraient pas être incompatibles avec ces règles. D'autres règles peuvent imposer des restrictions à l'exportation ou à l'importation, ou un contrôle des changes (par exemple, elles peuvent stipuler que certains droits et obligations n'exerceront leurs effets qu'après que des licences d'importation ou d'exportation auront été accordées, ou que des paiements ou l'utilisation d'un mécanisme de paiement donné auront été approuvés). Les règles juridiques relatives à la fiscalité devront sans doute être prises en considération et les parties voudront peut-être inclure dans l'accord d'échanges compensés des dispositions relatives à l'assujettissement à l'impôt. *La question des dispositions impératives est aussi examinée au chapitre XIV, "Choix de la loi applicable", paragraphes ___ à ___.*

8. Les parties voudront peut-être étudier si l'accord d'échanges compensés doit comporter des exposés introductifs. Ces exposés peuvent énoncer les considérations présentées par l'une des parties ou les deux, qui les ont amenées à conclure l'accord. Ils peuvent aussi *énoncer les objectifs commerciaux à atteindre grâce à l'opération ou* décrire le contexte dans lequel l'accord a été conclu. La mesure dans laquelle ces exposés peuvent être utilisés pour l'interprétation des dispositions de l'accord qu'ils introduisent varie selon les systèmes juridiques, et leurs incidences sur l'interprétation peuvent être incertaines. C'est pourquoi, si les parties veulent que les exposés soient pris en considération pour l'interprétation ou l'exécution de l'accord, il sera peut-être préférable d'en reprendre la teneur dans les dispositions de l'accord.

9. Les parties jugeront peut-être utile d'examiner des formules types d'accords d'échanges compensés, des conditions générales, des clauses types ou des accords d'échanges compensés conclus précédemment, afin de s'en inspirer pour l'établissement des documents contractuels. Ces textes pourront aider les parties à préciser les points à traiter dans leurs négociations. Toutefois, il ne serait pas judicieux d'adopter telles quelles des dispositions figurant dans ces documents sans procéder à un examen critique. Il se peut que ces dispositions, dans leur ensemble, ne permettent pas d'obtenir l'équilibre des intérêts souhaité ou ne reflètent pas fidèlement les conditions convenues par les parties. Celles-ci jugeront peut-être bon de comparer les méthodes adoptées dans ces formules, conditions ou accords avec celles que recommande le guide juridique.

B. Langues à utiliser

10. Les contrats constitutifs de l'opération d'échanges compensés (c'est-à-dire l'accord d'échanges compensés et les différents contrats de fourniture) peuvent être tous rédigés dans une seule langue (qui peut être la langue de l'une ou l'autre des parties, mais pas nécessairement), ou dans les langues des deux parties si elles sont différentes, ou encore l'accord d'échanges compensés peut être rédigé dans une langue et les contrats de fourniture dans une autre. Lorsque la conclusion de l'accord d'échanges compensés précède celle des contrats de fourniture dans les deux directions (chap. III, "Approche contractuelle", par. 19), ou lorsqu'elle précède la conclusion du contrat de contre-exportation (chap. III, par. 12 à 18), il est bon que l'accord spécifie la langue des contrats. Une telle spécification avant le début de la négociation d'un contrat de fourniture peut faciliter la préparation de ces négociations et permettre d'éviter des désaccords.

11. L'élaboration d'un contrat dans une seule langue réduira les risques de conflit concernant l'interprétation d'une de ses dispositions. La rédaction de tous les contrats constitutifs de l'opération dans la même langue permettra de réduire les risques de conflits entre deux contrats connexes. Par contre, chaque partie comprendra sans doute mieux ses droits et obligations s'il existe une version du contrat dans sa langue. En outre, lorsque des instructions détaillées ou complexes, découlant directement du contrat, doivent être données au personnel de l'une ou l'autre partie, il pourra être particulièrement important que le contrat soit dans la langue dans laquelle les instructions doivent être données. *Les parties peuvent décider que certaines annexes de l'accord d'échanges compensés ou d'un contrat de fourniture (par exemple, celles où sont énoncées les spécifications techniques), seront rédigées ou traduites dans une langue particulière. Si des traductions sont envisagées, il est bon de déterminer qui prendra en charge les dépenses correspondantes.* Si une seule langue doit être utilisée, les parties voudront peut-être tenir compte des facteurs suivants pour choisir cette langue : il serait bon que la langue retenue soit comprise par les cadres de chaque partie qui seront chargés d'exécuter le contrat; il serait utile que la langue soit une langue couramment employée dans le commerce international; le règlement des litiges sera sans doute facilité si la langue choisie est la langue dans laquelle la procédure sera menée, ou la langue — ou l'une des langues — du pays dont la loi est applicable.

12. Si les parties n'établissent pas les contrats dans une seule langue, il serait bon de spécifier dans ces contrats quelle version linguistique prévaudra en cas de conflit entre deux versions. Par exemple, si les négociations doivent être menées dans l'une des langues, les parties voudront peut-être stipuler que c'est la version établie dans la langue dans laquelle les négociations auront été menées qui prévaudra. Une disposition stipulant que l'une des langues prévaudra incitera sans doute les parties à préciser autant que possible le texte établi dans cette langue. Les parties voudront peut-être qu'une langue prévale pour certains segments de l'opération ou pour certains documents contractuels (par exemple, l'accord d'échanges compensés ou des documents techniques relatifs à l'accord ou à un contrat de fourniture) et qu'une autre langue prévale pour les autres contrats ou documents. Lorsque les parties stipulent que les deux langues auront le même statut, elles devront s'efforcer d'énoncer des directives en cas de divergence entre les deux versions linguistiques. Elles pourront stipuler, par

exemple, que l'accord sera interprété conformément aux pratiques que les parties auront convenues entre elles et aux usages normalement suivis dans le commerce international en ce qui concerne les accords de cet ordre. Les parties voudront peut-être également énoncer que, lorsqu'un terme du contrat n'est pas clair dans une langue, on pourra se référer au terme correspondant dans l'autre langue pour le préciser.

C. Parties à l'opération

13. Lorsqu'un contrat relatif à l'opération (l'accord d'échanges compensés ou un contrat de fourniture) consiste en plusieurs documents, les parties voudront peut-être se définir et se décrire elles-mêmes dans un document principal, venant en premier dans l'ordre logique des documents constituant le contrat. Ce document devrait énoncer, sous une forme juridiquement exacte, le nom des parties, indiquer leur adresse, consigner le fait que les parties ont passé un contrat, exposer brièvement l'objet du contrat et être signé par les parties. Il devrait aussi consigner la date et le lieu auxquels le contrat a été signé, ainsi que la date prévue pour son entrée en vigueur. Toute mention ultérieure des parties dans le contrat se trouverait sans doute facilitée s'il était spécifié dans le document principal que, dans ce document et dans les documents secondaires, les parties seront désignées par les abréviations convenues ou par des expressions telles que l'exportateur, l'importateur, le contre-exportateur, le contre-importateur, la société de commerce. Il se peut qu'une partie ait plusieurs adresses (par exemple, l'adresse de son siège ou l'adresse d'une succursale par l'intermédiaire de laquelle le contrat a été négocié) et il est préférable en pareil cas de spécifier dans le document l'adresse à laquelle les notifications destinées à l'une des parties doivent être expédiées.

14. Les parties aux opérations d'échanges compensés sont en général des personnes morales. En pareil cas, le contrat pourra indiquer sur quelles bases se fonde leur statut juridique (par exemple, constitution en société en application de la loi de tel ou tel pays). Il se peut que la capacité des personnes morales à passer des contrats soit limitée. Aussi une partie souhaitera-t-elle peut-être, à moins d'être certaine de la capacité de l'autre partie à passer le contrat, demander à cette dernière de fournir la preuve de sa capacité. Si une partie au contrat est une personne morale, l'autre partie voudra peut-être avoir la preuve que l'employé de cette personne morale qui signe le contrat a qualité pour engager ladite personne morale. *Lorsqu'un organisme public est partie à l'opération d'échanges compensés, une autorisation spéciale peut être nécessaire pour conclure l'accord d'échanges compensés ou le contrat de fourniture. Un organisme public peut aussi avoir besoin d'une autorisation spéciale pour conclure une convention d'arbitrage et y inclure une clause selon laquelle il accepte de se conformer à la sentence rendue par le tribunal arbitral.*

15. [*Paragraphe 14, dernière phrase*] Si le contrat est conclu par un représentant au nom d'un mandant, le nom, l'adresse et le statut du représentant et du mandant peuvent être spécifiés et il peut être souhaitable de joindre en annexe au contrat la preuve des pouvoirs du mandant habilitant le représentant à passer le contrat en son nom.

D. Notifications

16. [15] Dans le cadre des opérations d'échanges compensés, l'une des parties est souvent tenue de notifier à l'autre partie certains faits ou circonstances. Ces notifications peuvent être requises, par exemple, aux fins suivantes : ouvrir des négociations pour la conclusion d'un contrat de fourniture, faciliter la coopération dans l'exécution du contrat, permettre à une partie à laquelle notification est donnée de prendre des mesures, soit en tant que condition de l'exercice d'un droit, soit en tant que moyen d'exercer ce droit. Les parties voudront peut-être examiner et régler dans leur contrat certaines questions qui se posent à propos de ces notifications.

17. [16] Afin d'éviter toute incertitude, il est souhaitable d'exiger que toutes les notifications prévues dans l'opération d'échanges compensés soient faites par écrit, encore que, dans certains cas exigeant une action immédiate, les parties souhaiteront peut-être stipuler que les notifications pourront être faites verbalement — directement ou par téléphone — et confirmées ultérieurement par écrit. Les parties voudront peut-être définir ce qu'il faut entendre par "écrit" (voir le paragraphe 21 ci-après) et spécifier quels sont les moyens acceptables pour l'acheminement des notifications (voie de surface, courrier aérien, télex, télégraphe, télécopie, échange électronique de données). Toutefois, il faudrait s'efforcer de ne pas limiter les moyens de notification au point que, au cas où les moyens spécifiés ne seraient pas utilisables, aucune notification valide ne puisse être faite. Les parties voudront peut-être également spécifier la langue dans laquelle les notifications devront être faites (par exemple, la langue du contrat).

18. [17] Pour ce qui est du moment auquel une notification exerce ses effets, deux solutions peuvent être envisagées. Selon la première, la notification est valable dès son expédition par la partie notifiante, ou après l'expiration d'un délai donné à compter de l'expédition. Selon l'autre solution, les parties peuvent stipuler que la notification n'est valable que lorsqu'elle est remise à la partie destinataire (voir le paragraphe 21 ci-après). Dans le premier cas, le risque de défaut d'acheminement ou d'erreur de l'organisme chargé de l'acheminement incombe à la partie à laquelle la notification est adressée, alors que, dans le second cas, il incombe à la partie expédiant la notification. Les parties jugeront peut-être avantageux de choisir un mode de transmission de la notification qui fournisse la preuve de l'expédition ou de la remise et du moment auquel la notification a été expédiée ou remise. Il est également possible de stipuler que la partie à laquelle notification est donnée doit accuser réception de la notification. Il est peut-être bon d'énoncer dans le contrat une disposition générale selon laquelle, sauf disposition contraire, l'une ou l'autre des deux solutions concernant le moment auquel une notification produit effet (à l'expédition ou à la remise) s'appliquera aux notifications mentionnées dans le contrat. Des dérogations à la solution d'ensemble retenue peuvent se révéler pertinentes pour certaines notifications.

19. [Nouveau paragraphe] Les parties voudront peut-être spécifier les adresses des services de société ou des représentants des parties auxquels les notifications devront

être envoyées. Des destinataires différents pourront être spécifiés selon les types de notifications.

20. [18] Les parties voudront peut-être spécifier les conséquences juridiques d'un défaut de notification. Elles voudront peut-être également spécifier les conséquences d'un défaut de réponse à une notification supposant une réponse. Par exemple, lorsque les parties envisagent une série d'expéditions *dans une direction ou dans les deux directions*, elles pourront stipuler que, si le fournisseur informe l'acheteur qu'une quantité donnée de marchandises pourra être expédiée à une date donnée, l'acheteur sera réputé avoir accepté, s'il ne fait pas d'objection.

E. Définitions

21. [19] *Il est bon* de définir certains termes ou concepts clefs fréquemment utilisés dans l'accord d'échanges compensés ou dans un contrat de fourniture. Les définitions sont particulièrement utiles dans les contrats entre des parties de pays différents, même si elles utilisent la même langue, car certains termes ou concepts n'auront sans doute pas exactement le même sens dans les deux pays. Elles sont également utiles lorsque les contrats sont rédigés dans deux langues, car elles permettent de réduire les risques d'erreur de traduction. L'insertion d'une définition garantit que le terme ou concept défini est pris dans la même acception partout où il apparaît dans l'accord ou dans le contrat et elle dispense d'avoir à préciser le sens qu'on lui donne à chaque fois qu'il est employé. Une définition est souhaitable si un terme qui doit être employé est ambigu. Les définitions sont parfois assorties d'une réserve, selon laquelle les termes définis ont le sens que le contrat leur donne, "à moins que le contexte n'exige une interprétation différente". Cette réserve couvre l'éventualité où un mot défini aurait été employé par inadvertance dans un contexte où il ne pourrait avoir le sens que la définition lui donne. Il est bon que les parties examinent le contrat avec le plus grand soin pour s'assurer que les termes définis ont le sens qui leur a été donné, *quel que soit l'endroit où ils figurent.*

22. [20] Etant donné qu'une définition est en général conçue comme devant s'appliquer d'un bout à l'autre d'un accord ou d'un contrat, la liste des définitions peut être incluse dans le document principal. Toutefois, si un terme qu'il convient de définir n'est employé que dans une disposition ou une section données de l'accord ou du contrat, il peut être plus commode de faire figurer la définition dans la disposition ou la section en question.

23. [21] *Les parties souhaiteront peut-être* définir des termes tels que "accord d'échanges compensés", "écrit", "expédition d'une notification" et "remise d'une notification". Elles souhaiteront peut-être examiner les exemples ci-après :

Accord d'échanges compensés. L'expression "accord d'échanges compensés" désigne les documents suivants : *a)* présent document; *b)* liste des marchandises à échanger; *c)* ... . Elle est utilisée dans ce sens dans tous lesdits documents.

Ecrit. Le terme "écrit" s'entend des déclarations figurant dans un message télex, un message télécopié, un télégramme ou tout autre mode de télécommunication permettant de conserver un enregistrement de la teneur de ces déclarations.

Expédition d'une notification. Il y a "expédition d'une notification" par une partie lorsque ladite notification est dûment adressée et transmise à l'entité compétente pour acheminement par un mode autorisé aux termes du contrat.

Remise d'une notification. Il y a "remise d'une notification" à une partie lorsque celle-ci est remise à ladite partie ou lorsqu'elle est déposée à l'adresse de ladite partie à laquelle, aux termes du contrat, la notification peut être déposée, que la notification soit ou non portée à l'attention de la personne chargée d'y donner suite.

24. [22] Les parties jugeront peut-être utile, lorsqu'elles établiront leurs propres définitions, d'examiner les définitions données dans le présent guide des différents concepts couramment utilisés dans les opérations d'échanges compensés. Ces définitions peuvent être retrouvées à partir de l'index figurant dans le Guide.

[A/CN.9/362/Add.6]

VI. TYPE, QUALITÉ ET QUANTITÉ DES MARCHANDISES

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Remarques générales	1-2
B. Type des marchandises	3-23
1. Remarques générales	3-6
2. Liste des marchandises possibles	7-14
3. Services	15
4. Technologie	16-23

	Paragraphes
C. Qualité des marchandises	24-32
1. Spécification de la qualité	25-28
2. Contrôle précontractuel de la qualité	29-32
a) Identité de l'inspecteur	30
b) Procédures d'inspection	31
c) Suite donnée au rapport d'inspection	32
D. Quantité des marchandises	33-39
E. Modification des dispositions relatives au type, à la qualité et à la quantité des marchandises	40-41

[*Note des rédacteurs.* Le présent projet de chapitre VI est une révision du projet de chapitre V, "Type, qualité et quantité des marchandises", publié sous la cote A/CN.9/332/Add.4. La note entre crochets figurant au début de chaque paragraphe indique qu'il s'agit d'un nouveau paragraphe ou rappelle le numéro sous lequel ce paragraphe figurait dans le document A/CN.9/332/Add.4. Les révisions de paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.4 sont en italique. Un astérisque indique les endroits où un passage a été supprimé sans être remplacé par un nouveau texte.]

A. Remarques générales

1. [*Nouveau paragraphe*] Comme indiqué au paragraphe 2 du chapitre II, les considérations relatives aux "marchandises" s'appliquent d'une manière générale aux services et à la technologie. Chaque fois que nécessaire, le présent chapitre traite de certaines questions spéciales concernant les services et la technologie.

2. [1] Les parties peuvent soit déterminer dans l'accord d'échanges compensés le type de marchandises qui fera l'objet du contrat de fourniture, en ne faisant peut-être référence qu'à de grandes catégories de marchandises, soit ne pas stipuler ce type. Plus l'accord d'échanges compensés sera précis quant au type de marchandises, plus il sera aisé de préciser dans l'accord la quantité et la qualité des marchandises. Et plus le type, la qualité et la quantité des marchandises seront précisés, plus le contrat de fourniture aura de chances d'être conclu. Parfois, bien que le type des marchandises soit déterminé dans l'accord d'échanges compensés, la détermination de la qualité et de la quantité est laissée à plus tard, parce que les éléments sur lesquels les parties souhaitent fonder leur décision en la matière ne sont pas encore pleinement connus*.

B. Type des marchandises

1. Remarques générales

3. [2] Diverses considérations peuvent être prises en compte pour le choix du type de marchandises. Le fournisseur préférera qu'il s'agisse de marchandises qui soient aisément disponibles; ou qu'il souhaite introduire sur un nouveau marché, alors que l'acheteur voudra acheter des marchandises dont il a besoin, ou qui pourront être aisément revendues. La liberté qu'ont les parties de convenir du type de marchandises à échanger dans une direction, ou dans les deux, peut être limitée par des règlements nationaux *visant spécifiquement les types de marchandises susceptibles d'être concernées par des opérations d'échanges compensés*. Par exemple, dans certains pays, la réglementation interdit que certains types de marchandises soient offerts dans le cadre d'une opération d'échanges compensés si le *paiement n'est pas effectué en devises au compte de l'exportateur**. De telles réglementations peuvent également énoncer que l'importation de certains types de marchandises n'est autorisée que si l'exportateur convient d'acheter des marchandises en retour.

4. [3] Le choix des parties quant au type de marchandises peut également être limité par des règlements nationaux prescrivant que les marchandises doivent provenir du pays, ou d'une région donnée du pays, ou doivent être achetées à un secteur économique, ou à un groupe de fournisseurs donnés. Ces restrictions quant à l'origine et à la source des marchandises se rencontrent en particulier lorsque la partie qui sollicite un engagement d'échanges compensés est une entité du secteur public*. Les clauses de l'accord relatives à de telles restrictions sont traitées au chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", paragraphes 26 à 28, et au chapitre VIII, "Participation de tiers", paragraphes ___ à ___. *Outre les règlements concernant spécifiquement les échanges compensés dont il a été question dans les deux paragraphes qui précèdent, il peut exister des restrictions générales applicables aux exportations et aux importations de marchandises qui peuvent affecter la liberté qu'ont les parties de choisir les marchandises à échanger dans le cadre d'opérations d'échanges compensés.*

5. [*Nouveau paragraphe*] Les parties voudront peut-être s'assurer, avant de s'engager dans une opération d'échanges compensés, qu'il n'existe en principe aucun obstacle à l'obtention des licences d'exportation et d'importation requises si les conditions prescrites sont remplies. Une telle assurance, qui peut être donnée par une partie à l'opération ou par un tiers, peut être justifiée, par exemple, dans le cas d'opérations d'échanges compensés qui demandent la mobilisation d'une proportion importante des capacités de production ou la divulgation d'informations technologiques. Dans des opérations de ce genre, le refus d'une licence pourrait causer de plus grandes difficultés que dans le cas d'une opération de vente ordinaire.

6. [*Nouveau paragraphe*] Si les pouvoirs publics imposent une restriction à l'importation ou à l'exportation

des marchandises après que les parties se sont mises d'accord sur le type de celles-ci, les parties se trouveront empêchées d'honorer un engagement d'échanges compensés ou un contrat de fourniture. Ces empêchements sont examinés au chapitre XIII, "Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés", par. ___.

2. *Liste des marchandises possibles*

7. [4] Lorsque les parties concluent un accord sans déterminer le type de marchandises, elles voudront peut-être inclure dans l'accord une liste de marchandises possibles, dont l'achat s'inscrira dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés. Lorsque l'accord est conclu avant les contrats de fourniture dans les deux directions (voir le chapitre III, "Approche contractuelle", par. 20 et 21), il peut y avoir deux listes, une pour chaque direction. La liste des produits peut être jointe à l'accord d'échanges compensés au moment de la signature, ou elle peut être convenue ultérieurement.

8. [5] L'accord d'échanges compensés devrait bien préciser la nature et la portée de l'engagement pris par les parties en ce qui concerne la liste des marchandises possibles. Le fournisseur peut s'engager à offrir tous les types de marchandises figurant sur la liste, auquel cas l'acheteur sera libre de choisir parmi ces différents types, à moins que l'accord ne limite son choix. Il peut par exemple limiter le nombre des différents types de marchandises pouvant être achetés, ou imposer un niveau minimum ou maximum pour l'achat de certains types de marchandises.

9. [6] L'engagement pris par le fournisseur quant à la disponibilité des marchandises peut être limité à certains types de marchandises figurant sur la liste, auquel cas l'acheteur sera libre de choisir parmi les marchandises dont l'accord d'échanges compensés stipule qu'elles sont disponibles. L'achat d'autres types de marchandises dont la disponibilité n'est pas garantie, pourra faire l'objet de négociations ultérieures.

10. [7] Il peut être convenu que l'engagement d'échanges compensés pris par l'acheteur sera réduit dans la mesure où le fournisseur ne mettra pas à sa disposition les types de marchandises dont l'accord d'échanges compensés stipule qu'ils doivent être disponibles (voir le chapitre XIII, "Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés", par. ___). En outre, l'engagement pris par le fournisseur d'offrir les marchandises figurant sur une liste peut être confirmé par une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale (voir le chapitre XI, "Dommages-intérêts spécifiés et pénalités") ou par une garantie (voir le chapitre XII, "Garantie de bonne exécution").

11. [8] Lorsque le fournisseur ne prend pas d'engagement quant à la disponibilité de tel ou tel type de marchandises figurant sur la liste, la détermination des types de marchandises effectivement disponibles se fera lors de négociations ultérieures. Si le fournisseur n'offre aucune des marchandises figurant sur la liste, l'acheteur ne sera pas tenu responsable de la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir le chapitre XIII, "Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés", par. ___).

12. [9] Les parties voudront peut-être stipuler dans l'accord d'échanges compensés que l'acheteur est tenu de fournir dans un délai donné des indications permettant de déterminer avec précision les marchandises dont il aura besoin, afin que le fournisseur puisse faire une offre correspondante. L'accord peut indiquer que ces indications seront fournies par un tiers (par exemple, une maison de commerce engagée pour acheter des marchandises, ou un utilisateur final).

13. [10] Les accords d'échanges compensés étant souvent conclus pour créer de nouvelles possibilités d'exportation ou pour ouvrir de nouveaux marchés, le choix des marchandises à échanger pourra être fondé sur la condition suivante : les marchandises doivent être un produit d'exportation non traditionnnel du fournisseur, ou, s'il s'agit d'un produit d'exportation traditionnel, elles doivent être revendues sur un nouveau marché. Lorsque l'acheteur a déjà effectué des achats auprès du fournisseur, ou s'il s'était précédemment engagé à acheter des marchandises au fournisseur, l'accord d'échanges compensés pourra stipuler que l'achat devra porter sur un type nouveau de marchandises et avoir pour conséquences d'élever les ventes au-delà des niveaux précédemment fixés afin de pouvoir être pris en compte pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir également les paragraphes 5 et 6 du *chapitre IV* concernant la notion de "quantité additionnelle" en tant que facteur à prendre en compte pour déterminer *l'étendue de l'engagement d'échanges compensés*). Il est bon que l'accord définisse ce que doivent être les nouveaux produits ou les nouveaux marchés, soit en indiquant ceux qui seront considérés comme nouveaux, soit en précisant ceux qui ne seront pas considérés comme nouveaux.

14. [11] Il peut être utile que l'accord d'échanges compensés prévoie un mécanisme pour la détermination du type des marchandises, notamment dans les opérations à long terme, ou celles mettant en jeu un grand nombre de parties. Par exemple, les parties voudront peut-être constituer un comité mixte qui se réunira à intervalles réguliers pour déterminer les marchandises à échanger et contrôler l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Les mécanismes mis en place à cette fin devront être coordonnés avec le calendrier d'exécution. (Voir le chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 17 à 20; la question des négociations est traitée en termes généraux au chapitre IV, par. *56 à 60.*) On pourra également faire appel à ce comité mixte pour fixer le prix des marchandises (voir le chapitre VII, "Etablissement du prix des marchandises", par. ___).

3. *Services*

15. [*Nouveau paragraphe*] Lorsqu'un contrat de fourniture doit porter sur des services, il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés décrive ceux-ci de manière aussi précise que possible. Même si les parties n'ont pas pu se mettre d'accord sur certains aspects du service envisagé au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, elles faciliteront les négociations ultérieures et augmenteront les chances de conclure le contrat prévu si elles décrivent dans l'accord d'échanges compensés les aspects de ce service sur lesquels elles sont en mesure de se mettre d'accord. Cette description dépendra du type de services

envisagés. Par exemple, si le futur contrat a pour objet un transport, les parties pourront faire figurer dans l'accord d'échanges compensés des points comme : les itinéraires, le type de véhicules ou de navires à utiliser, les équipements spéciaux dont le transporteur doit disposer, les types de marchandises à transporter, des considérations spéciales relatives aux marchandises dangereuses, les autorisations qui peuvent être nécessaires pour effectuer le transport et la partie responsable de l'obtention de ces autorisations. S'il s'agit d'un service de maintenance d'équipements industriels, l'accord d'échanges compensés pourrait, par exemple, indiquer dans leurs grandes lignes certains éléments du programme de maintenance, y compris le niveau d'efficience auquel les équipements doivent être maintenus. Ces éléments pourraient, par exemple, être les suivants : inspection périodique des équipements; manuel et procédures de maintenance; nettoyage; réglage et lubrification; remplacement des pièces défectueuses ou usées; durée pendant laquelle la maintenance doit être assurée; calendriers de maintenance; dossiers de maintenance; obligations des parties en ce qui concerne les pannes et réparations imprévues; modalités de calcul du prix du service.

4. Technologie

16. [*Nouveau paragraphe*] Les opérations d'échanges compensés peuvent porter sur le transfert de procédés technologiques nécessaires pour la fabrication de produits ou le transfert de connaissances et de compétences nécessaires pour l'utilisation d'un équipement industriel particulier. La communication de ces procédés, connaissances et compétences est souvent appelée transfert de technologie. Lorsqu'une opération d'échanges compensés comprend un transfert de technologie, celui-ci fait habituellement partie du contrat d'exportation, c'est-à-dire du contrat qui est conclu au moment de la mise en place de l'opération d'échanges compensés en même temps que l'accord d'échanges compensés qui prévoit la conclusion d'un contrat de contre-exportation. Par exemple, les contrats d'exportation conclus dans le cadre d'opérations d'achat en retour et de compensation industrielle indirecte comprennent le transfert de technologie. Dans certaines opérations d'échanges compensés, cependant, l'accord d'échanges compensés envisage la technologie à transférer dans le cadre d'un contrat de fourniture à conclure.

17. [*Nouveau paragraphe*] Le transfert de technologie peut être effectué de différentes manières. Il peut consister en l'octroi de licences d'utilisation de produits ou de procédés industriels qui font l'objet de diverses formes de propriété industrielle. La plupart des systèmes juridiques prévoient un enregistrement, sous certaines conditions, des inventions de produits ou de procédés industriels qui se trouvent ainsi reconnus et protégés par la législation relative à la propriété industrielle en vigueur sur le territoire du pays où l'enregistrement a eu lieu. Le détenteur de la propriété industrielle obtient le droit exclusif d'exploiter les produits ou les procédés qui font l'objet de la propriété industrielle. Une forme habituelle de protection de la propriété industrielle est constituée par les brevets. Lorsqu'un brevet a été accordé, pour une durée limitée qui est fixée par la loi, l'invention faisant l'objet de ce brevet ne peut être exploitée dans le pays qui a accordé le brevet qu'avec l'accord du détenteur de celui-ci. Une personne peut demander l'octroi d'un brevet dans plus d'un pays. Il existe des traités internationaux aux termes desquels l'enregistrement d'une invention auprès du bureau international qu'ils désignent assure une protection équivalente à un brevet national dans les Etats parties auxdits traités; il s'agit, par exemple, de la Convention sur la délivrance de brevets européens de 1973 et du traité établissant l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle de 1962 et 1977. La plupart des systèmes juridiques reconnaissent également d'autres formes de propriété industrielle. Par exemple, un signe distinctif servant à identifier les marchandises et indiquer leur origine (par exemple, un fabricant particulier) peut être protégé par son enregistrement sous la forme d'une marque de fabrique ou de commerce. Une marque protégée ne peut pas être utilisée sans l'autorisation du propriétaire dûment enregistré de celle-ci. Le transfert de technologie peut prendre la forme d'une licence d'utilisation d'une marque. Le détenteur d'un brevet ou le propriétaire d'une marque peut accorder une licence pour l'utilisation du brevet ou de la marque (c'est-à-dire autoriser, contre rémunération et dans les conditions fixées par la licence, l'utilisation du contenu du brevet ou de la marque). Certains systèmes juridiques reconnaissent des formes supplémentaires de propriété industrielle comme les modèles d'utilité et les dessins ou modèles industriels.

18. [*Nouveau paragraphe*] Lorsque l'acheteur a besoin d'une technologie particulière, il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés comporte une description aussi précise que possible de cette technologie. Dans certains cas, cependant, l'acheteur pourra préférer que les obligations du fournisseur de technologie soient principalement définies suivant certains critères relatifs aux résultats que permettrait l'utilisation de la technologie concernée (par exemple, production de marchandises dont la quantité et la qualité sont énoncées dans le contrat). En pareil cas, une description générale de la technologie pourra suffire en ce qui concerne l'accord d'échanges compensés et le fournisseur pourra être requis d'en donner une description détaillée au moment de la conclusion du contrat de fourniture.

19. [*Nouveau paragraphe*] Certains procédés industriels peuvent n'être connus que d'une ou de quelques entreprises. Ces entreprises peuvent n'avoir pas voulu, ou pas pu, protéger ces procédés industriels par voie d'enregistrement conformément à la législation relative à la propriété industrielle. Elles peuvent, par contre, garder à ces connaissances un caractère confidentiel. En pareil cas, le transfert de technologie pourra prendre la forme d'une mise à disposition de ces connaissances (généralement appelées "savoir-faire"). Ce transfert de savoir-faire peut être soumis à des conditions comme le respect du caractère confidentiel de ce savoir-faire par la partie à laquelle il a été transféré. L'information et les compétences nécessaires pour l'exploitation et la maintenance d'une usine peuvent être communiquées par la formation de personnel ou sous la forme d'une documentation. Une opération pourra prévoir le transfert de technologie suivant une ou plusieurs des méthodes décrites dans le présent paragraphe et le paragraphe précédent.

20. [*Nouveau paragraphe*] Le fournisseur de savoir-faire exigera habituellement que ce savoir-faire soit gardé

confidentiel. Cette confidentialité peut être requise à deux stades. Premièrement, le fournisseur pourra communiquer certains renseignements sur le savoir-faire pendant les négociations en vue de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, afin de permettre à l'acheteur de décider s'il souhaite conclure un accord d'échanges compensés et de faire des propositions concernant les conditions contractuelles. Le fournisseur désirera que l'acheteur conserve à ce savoir-faire un caractère confidentiel. Deuxièmement, lorsqu'un contrat de fourniture est conclu en application de l'accord d'échanges compensés, le fournisseur aura besoin que le savoir-faire supplémentaire qu'il communiquera par la suite soit gardé confidentiel. Pour ce faire, il pourra être nécessaire, sous le régime de certains systèmes juridiques, que les parties, avant d'engager des négociations, concluent un accord aux termes duquel l'acheteur s'engage à maintenir la confidentialité du savoir-faire qui sera communiqué durant les négociations et, par la suite, fassent figurer des dispositions concernant la confidentialité dans l'accord d'échanges compensés et dans le contrat de fourniture. Dans d'autres systèmes juridiques, cependant, l'obligation de confidentialité incombant à l'acheteur résulte de l'obligation qui est faite aux parties de négocier de bonne foi. Le fournisseur pourra vouloir examiner s'il est nécessaire de compléter par une disposition expresse l'obligation de confidentialité imposée par la loi.

21. [*Nouveau paragraphe*] La mesure dans laquelle des dispositions contractuelles peuvent imposer à l'acheteur des obligations en matière de confidentialité peut être régie par des règles juridiques impératives. Les points sur lesquels doivent porter ces dispositions contractuelles peuvent être les suivants : définition précise du savoir-faire qui doit être gardé confidentiel, durée pendant laquelle il doit être gardé confidentiel et mesure dans laquelle sa divulgation est autorisée (par exemple, divulgation autorisée dans des circonstances déterminées, ou à des personnes déterminées). Les parties voudront peut-être stipuler que l'obligation de confidentialité, ainsi que l'obligation de payer des redevances, prennent fin lorsque le savoir-faire qui doit être gardé confidentiel tombe dans le domaine public. Les parties voudront peut-être stipuler également, par exemple, qu'une personne engagée par l'acheteur comme conseiller au sujet du contrat de fourniture devra avoir accès au savoir-faire dans la mesure nécessaire pour l'exercice de ses fonctions de conseil. Elles pourront vouloir en outre stipuler que, s'il est mis fin à l'accord d'échanges compensés ou au contrat de fourniture en raison d'une défaillance du fournisseur, et si l'acheteur souhaite réaliser l'objectif du contrat de fourniture en traitant avec un autre fournisseur, l'acheteur sera autorisé à divulguer à l'autre fournisseur toute partie du savoir-faire qui pourra être nécessaire pour réaliser cet objectif. L'acheteur pourra cependant être tenu d'obtenir de son conseiller ou de l'autre fournisseur, avant la divulgation du savoir-faire, un engagement de ne pas divulguer celui-ci à des tiers.

22. [*Nouveau paragraphe*] Une obligation de confidentialité pourra devoir être imposée au fournisseur de technologie, par exemple, lorsque l'acheteur doit avoir l'exclusivité de l'utilisation de la technologie, ou lorsque le fournisseur de la technologie doit bénéficier d'améliorations apportées à celle-ci par l'acheteur. Les considérations exposées dans les deux paragraphes qui précèdent pourront être utiles pour la formulation d'une disposition contractuelle à cet effet.

23. [*Nouveau paragraphe*] Ce Guide juridique ne traite pas de manière exhaustive des négociations contractuelles relatives à l'octroi de licences ou à la fourniture de savoir-faire, car cette question n'est pas particulière aux échanges compensés et a été traitée en détail dans des publications d'organes des Nations Unies[1].

C. Qualité des marchandises

24. [12] La question de la qualité des marchandises pose deux grands problèmes que les parties voudront peut-être traiter dans l'accord d'échanges compensés. Il faut premièrement déterminer le niveau de qualité des marchandises et, deuxièmement, mettre en place des mécanismes pour vérifier, avant la conclusion d'un contrat de fourniture, que les marchandises offertes sont conformes à la qualité spécifiée (inspection précontractuelle). En s'accordant sur ces deux questions, les parties éviteront des désaccords sur d'autres questions : par exemple, la partie s'étant engagée à acheter des marchandises est-elle tenue d'acheter tel ou tel type offert par le fournisseur, ou les marchandises valent-elles le prix auquel elles sont offertes ?

1. Spécification de la qualité

25. [13] Si le type des marchandises n'est pas déterminé dans l'accord d'échanges compensés, ou s'il ne l'est que par référence à des catégories générales, il est impossible de définir précisément la qualité requise. Dans ce cas, les parties devront sans doute se limiter à des généralités du genre "qualité export", "première qualité" ou "qualité commerciale". Lorsque le type de marchandises est déterminé, il est conseillé d'être aussi précis que possible quant aux critères de qualité. *Si les marchandises sont des produits de base ou des produits semi-manufacturés dont le niveau de qualité est normalisé (par exemple, produits tréfilés, tôles d'acier ou produits pétrochimiques), il pourra être suffisant d'utiliser des descriptions générales de la qualité ou des caractéristiques d'une classe particulière de qualité. Dans le cas de produits manufacturés, il est souhaitable de*

[1]La négociation de contrats de licence de propriété industrielle et de fourniture de savoir-faire est traitée de manière détaillée dans le *Guide sur les licences pour les pays en développement* de l'OMPI (publication OMPI n° 620(F), 1977). Les principaux points à prendre en considération dans la négociation et la rédaction de contrats de ce genre sont exposés dans les *Principes directeurs pour l'évaluation des accords de transfert de technologie*, Organisation des Nations Unies pour le développement industriel, série "Mise au point et transfert de techniques", n° 12 (ID/233, 1979), et dans le *Guide sur la rédaction des contrats portant sur le transfert international de know-how (savoir-faire) dans l'industrie mécanique* (publication des Nations Unies, numéro de vente F.70.II.E.15). Deux autres publications traitent également de cette question : le *Manuel sur l'acquisition de la technologie par les pays en développement* (CNUCED/TT/AS/5, 1978) et le *Guide to Guarantee and Warranty Provisions in Transfer-of-Technology Transactions*, Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (établi conjointement par les secrétariats de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel et le Centre international pour les entreprises publiques dans les pays en développement) (ID/355, 1989). Un manuel sur le transfert de technologie est en cours de préparation à l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel.

définir la qualité de manière plus précise, par exemple par référence à une norme de qualité, à l'usage qui doit pouvoir être fait des marchandises, ou à des exigences en matière de conditionnement, de sécurité ou d'environnement.

26. [*Nouveau paragraphe*] Il convient de noter que la qualité des marchandises peut faire l'objet de différentes espèces de normes. Il peut exister des réglementations impératives énonçant certaines normes mesurables auxquelles les marchandises doivent satisfaire. En outre, le niveau de qualité à attendre des marchandises peut correspondre à un usage de la profession pour un marché ou secteur industriel particulier. De plus, des normes de qualité peuvent être énoncées dans des décisions de justice, par exemple lorsqu'un producteur est jugé responsable des dommages causés à l'utilisateur d'un produit parce que, de l'avis du tribunal, la conception de ce produit n'était pas sûre. Il peut également exister des normes ou des recommandations non impératives en matière de qualité qui ont été adoptées par des organes tels que des associations professionnelles, des chambres de commerce ou des associations d'utilisateurs ou de consommateurs. Des normes non obligatoires peuvent également être établies par des services gouvernementaux chargés de la formulation et de la tenue à jour des normes applicables aux marchandises vendues dans le commerce et aux services marchands. Les normes de qualité émanant des sources susmentionnées peuvent être différentes suivant les pays ou les marchés. Ces différences peuvent être importantes en ce qui concerne en particulier les biens de consommation et les services fournis aux consommateurs. Pour éviter des désaccords, il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés spécifie les normes auxquelles doivent satisfaire les marchandises échangées et, s'il existe un risque qu'une norme de qualité puisse être interprétée de manières différentes, il est souhaitable de la définir par référence à un pays ou un marché particulier.

27. [*Nouveau paragraphe*] Lorsqu'un futur contrat de fourniture doit porter sur un type particulier de service, il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés précise les normes de qualité qui devront être observées dans la fourniture de ce service. S'il existe des normes fixées par des organismes professionnels, la qualité du service pourra être décrite par référence à ces normes. En l'absence de normes de ce genre, l'accord d'échanges compensés pourra disposer que le service doit être fourni conformément aux normes qu'observerait un professionnel pour la fourniture de ce type de service. Si les normes professionnelles diffèrent, il est souhaitable que les parties précisent le pays dont les normes professionnelles devront être applicables.

28. [14] Les parties voudront peut-être traiter, dans l'accord d'échanges compensés, *c'est-à-dire préalablement à la conclusion d'un contrat de fourniture,* des moyens de recours à la disposition de l'acheteur au cas où les marchandises livrées au titre d'un contrat de fourniture conclu ultérieurement ne seraient pas conformes aux normes de qualité spécifiées dans l'accord ou dans ledit contrat. En incluant dans l'accord des dispositions à cette fin, les parties pourront éviter d'avoir à négocier la question de ces moyens de recours à chaque fois qu'un contrat de fourniture est conclu.

2. Contrôle précontractuel de la qualité

29. [15] Cette section du Guide juridique traite du contrôle précontractuel de la qualité, c'est-à-dire du contrôle de la qualité effectué avant la conclusion d'un contrat de fourniture par la partie s'étant engagée à acheter des marchandises, afin de déterminer si lesdites marchandises sont conformes aux normes de qualité fixées dans l'accord d'échanges compensés. *S'il est prévu plusieurs expéditions de marchandises, les parties pourront convenir que le contrôle précontractuel de la qualité portera sur toutes les marchandises destinées à faire l'objet de futurs contrats de fournitures ou seulement sur certaines parties de ces marchandises.* Un tel contrôle *a des chances de réduire la possibilité* qu'après qu'un contrat de fourniture a été conclu il apparaisse que les marchandises ne sont pas conformes aux normes de qualité convenues. *Il y a lieu de noter qu'un contrat de fourniture peut lui-même prévoir une inspection de la qualité avant l'expédition des marchandises par le fournisseur ("inspection avant expédition"). Cette inspection avant expédition, qui concerne l'exécution d'un contrat de fourniture conclu, n'est pas particulière aux échanges compensés et le Guide juridique ne traite donc pas de cette question.*

a) *Identité de l'inspecteur*

30. [16] Le contrôle précontractuel de la qualité peut être effectué par un inspecteur désigné soit par la partie acheteuse, soit conjointement par les parties. Dans ce dernier cas, les parties voudront peut-être énoncer dans l'accord d'échanges compensés des critères relatifs au choix de l'inspecteur. Lorsque le type des marchandises a été déterminé, il sera plus facile aux parties de nommer l'inspecteur, puisqu'elles sauront dans quel domaine il devra être spécialisé.

b) *Procédures d'inspection*

31. [17] *Il est souhaitable que les* parties conviennent de divers aspects de l'inspection : lieu et date de l'inspection; *délai d'inspection; modalités de notification aux parties des résultats de l'inspection;* dans le cas d'un inspecteur désigné par l'acheteur, communication ou non du mandat de l'inspecteur au fournisseur; obligation de confidentialité de l'inspecteur; délai de soumission du rapport d'inspection; les parties pourront également stipuler qu'une conclusion de non-conformité des marchandises devra être motivée et préciser si les procédures d'échantillonnage et d'essai normalement appliquées dans une branche d'activité donnée suffiront, ou s'il faudra établir des procédures spéciales et si des inspections ou essais supplémentaires seront requis au cas où les résultats d'une inspection seraient contestés (il pourra par exemple être convenu qu'une partie pourra demander qu'une nouvelle inspection soit effectuée par un deuxième inspecteur et *que, pour parvenir à une solution rapide, cette deuxième inspection sera effectuée dans des délais très brefs, qu'un arbitre expérimenté et indépendant sera désigné à cet effet,* et que la deuxième inspection sera déterminante); le coût de l'inspection pourra également être convenu.

c) *Suite donnée au rapport d'inspection*

32. [18] Il peut être convenu que le rapport d'inspection sera considéré comme une opinion sur la base de laquelle les parties envisageront les mesures à prendre. Il pourra aussi être convenu qu'une conclusion de l'inspecteur quant à la qualité des marchandises aura des incidences directes sur la relation contractuelle des parties. Par exemple, un contrat de fourniture sera réputé conclu au cas où l'inspecteur déterminerait que les marchandises sont conformes aux normes de qualité énoncées dans l'accord d'échanges compensés *et où les parties se seraient mises d'accord sur les clauses et conditions essentielles du contrat de fourniture*. Dans le cas contraire, l'offre de conclusion d'un contrat de fourniture présentée par le fournisseur sera réputée non acceptée et le rejet des marchandises en question ne constituera par une rupture de l'engagement d'échanges compensés. *Les parties pourront convenir qu'une conclusion de non-conformité et le refus des marchandises n'affectent pas l'étendue de l'engagement d'échanges compensés. Elles peuvent également convenir que, dans le cas d'une conclusion de non-conformité, ou dans celui où deux offres consécutives du même type de marchandises ont été refusées à la suite d'une conclusion de non-conformité, la partie qui s'est engagée à acheter sera libérée de l'engagement d'échanges compensés à concurrence de la valeur des marchandises refusées (voir également le chapitre XIII, "Non-achèvement de l'opération d'échanges compensés", par. [6])*. Lorsque l'accord envisage divers niveaux de qualité, il pourra être convenu que les conclusions de l'inspecteur seront prises en compte pour la détermination du prix des marchandises.

D. Quantité des marchandises

33. [19] Lorsque l'engagement d'échanges compensés fait référence à des marchandises d'un type donné, la quantité des marchandises à acheter peut être précisée dans l'accord d'échanges compensés ou n'être déterminée qu'au moment de la conclusion des contrats de fourniture*. Lorsque les parties expriment leur engagement en termes monétaires plutôt qu'en termes quantitatifs, elles souhaiteront peut-être ne déterminer la quantité que lors de la conclusion du contrat de fourniture. Un tel report permettra de tenir compte de fluctuations éventuelles du prix unitaire des marchandises. Une augmentation de ce prix entraînera une réduction de la quantité des marchandises achetées et *vice versa*. Lorsque l'engagement d'échanges compensés est exprimé en unités à acheter, les parties voudront peut-être stipuler une valeur pécuniaire minimum de sorte qu'en cas de baisse de prix unitaire des unités supplémentaires doivent être achetées.

34. [20] Lorsque l'accord d'échanges compensés désigne plusieurs types possibles de marchandises, la quantité de chaque type de marchandises à acheter pourra n'être déterminée qu'au moment de la conclusion des contrats de fourniture. La valeur totale des achats devra être conforme à l'engagement énoncé dans l'accord d'échanges compensés. Cet accord pourra spécifier les pourcentages mininums et maximums de l'engagement devant être atteints pour chaque type de marchandises.

35. [21] Lorsque des parties ne sont pas à même de déterminer la quantité dans l'accord d'échanges compensés, il peut être utile que cet accord fixe une date limite à laquelle la quantité devra avoir été convenue. Les parties peuvent faire référence à une date donnée (par exemple 30 jours avant l'achèvement d'une sous-période de la période d'exécution) ou à un fait lié à l'exécution du contrat dans l'autre direction (par exemple, dans une opération d'achat en retour, il peut être convenu que la quantité sera déterminée lorsque commencera de fonctionner l'installation livrée dans le cadre du contrat d'exportation).

36. [22] Les parties peuvent également convenir qu'à des étapes données de l'exécution de l'engagement, une partie devant effectuer des achats sera tenue de présenter une estimation des quantités de marchandises qu'elle compte acheter durant la période à venir. De même, une partie s'étant engagée à fournir des marchandises pourra convenir de présenter périodiquement une estimation des quantités qui devraient être disponibles. Les parties pourront également convenir des écarts autorisés entre les quantités estimées et les quantités effectivement achetées ou mises à disposition.

37. [23] Lorsque les montants provenant de l'exportation doivent être utilisés pour payer la contre-exportation, il est bon que les parties veillent à ce que la quantité achetée au titre du contrat d'exportation soit telle que les montants provenant de l'exportation permettent de payer la contre-exportation. Les mécanismes de paiement utilisés dans de tels cas sont examinés au chapitre IX.

38. [24] Si les parties prévoient qu'il sera possible d'acheter des quantités supérieures à celles qui sont stipulées dans l'accord d'échanges compensés, elles voudront peut-être étudier si les commandes additionnelles de l'acheteur auront la priorité sur les commandes d'autres acheteurs potentiels. Elles pourront aussi étudier si les quantités additionnelles seront fournies aux mêmes conditions que les quantités envisagées dans l'accord.

39. [25] Les parties pourront décider que la quantité des marchandises sera déterminée compte tenu des besoins de l'acheteur, auquel cas elles voudront peut-être étudier si le fournisseur sera la seule source d'approvisionnement de l'acheteur et si les achats devront s'inscrire dans une fourchette spécifiée dans l'accord d'échanges compensés. La quantité des marchandises pourra également être déterminée sur la base de production du fournisseur. Cette approche peut être utilisée, par exemple, dans les opérations d'achats en retour. Dans ce cas, les parties voudront peut-être stipuler que les achats devront se situer dans une fourchette fixée dans l'accord.

[*Deux paragraphes sur la "quantité additionnelle", qui figuraient dans le projet antérieur de chapitre intitulé "Type, qualité et quantité des marchandises" (A/CN.9/332/Add.4, par. 26 et 27), ont été transférés au chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés" (A/CN.9/362/Add.4), par. 5 et 6.*]

E. Modification des dispositions relatives au type, à la qualité et à la quantité des marchandises

40. [28] Il peut parfois se révéler nécessaire de revoir les dispositions relatives au type, à la qualité ou à la quantité des marchandises parce que les marchandises spécifiées dans l'accord ne sont pas disponibles, parce que l'on souhaite ajouter des produits à la liste, parce que les conditions commerciales à la base de l'opération ont évolué, parce que les objectifs commerciaux des parties ont changé ou qu'une nouvelle réglementation nationale a des incidences sur le choix des marchandises. Il pourrait être convenu, notamment dans les opérations à long terme, que les parties réexamineront les dispositions relatives au type, à la qualité et à la quantité des marchandises, soit à intervalles réguliers, soit en cas de modification des circonstances décrites dans l'accord d'échanges compensés (par exemple, une modification, au-delà d'un certain seuil, du prix des marchandises). Ce réexamen pourrait être effectué dans le cadre d'un mécanisme de contrôle et de coordination de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir le *chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 61 à 74*).

41. [29] Afin d'éviter d'avoir à énoncer une procédure de modification, les parties voudront peut-être stipuler que, dans certaines conditions, un "crédit d'exécution" sera accumulé en cas d'achat de marchandises autres que celles qui avaient été convenues dans l'accord ou qui figuraient sur une liste de marchandises possibles. Par exemple, il pourra être requis que les achats en question représentent des quantités additionnelles (*chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 5 et 6*), ou il pourra être stipulé que ces achats ne permettront d'accumuler un crédit d'exécution qu'à un taux réduit (les clauses autorisant des achats non conformes pouvant être pris en compte pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sont examinées plus en détail au *chapitre IV, par. 30*).

[A/CN.9/362/Add.7]

VII. ÉTABLISSEMENT DU PRIX DES MARCHANDISES

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
A.	Observations générales	1-6
B.	Monnaie de paiement du prix	7-10
C.	Détermination du prix après la conclusion de l'accord d'échanges compensés	11-27
1.	Normes	11-20
a)	Prix du marché de biens ou services de qualité standard	13
b)	Coût de production	14
c)	Prix pratiqué par un concurrent	15-18
d)	Clause du client le plus favorisé	19
e)	Utilisation de plus d'une norme	20
2.	Négociation	21-24
3.	Détermination du prix par un tiers	25-26
4.	Détermination du prix par une partie	27
D.	Détermination du prix de services	28-31
E.	Détermination du prix d'un transfert de technologie	32-38
F.	Révision du prix	39-52
1.	Révision par application de la clause d'établissement du prix	44
2.	Clauses d'indexation	45-47
3.	Changement du taux de change de la monnaie de paiement	48-52
a)	Clause sur la monnaie de paiement	48-50
b)	Clause sur l'unité de compte	51-52

[*Note des rédacteurs.* Le présent projet de chapitre VII est une révision du projet de chapitre VI, "Etablissement du prix des marchandises", publié sous la cote A/CN.9/332/Add.5. La note entre crochets figurant au début de chaque paragraphe indique que le paragraphe est nouveau ou donne le numéro sous lequel il figurait dans le document A/CN.9/332/Add.5. Les modifications apportées aux paragraphes repris du document A/CN.9/332/Add.5 sont en italique.]

A. Observations générales

1. [1] Il est souhaitable que, dans l'accord d'échanges compensés, les parties indiquent le prix des marchandises qui feront l'objet du futur *contrat de fourniture*. Lorsqu'elles ne peuvent le faire, elles ont intérêt à prévoir *une méthode permettant de déterminer le prix au moment où le contrat de fourniture doit être conclu. Lorsque des contrats doivent être conclus dans les deux directions, il est possible de convenir de méthodes de détermination du prix pour les contrats dans chacune des directions.* Le présent chapitre traite des méthodes permettant de déterminer le prix après que l'accord d'échanges compensés a été conclu. *Il traite également de certains problèmes qui se posent dans le cas de la fourniture de services et du transfert de technologie.* Il traite en outre de la monnaie dans laquelle le prix est exprimé et de la révision du prix.

2. [2] Les parties peuvent devoir ajourner l'établissement du prix, par exemple parce qu'elles ne sont pas en mesure, lorsqu'elles signent l'accord d'échanges compensés, d'identifier le type précis des marchandises qui feront l'objet de l'opération, ou parce qu'une longue période doit s'écouler entre la signature de cet accord et la conclusion d'un contrat de fourniture donné. Dans ce dernier cas, les parties peuvent souhaiter ajourner la fixation du prix dans l'éventualité d'une variation des prix ou d'une modification des conditions économiques durant cette période. Dans certains cas, les parties peuvent fixer le prix d'une première expédition et remettre à plus tard la fixation du prix des expéditions suivantes. En prévoyant une méthode pour déterminer le prix, les parties peuvent dans une certaine mesure éviter que ne naissent, au sujet du juste prix, des différends susceptibles de retarder ou d'empêcher la conclusion des contrats de fourniture. *De tels différends peuvent être aggravés lorsqu'une partie, s'attendant à ce qu'un contrat de fourniture dans une direction ne soit pas profitable, souhaite compenser la perte anticipée en fixant le prix du contrat dans l'autre direction.*

3. [3] Dans une opération de troc, il peut n'être pas nécessaire de fixer un prix parce que les marchandises expédiées dans un sens constituent le paiement des marchandises expédiées dans l'autre. Mais les parties peuvent avoir à discuter du prix si elles décident de mesurer la valeur relative de leurs expéditions en termes pécunaires et pas simplement en termes de quantité et de qualité, ou si les expéditions n'ont pas la même valeur et que la différence doit être réglée en espèces. Il sera aussi nécessaire de fixer le prix lorsque les règlements douaniers requièrent l'indication de la valeur pécunaire des marchandises entrant dans le pays.

4. [4] Lorsqu'elles établissent le prix des marchandises faisant l'objet de l'opération d'échanges compensés, il est souhaitable que les parties précisent si, en sus du prix des marchandises elles-mêmes, ce prix comprend des frais annexes, tels que les frais de transport ou d'assurance, le coût des essais, les droits de douane et autres taxes. Certains des éléments du prix peuvent être indiqués par un terme commercial approprié, tels que ceux qui sont définis dans les *INCOTERMS 1990* de la Chambre de commerce internationale.

5. [5] Les parties pourront vouloir indiquer à quel moment le prix doit être calculé, en particulier quand il s'agit de marchandises dont le prix est sujet à fluctuations. Dans une opération d'échanges compensés ne comprenant aucune expédition ou plusieurs expéditions intervenant dans une période relativement brève, si le prix doit être déterminé une seule fois, les parties peuvent indiquer à quelle date cette détermination interviendra. Dans certains cas, elles peuvent prévoir que le prix sera fixé quand se produira un événement déterminé tel que la passation d'une commande ou, dans le cadre d'une opération d'achat en retour, le commencement de la production. Lorsque de multiples expéditions s'étalent sur une période plus longue, les parties peuvent convenir que le prix sera déterminé plusieurs fois, en indiquant à quelles dates, ou définir un mécanisme de révision du prix initial dans l'accord d'échanges compensés.

6. [6] Les parties doivent être conscientes qu'il peut exister une réglementation contraignante quant au prix qui peut être fixé. Si le prix fixé est plus bas que le prix du marché, par exemple, l'importation des marchandises pourra faire l'objet de restrictions anti-dumping.

B. Monnaie de paiement du prix

7. [7] La monnaie dans laquelle le prix est payé peut présenter certains risques pour une partie en raison de la fluctuation *du taux de change* de la monnaie retenue par rapport à d'autres monnaies. Si le prix doit être payé dans la monnaie du pays du fournisseur, l'acquéreur devra faire face aux conséquences d'une évolution du taux de change de cette monnaie par rapport à la monnaie de son pays. Par contre, c'est le fournisseur qui supportera les conséquences d'une modification du change entre la monnaie de son pays et celle d'un autre pays dans laquelle il doit payer des équipements, des matériaux ou des services nécessaires à la fabrication des marchandises. Si le prix doit être payé dans la monnaie du pays de l'acquéreur, le fournisseur supporte les conséquences d'une modification du taux de change de cette monnaie par rapport à la monnaie de son pays. Si le prix est libellé dans la monnaie d'un pays tiers, chacune d'elles supporte les conséquences d'une modification du taux de change de cette monnaie par rapport à la monnaie de son pays. Lorsqu'un organisme de financement a accordé un prêt à l'acquéreur pour l'achat des marchandises, ce dernier préférera peut-être que le prix soit libellé dans la monnaie dans laquelle le prêt a été accordé.

8. [8] Lorsqu'elles stipulent la monnaie dans laquelle le prix sera payé, les parties devraient tenir compte des réglementations en matière de change et des traités internationaux en vigueur dans le pays du fournisseur et dans celui de l'acquéreur qui, le cas échéant, régissent impérativement cette question. Les parties devraient aussi tenir compte du fait que, dans certains systèmes juridiques, le prix d'un contrat international doit être acquitté dans la monnaie dans laquelle il est libellé, tandis que d'autres systèmes juridiques permettent ou même exigent que le paiement soit effectué dans la monnaie qui a cours au lieu du paiement, même si le prix est libellé dans une monnaie *convertible*.

9. [9] L'accord d'échanges compensés pourrait libeller le prix dans une monnaie que les parties jugent stable ou dans une unité de compte qui n'est pas une monnaie, mais indiquer qu'il sera payé dans une autre monnaie. Le

résultat est semblable en substance à celui que l'on obtient avec une clause sur la monnaie de paiement (voir plus loin, par. *48 à 50*), et les restrictions imposées par la législation applicable à de telles clauses peuvent également s'appliquer à ces dispositions. Si l'on retient cette solution, il est bon de convenir dans l'accord d'échanges compensés que le taux de change qui sera appliqué sera celui en vigueur en un lieu donné à une date donnée.

10. [10] Il n'est pas souhaitable que la totalité du prix soit libellé en plusieurs monnaies et que, soit le débiteur, soit le créancier décide de la monnaie dans laquelle le prix sera payé. De telles clauses ne protègent que la partie qui a le droit de choisir et qui peut en retirer des gains injustifiés.

C. Détermination du prix après la conclusion de l'accord d'échanges compensés

1. Normes

11. [11] L'accord d'échanges compensés peut stipuler que le prix sera déterminé au moyen d'une norme (voir chap. *IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 44*). Une telle méthode permet, au moment de la conclusion du contrat de fourniture, de déterminer le prix objectivement sans qu'intervienne la volonté des parties.

12. [12] Les parties peuvent prévoir la procédure à suivre au cas où la norme qu'elles ont choisie se révèle inapplicable (par exemple, parce que contrairement à ce qu'elles prévoyaient il n'y a pas de prix du marché). Elles peuvent ainsi prévoir que le prix sera déterminé au moyen d'une autre norme ou par un tiers.

a) *Prix du marché de biens ou services de qualité standard* [titre modifié]

13. [13] Lorsque les marchandises visées dans l'accord d'échanges compensés sont des matières premières ou des produits semi-finis (par exemple, des céréales, du pétrole, des métaux ou de la laine) dont le cours est publié régulièrement, les parties peuvent convenir d'en lier le prix au cours ainsi publié. *On peut également recourir à une telle méthode pour déterminer le prix de services si les services en question sont normalisés et s'ils ont un cours publié. Il peut s'agir par exemple des services suivants : transport, moissonnage, nettoyage, triage ou emballage de certains types de marchandises, ou peinture de surfaces standard telles que des navires.* Lorsque *les biens ou services sont cotés sur plusieurs marchés*, les parties ont intérêt à désigner *un marché ou une bourse particuliers.* Pour se protéger contre les variations de prix, elles peuvent retenir comme norme la moyenne des prix publiés à des dates déterminées (par exemple, les prix publiés le premier jour ouvrable du mois pendant les six mois précédant la date de la détermination du prix).

b) *Coût de production*

14. [14] Les parties peuvent convenir que le prix sera fondé sur le coût de production des marchandises augmenté d'un montant correspondant aux frais généraux et à la marge bénéficiaire du fournisseur. Elles peuvent choisir cette méthode lorsqu'elles ne sont pas en mesure de prévoir le coût exact des divers facteurs de production lors de la signature de l'accord d'échanges compensés. Afin de limiter le risque que l'acheteur ait à payer un prix excessif, elles ont intérêt, si possible, à définir quantitativement les facteurs de production (par exemple, matières premières, énergie et main-d'œuvre) nécessaires pour produire une unité des marchandises. Les parties peuvent aussi stipuler que le fournisseur doit tenir des états comptables faisant apparaître les coûts de production sous la forme et selon des procédures définies par l'acheteur, et que ce dernier aura accès à cette comptabilité. *Cette approche peut être retenue lorsque le contrat à conclure prévoit une solution technique qui n'est pas encore tout à fait au point et que le coût exact de cette mise au point ne peut être anticipé.*

c) *Prix pratiqué par un concurrent*

15. [15] Le prix peut être déterminé sur la base du prix pratiqué par un concurrent donné produisant des marchandises du même type que celles qui doivent être livrées en exécution du contrat de fourniture. Si l'accord d'échanges compensés n'identifie pas le concurrent à prendre en considération, il peut énoncer des critères permettant de le faire (par exemple, des critères géographiques ou fondés sur le volume de production des mêmes types de marchandises). Parce qu'un concurrent peut vendre un produit à des prix différents selon les régions et les marchés, il est souhaitable, dans l'accord d'échanges compensés, d'identifier le marché qui sera retenu. La clause relative au prix peut aussi indiquer comment les informations sur le prix seront obtenues et la date à laquelle le prix pratiqué par le concurrent sera déterminé. En outre, les parties peuvent convenir qu'il ne sera pas tenu compte des prix réduits facturés à certains clients tels que les organisations s'occupant des secours en cas de catastrophe ou les employés du fournisseur (prix préférentiels).

16. [16] Le prix pratiqué par un concurrent peut, à défaut d'ajustement, n'être pas approprié s'il a trait à une quantité de marchandises sensiblement supérieure ou inférieure à celle qui doit être achetée en exécution de l'accord d'échanges compensés. Le prix pratiqué par un concurrent peut n'être pas non plus approprié si les marchandises offertes par le concurrent sont d'une qualité différente, s'il est assorti de conditions de paiement (par exemple, paiement différé) que n'offre pas le fournisseur des marchandises à échanger, ou s'il comprend des frais de transport ou d'assurance et des prélèvements d'un montant différent de celui qui sera incorporé à ce titre dans le prix des marchandises à échanger. Il est donc souhaitable de préciser que seuls seront pris en considération les prix d'expéditions comparables à celles du futur contrat de fourniture, quant à la quantité, la qualité, et les conditions de livraison et paiement, ou que certains montants seront ajoutés au prix pratiqué par le concurrent, ou en seront déduits, pour compenser les différences.

17. [17] Les parties peuvent convenir que le prix des marchandises à échanger sera fondé sur celui pratiqué par plusieurs concurrents. Elles peuvent à cet effet identifier ces

concurrents, ou décider que chacune d'entre elles obtiendra auprès d'un nombre déterminé de concurrents des informations quant aux prix pratiqués. Si les concurrents ne sont pas identifiés, il est souhaitable de préciser aux concurrents de quels pays ou régions les parties s'adresseront pour obtenir ces informations. Il est de même souhaitable d'indiquer dans l'accord d'échanges compensés comment le prix sera calculé (par exemple s'il s'agira d'un prix moyen ou médian). Les parties pourront souhaiter définir la période au cours de laquelle les informations relatives aux prix pratiqués devront être recueillies. Elles devront ce faisant tenir compte du délai nécessaire pour obtenir ces informations et de la nécessité de calculer le prix sur la base des prix courants.

18. [18] Lorsqu'une partie fabrique le type de marchandises qu'elle s'est engagée à acheter, les parties peuvent convenir que le prix sera déterminé sur la base du prix pratiqué par l'acheteur ou du coût de fabrication de l'acheteur. Elles peuvent, par exemple, procéder ainsi dans une opération d'achat en retour, à l'occasion de laquelle le producteur d'un certain type de marchandises vend des installations destinées à produire ce type de marchandises en s'engageant à acheter la production future.

d) *Clause du client le plus favorisé*

19. [19] Les parties peuvent convenir que le prix des marchandises faisant l'objet de l'opération d'échanges compensés sera calculé par référence au prix le plus bas que le fournisseur facture à d'autres clients pour le même type de marchandises. Dans certains cas, les parties peuvent restreindre la portée d'une telle disposition à une catégorie limitée de clients (par exemple, les clients établis dans un pays déterminé ou les clients identifiés dans l'accord d'échanges compensés). Les parties pourront souhaiter indiquer comment sera identifié le client le plus favorisé, par exemple en convenant que le fournisseur devra fournir des informations détaillées quant aux prix qu'il facture à d'autres clients. Il est aussi souhaitable de veiller à ce que le prix accordé du client le plus favorisé soit applicable aux expéditions faites en exécution de l'accord d'échanges compensés (voir par. 16 ci-dessus). Les parties pourront aussi indiquer la date à laquelle le prix du client le plus favorisé doit être déterminé, et prévoir qu'il ne sera pas tenu compte des ristournes accordées par le fournisseur à certains clients (prix préférentiels) (voir par. 15 ci-dessus). Elles peuvent en outre élargir la portée de la clause du client le plus favorisé en décidant que le prix sera déterminé sur la base du prix le plus bas facturé par le fournisseur ou par d'autres fournisseurs déterminés pour le même type de marchandises.

e) *Utilisation de plus d'une norme*

20. [20] Les parties peuvent dans l'accord d'échanges compensés stipuler que le prix sera déterminé au moyen d'une formule faisant appel à plusieurs normes. Par exemple, il pourra être calculé en faisant la moyenne des prix déterminés au moyen des normes choisies. Une autre possibilité consiste à comparer le prix obtenu au moyen d'une norme particulière aux prix obtenus au moyen d'une ou plusieurs autres normes. Si la différence entre le prix obtenu au moyen de la norme choisie et les prix obtenus au moyen d'autres normes est inférieure à un montant déterminé, on retiendra le prix obtenu au moyen de la norme choisie. Si la différence dépasse ce montant, le prix finalement retenu sera la moyenne des prix obtenus à l'aide des diverses normes. De telles formules peuvent être utiles lorsque l'on craint que le prix obtenu au moyen d'une seule norme ne reflète pas la valeur marchande d'un produit donné au moment de l'achat.

2. *Négociation*

21. [21] Les parties peuvent *disposer dans l'accord d'échanges compensés que le prix à payer au titre du futur contrat de fourniture sera négocié après la conclusion de l'accord d'échanges compensés.* Il est souhaitable que, dans la mesure du possible, les parties arrêtent des directives pour la détermination du prix. (*On trouvera un examen des procédures de négociation et des directives pour la détermination du prix au chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 44 à 46 et 57 à 60.*)

22. [22] Les *directives pour la détermination du prix* peuvent définir les limites minimum et maximum à l'intérieur desquelles le prix sera négocié. Lorsqu'elles fixent de telles limites, les parties peuvent utiliser les prix de référence visés aux paragraphes 11 à 20 ci-dessus, et convenir par exemple que le prix ne devra pas être supérieur ou inférieur de plus de 5 % au prix pratiqué par un concurrent.

23. [23] A défaut, les directives peuvent seulement fournir un prix de référence à prendre en considération lors des négociations, par exemple l'un de ceux visés aux paragraphes 11 à 20 ci-dessus. Les parties peuvent ainsi convenir que le prix sera négocié compte tenu du prix pratiqué par un concurrent déterminé.

24. [24] Une directive de négociation peut aussi être une déclaration selon laquelle le prix des marchandises devra être "concurrentiel", "raisonnable", ou correspondre au prix pratiqué sur le "marché mondial". Une telle clause peut être acceptable lorsque les marchandises sont standardisées, mais on peut la rendre plus précise en indiquant par exemple si le prix sera fondé uniquement sur ceux payés au fournisseur par d'autres acheteurs ou également sur ceux pratiqués par d'autres fournisseurs, en définissant les périodes que les parties devront retenir pour déterminer ce qui constitue un prix "concurrentiel", "raisonnable", ou correspondant au prix du "marché mondial", et, si des prix différents sont pratiqués sur les divers marchés, quels marchés, types d'acheteurs ou territoires doivent être pris en considération.

3. *Détermination du prix par un tiers*

25. [25] Les parties conviennent parfois que le prix sera fixé par un tiers indépendant (par exemple, un spécialiste du marché des marchandises en question). On trouvera au chapitre *IV, "Engagement d'échanges compensés"*, paragraphes *47 à 54*, un examen de la détermination des clauses contractuelles par des tiers. Une telle méthode peut aussi être utilisée *en combinaison avec une clause de détermi-*

nation du prix par la négociation, de sorte que la détermination du prix soit confiée à un tiers au cas où les parties ne réussiraient pas à négocier ce prix entre elles.

26. [26] *L'accord d'échanges compensés devrait définir* le mandat du tiers en lui donnant des directives du type examiné au sujet de la négociation (par. *21 à 24*) ci-dessus. Les parties voudront peut-être fixer des dates limites pour le renvoi de la question à un tiers, de sorte que le prix puisse être fixé suffisamment à temps pour permettre la conclusion des contrats selon le calendrier prévu.

4. Détermination du prix par une partie

27. [27] Les parties à l'accord d'échanges compensés conviennent parfois que le prix sera déterminé par l'une d'entre elles. *Dans ce cas, la plus grande prudence est recommandée, car la détermination du prix est alors laissée à une personne intéressée aux résultats de cette détermination. Dans de nombreux systèmes juridiques, un tel accord est sans effet. (Cette question est examinée plus en détail au chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 55 et 56.)*

D. Détermination du prix de services

28. [*Nouveau paragraphe*] Lorsque les parties déterminent dans l'accord d'échanges compensés qu'un service fera l'objet du futur contrat de fourniture (par exemple, services de maintenance, de réparation, de transport ou de construction), il est bon qu'elles règlent dans l'accord d'échanges compensés, dans toute la mesure possible, certaines questions liées au prix des services. Ce faisant, elles peuvent faciliter les négociations pour la conclusion du contrat de fourniture envisagé.

29. [*Nouveau paragraphe*] Diverses approches peuvent être retenues pour la détermination du prix des services. Par exemple, on peut convenir de taux unitaires pour des unités de travail. Ces unités peuvent notamment être des unités quantitatives (un mètre carré de travaux de peinture, un kilomètre de transport de marchandises, un mètre cube d'excavation, une heure de travail, etc.). Cette solution peut être appropriée lorsque les services en question sont de caractère routinier ou lorsque la quantité des services requis ne peut être déterminée avec précision au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés. Si aucune révision du prix unitaire n'est prévue en cas d'évolution des coûts, le risque d'une augmentation des coûts et les avantages découlant d'une diminution sont répartis entre les parties. Le fournisseur supporte le risque d'une augmentation du coût des matériaux et de la main-d'œuvre pour chaque unité ou bénéficie d'une diminution de ces coûts.

30. [*Nouveau paragraphe*] Selon une autre approche, le prix peut être exprimé en tant que montant forfaitaire payable pour le service spécifié. Selon cette méthode, l'acheteur connaît le prix total du service et le fournisseur supporte le risque d'un enchérissement du service, mais augmente sa marge bénéficiaire si le coût se révèle inférieur au coût prévu. Comme le montant forfaitaire peut comprendre un montant destiné à dédommager le fournisseur du risque d'une augmentation des coûts, le prix peut être plus élevé dans certains cas que si l'on avait utilisé la méthode du contrat en régie pour le même service (voir le paragraphe suivant). En outre, la méthode du montant forfaitaire exige que l'on détermine avec précision dans le contrat l'ampleur du service fourni. Il peut être bon que l'acheteur traite dans l'accord d'échanges compensés de la manière dont l'exécution sera contrôlée, afin que le fournisseur ne puisse pas réduire ses coûts en utilisant des matériaux ou des méthodes de travail inférieurs aux normes.

31. [*Nouveau paragraphe*] Les parties peuvent enfin disposer que le fournisseur du service recevra des honoraires au titre de ses frais généraux et de sa marge bénéficiaire et qu'il sera dédommagé de ses dépenses sur la base de la méthode des travaux en régie. Il est bon que l'accord d'échanges compensés précise clairement quels coûts sont remboursables et quels coûts devra supporter le fournisseur au moyen de ses honoraires. Les dépenses remboursables peuvent être, par exemple, le salaire des employés participant directement à l'exécution du contrat, le paiement de matériaux ou équipements habituels utilisés pour fournir le service ou les dépenses encourues pour employer des types donnés de sous-traitants. En général, pour que chaque partie soit mieux à même d'évaluer ses dépenses, il est souhaitable d'énumérer les coûts à rembourser et de disposer que tous les autres coûts seront à la charge du fournisseur; toutefois, dans certains cas, les parties décident d'énumérer les coûts qui ne seront pas remboursables et disposent que tous les autres coûts raisonnables seront remboursés.

E. Détermination du prix d'un transfert de technologie

32. [*Nouveau paragraphe*] Parfois, l'accord d'échanges compensés envisage la conclusion ultérieure d'un contrat de fourniture prévoyant un transfert de technologie (voir le chapitre VI, "Type, qualité et quantité des marchandises", par. 16 à 23). Dans ces cas, il est bon que, dans la mesure du possible, les parties traitent, dans l'accord d'échanges compensés, diverses questions liées à la détermination du prix de la technologie, ce qui permet de faciliter la conclusion du contrat de fourniture prévoyant le transfert de technologie. Ces questions, qui sont traitées dans les paragraphes suivants, sont analysées dans des publications traitant en général du transfert de technologie[1].

33. [*Nouveau paragraphe*] Les deux principales méthodes de fixation du prix des transferts de technologie sont le paiement d'un montant forfaitaire et le paiement de redevances. Dans la méthode du paiement forfaitaire, le prix total est déterminé dès le départ. Dans ce cas, il faut notamment décider à quel moment le paiement sera effectué et s'il sera versé en une seule fois ou en plusieurs fois. En vertu de la loi de certains pays, le recours à cette méthode peut être assorti de certaines conditions. Ainsi, les types de transfert (par exemple, achat de droits conférés par

[1]Les différentes méthodes de détermination du prix payable pour une technologie sont examinées en détail dans le *Guide sur les licences pour les pays en développement* (OMPI) et dans les *Principes directeurs pour l'évaluation des accords de transfert de technologie* (ONUDI); voir la note 1 du chapitre VI, "Type, qualité et quantité des marchandises".

un brevet ou types spécifiés de services et d'assistance techniques) ou les secteurs pour lesquels la méthode du paiement forfaitaire peut être utilisée sont parfois limités; la loi peut également déterminer sur quelle base le montant forfaitaire sera calculé et exiger une autorisation des autorités compétentes.

34. [*Nouveau paragraphe*] Si l'on utilise la méthode des redevances, le prix payable (c'est-à-dire la redevance) est fixé par référence à un résultat économique de l'utilisation de la technologie transférée. La législation de certains pays impose le recours à cette méthode pour certains types de licences de propriété intellectuelle ou d'accords de transfert de technologie. La redevance est normalement liée à la production, aux ventes ou aux bénéfices découlant de l'utilisation de la technologie. Lorsque le volume de la production sert de référence, la redevance peut être déterminée, par exemple, sur la base d'un montant fixe par unité ou quantité produite (par exemple, par tonne ou par litre). La législation de certains pays limite la liberté des parties de convenir de revedances fondées sur la production. Par exemple, elle peut disposer que, pour certains types de licences ou de transferts de technologie, les redevances seront liées au volume des ventes.

35. [*Nouveau paragraphe*] La détermination des redevances sur la base du volume des ventes présente l'avantage de ne pas imposer au bénéficiaire de la technologie l'obligation de payer une redevance pour des marchandises qui ont été produites mais non vendues. Les parties désireuses de retenir cette solution devront décider si la redevance sera calculée sur la base du prix de vente brut ou du prix de vente net. Dans ce dernier cas, il est possible d'exclure du calcul de la redevance un certain nombre d'éléments qui sont inclus dans le prix de vente mais ne sont pas liés à la technologie ou ont déjà été une source de bénéfices pour le fournisseur de la technologie. Il peut s'agir par exemple des dépenses d'emballage, des taxes, des frais de transport et d'assurance, du coût des matières premières et du pourcentage du prix correspondant à la redevance. La législation de certains pays peut définir les éléments qu'il est possible d'inclure dans le prix de vente net. En outre, les parties voudront peut-être disposer que la redevance sera fondée sur le juste prix du produit sur le marché, ce qui permettra au fournisseur de la technologie de se prémunir du risque de voir son profit diminuer au cas où le bénéficiaire vendrait le produit en question à bas prix à une partie avec laquelle il aurait une relation particulière. Il existe diverses méthodes permettant de définir le juste prix sur le marché. La détermination des redevances sur la base des ventes soulève d'autres questions, notamment le moment où le produit est réputé vendu et le moment où la redevance est due.

36. [*Nouveau paragraphe*] On peut également calculer la redevance sur la base des bénéfices que tire le bénéficiaire de l'exploitation de la technologie transférée. Parmi d'autres méthodes utilisées pour le calcul des redevances, on notera les arrangements prévoyant un plancher pour les redevances, en vertu desquels un versement minimum est dû quel que soit le niveau de la production, des ventes ou des bénéfices, les arrangements prévoyant des redevances décroissantes, aux termes desquels le montant de la redevance diminue au fur et à mesure que la production ou les ventes augmentent, et la méthode de plafonnement des redevances. Le recours à l'un ou l'autre de ces arrangements peut, dans certains cas, être impératif ou, dans d'autres cas, limité en application de la loi de certains pays. Par exemple, dans certains pays, les arrangements prévoyant une redevance minimum pourront ne pas être autorisés lorsque la redevance est liée à la production, aux ventes ou aux bénéfices, des redevances décroissantes pourront être impératives et un plafonnement imposé pour certains types de transfert de technologie. Les parties devront également déterminer laquelle des parties sera tenue de payer les taxes sur les redevances. On notera que la législation de certains pays régit cette question (par exemple, les parties peuvent être tenues de spécifier dans le contrat de transfert de technologie qui paiera les taxes).

37. [*Nouveau paragraphe*] Lorsqu'elles choisiront entre la méthode du montant forfaitaire et la méthode des redevances, les parties devront garder présent à l'esprit, outre les dispositions de la loi applicable, que chaque méthode de calcul des prix peut présenter certains avantages et inconvénients selon le type d'opérations et les circonstances économiques. Si, par exemple, des redevances doivent être payées pendant une longue durée, les circonstances économiques peuvent évoluer durant cette période et avoir des incidences sur le volume des ventes et donc sur les redevances payables; dans une coentreprise, lorsque le fournisseur de la technologie est un des partenaires, on pourra juger que des redevances liées au volume des ventes seront préférables à un montant forfaitaire car elles inciteront le fournisseur à promouvoir ces ventes. Dans certains cas, il peut être bon de combiner les deux méthodes (par exemple, un paiement forfaitaire initial suivi du versement de redevances). La manière dont l'arrangement relatif aux redevances sera structuré devra sans doute être fonction des circonstances économiques et des obligations contractuelles en jeu. Par exemple, si le bailleur de licence ou le fournisseur de la technologie doit contribuer à la vente des produits résultant du transfert, il ne serait peut-être pas prudent d'adopter un arrangement prévoyant des redevances décroissantes qui risquerait d'avoir pour effet de dissuader le fournisseur de faire tous les efforts possibles pour augmenter les ventes. Si la solution des redevances est retenue, les parties conviendront normalement de la méthode de collecte des données variables (par exemple, volume de la production, ventes ou bénéfices) servant de base au calcul de la redevance. Il est en général prévu que le bénéficiaire devra tenir certains dossiers et que le fournisseur aura la possibilité de les examiner.

38. [*Nouveau paragraphe*] Lors de la négociation de la clause relative au prix de la technologie, il faudra peut-être déterminer si des honoraires distincts devront être payés pour l'assistance ou les services techniques particuliers qu'offrira le fournisseur de la technologie. Il peut s'agir par exemple de stages de formation pour le personnel du bénéficiaire d'un brevet ou d'une marque de fabrique, de la fourniture d'experts techniques par le bailleur de licence ou le fournisseur de la technologie, de divers services techniques liés à l'achat de biens d'équipement et de services de gestion, de planification ou de recherche-développement. Certains pays ont énoncé des dispositions relatives à cette question.

F. Révision du prix

39. [28] Lorsque des expéditions s'étalent sur une certaine durée, il peut être nécessaire de réviser le prix pour tenir compte de l'évolution des conditions économiques. Les parties peuvent convenir que le prix sera révisé à des dates définies. Ces dates doivent être coordonnées avec le calendrier d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (la révision aura lieu par exemple quatre semaines avant le commencement d'une sous-période).

40. [29] Selon une autre méthode, les parties peuvent convenir que le prix sera révisé pour répondre à certaines modifications des conditions économiques (par exemple, une variation du taux de change supérieure d'un certain pourcentage à un cours de référence en vigueur à la date où l'accord d'échanges compensés a été conclu ou une modification dépassant un seuil convenu du prix de certains facteurs de production tels que les matières premières ou la main-d'œuvre). Dans certains systèmes juridiques, les dispositions contractuelles relatives à la révision du prix en raison d'une modification de la valeur de la monnaie dans laquelle le prix doit être payé sont soumises à une réglementation contraignante; les parties devront donc se demander si la clause qu'elles veulent incorporer à l'accord d'échanges compensés est autorisée par la législation de leurs pays respectifs.

41. [30] Une autre approche consiste à prévoir qu'outre les révisions provoquées par certaines modifications des conditions économiques, le prix sera révisé à intervalles réguliers (par exemple tous les six mois). Pour limiter la fréquence des révisions du prix, les parties peuvent convenir qu'aucune révision non prévue ne pourra avoir lieu dans un certain délai suivant une révision régulière, ou dans un certain délai précédant une telle révision. Une autre méthode peut consister à déclencher la procédure de révision du prix lorsqu'une fraction déterminée de la quantité totale de marchandises devant être achetées a été livrée.

42. [31] L'accord d'échanges compensés peut disposer que la clause de révision du prix ne s'appliquera que si la révision doit entraîner une modification du prix dépassant un certain pourcentage.

43. [32] Lorsque l'accord d'échanges compensés contient une clause de révision du prix, les parties peuvent souhaiter indiquer à quelles expéditions le prix révisé s'appliquera. Elles peuvent par exemple convenir que le prix à retenir pour une expédition déterminée sera le prix en vigueur à la date où les marchandises seront commandées ou la lettre de crédit émise.

1. Révision par application de la clause d'établissement du prix

44. [33] Les parties peuvent stipuler dans l'accord d'échanges compensés que le prix sera révisé au moyen de la méthode employée pour déterminer le prix initial [prix de référence (par. 11 à 20), négociation (par. 21 et 24), détermination du prix par un tiers (par. 25 et 26) ou détermination du prix par une partie (par. 27)].

2. Clauses d'indexation

45. [34] Les clauses d'indexation permettent la révision du prix des marchandises en liant le prix aux niveaux des prix de certains biens ou services en vigueur à une date donnée. *En général, on se fonde sur le prix des matières premières ou services utilisés pour la production des marchandises faisant l'objet de l'accord.* L'évolution des indices choisis entraîne automatiquement une modification du prix. Lors de l'élaboration de la clause d'indexation, il est conseillé d'utiliser une formule algébrique permettant de déterminer la manière de répercuter sur le prix le mouvement des indices de référence. Plusieurs indices, chacun avec des coefficients de pondération différents, peuvent être utilisés en combinaison dans cette formule de manière à refléter la part des différents éléments (par exemple, matériaux ou services) dans le coût total *des marchandises.* Plusieurs indices reflétant chacun le coût des différents matériaux et services peuvent être agrégés dans une formule unique. Lorsque les sources d'un même élément de calcul se trouvent dans des pays différents (par exemple, main-d'œuvre ou énergie), des indices distincts pourront en outre être utilisés dans une formule unique pour cet élément.

46. [35] Plusieurs facteurs peuvent influer sur le choix des indices à utiliser. Les indices devraient être largement diffusés (par exemple, être publiés régulièrement). Ils devraient être fiables. Les indices publiés par des organismes reconnus (tels que des chambres de commerce ou des organismes gouvernementaux ou intergouvernementaux) pourront être retenus. Les parties devraient faire preuve de prudence si elles utilisent des indices fondés sur différentes monnaies car la modification du rapport entre les monnaies risque d'avoir des répercussions nullement prévues sur l'application de la formule.

47. [36] Dans certains pays, en particulier les pays en développement, le choix des indices susceptibles d'être retenus pour une clause d'indexation est parfois restreint. Si l'indice correspondant à un certain élément de calcul des coûts n'existe pas, les parties pourront utiliser l'indice correspondant à un autre élément. Cet élément devra être tel que son prix ait toutes les chances d'évoluer dans des proportions comparables et en même temps que celui qui sera utilisé. Ainsi, lorsque l'on souhaite utiliser un indice des coûts salariaux, on choisit parfois l'indice des prix à la consommation ou l'indice du coût de la vie si l'on ne dispose pas d'un indice des salaires.

3. Changement du taux de change de la monnaie de paiement

a) *Clause sur la monnaie de paiement*

48. [37] Dans la clause sur la monnaie de paiement, le prix à payer est lié au taux de change de la monnaie de paiement par rapport à une monnaie donnée (appelée "monnaie de référence") fixé au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés. Si ce taux de change est différent au moment du paiement, le prix à payer est

augmenté ou diminué de sorte que le prix demeure inchangé par rapport à la monnaie de référence. Il peut être souhaitable de choisir, aux fins de la détermination du taux de change applicable, la date du paiement effectif plutôt que la date à laquelle le paiement est dû. Si cette dernière était retenue, le fournisseur pourrait subir une perte au cas où l'acquéreur tarderait à payer. Ou bien la clause sur la monnaie de paiement peut laisser au fournisseur le choix entre le taux de change en vigueur au moment où le paiement vient à échéance et le taux en vigueur au moment du paiement effectif. Il est conseillé de choisir un taux de change en vigueur en un lieu donné.

49. [*Nouveau paragraphe*] La clause sur la monnaie de paiement a normalement pour objet de stabiliser le pouvoir d'achat international du montant à payer conformément au contrat. Aussi une telle clause peut-elle ne pas fonctionner comme prévu si le taux de change entre la monnaie dans laquelle le prix doit être payé et la monnaie de référence est fixé en application d'une décision administrative indépendante de l'évolution de la situation sur le marché des monnaies.

50. [38] Il faut que la monnaie de référence soit stable. On pourra tempérer l'insécurité résultant de l'instabilité éventuelle d'une monnaie de référence unique en optant pour plusieurs monnaies de référence. Le contrat pourra alors fixer une moyenne arithmétique des taux de change entre la monnaie de paiement et plusieurs autres monnaies données et disposer que la révision du prix se fera conformément à l'évolution de cette moyenne.

b) *Clause sur l'unité de compte*

51. [39] Si une clause sur l'unité de compte est utilisée, le prix est libellé dans une unité de compte composée de fractions cumulées d'un certain nombre de monnaies données. A la différence de la clause sur l'unité de paiement dans laquelle plusieurs monnaies sont utilisées (par. *50* ci-dessus), les coefficients affectés aux diverses monnaies dont se compose l'unité de compte ne sont pas identiques et sont généralement plus élevés pour les monnaies fréquemment utilisées dans le commerce international. L'unité de compte peut être une unité de compte établie par une institution intergouvernementale ou par un accord conclu entre deux Etats ou plus et qui indique les monnaies composant l'unité et le poids relatif accordé à chacune d'elles (par exemple, le droit de tirage spécial (DTS), l'unité de compte européenne (ECU) ou l'unité de compte de la Zone d'échanges préférentiels pour les Etats d'Afrique australe et d'Afrique de l'Est). Lors du choix de l'unité de compte, les parties doivent se demander si le rapport entre la monnaie dans laquelle le prix doit être payé et l'unité de compte peut être facilement déterminé au moment voulu, c'est-à-dire au moment de la signature du contrat de fourniture ou au moment du paiement effectif.

52. [40] La valeur d'une unité de compte composée de plusieurs monnaies est relativement stable puisque la faiblesse d'une monnaie y est généralement compensée par la force d'une autre. L'utilisation d'une telle unité de compte assure donc une bonne protection contre les fluctuations du taux de change de la monnaie dans laquelle le prix est payable par rapport aux autres monnaies.

[A/CN.9/362/Add.8]

VIII. PARTICIPATION DE TIERS

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
A.	Observations de caractère général	1-3
B.	Achat de marchandises de compensation	4-40
	1. Accord d'échanges compensés	9-20
	a) Choix des tiers	12-16
	b) Responsabilité relative à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés	17-20
	2. Relations contractuelles entre la partie qui s'est initialement engagée et le tiers désigné	21-40
	a) L'engagement pris par le tiers d'acheter des marchandises	21-29
	b) Honoraires du tiers	30-36
	c) Clauses d'indemnisation	37
	d) Exclusivité du mandat du tiers	38-40
C.	Fourniture des marchandises de compensation	41-52
	1. Choix du tiers par la partie ayant pris l'engagement d'acheter	45-46
	2. Choix du tiers par la partie ayant pris l'engagement de fournir	47-52
D.	Echanges compensés multiparties	53-58

[*Note des rédacteurs*. Le présent projet de chapitre VIII est une version révisée du projet du chapitre VIII, "Participation de tiers", qui a été publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1. On trouve placé entre crochets au début de chaque paragraphe soit le numéro que portait ce paragraphe dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/

Add.1, soit la mention "nouveau paragraphe". Les parties révisées des paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1 sont en italique.]

A. Observations de caractère général

1. [1] Le présent chapitre traite des cas où une partie, au lieu d'acheter ou de fournir des marchandises dans une direction donnée, confie cette tâche à un tiers. On examine à la section B les cas où la partie qui s'est initialement engagée à acheter des marchandises confie à un tiers le soin de faire cet achat. On examine à la section C les cas où un tiers est désigné pour fournir des marchandises.

2. [1] Le présent chapitre traite aussi des cas où le fournisseur de marchandises dans une direction ne s'engage pas à acheter des marchandises en retour, mais où un acheteur tiers s'y engage dès le début de l'opération; ces cas sont traités à la section D où l'on examine aussi les cas où l'acheteur de marchandises dans une direction ne s'engage pas à fournir des marchandises en retour, mais où un fournisseur tiers s'y engage d'emblée.

[Le texte du paragraphe 2 du document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1 est en partie repris au paragraphe 5.]

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

B. Achat de marchandises de compensation

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

5. [*Nouveau paragraphe*] La présente section ne traite que des cas où un tiers conclut un contrat d'achat avec le fournisseur. Ne sont pas traités les cas où la partie qui s'est engagée à acheter des marchandises confie à un tiers la tâche de déterminer à qui les marchandises pourraient être revendues ou de la représenter pour la revente de ces marchandises. Le recours à de telles prestations, qui n'est pas propre aux échanges compensés, n'affecte pas les droits et obligations des parties à l'accord d'échanges compensés et n'a donc pas à être abordé dans cet accord.

6. [5] L'acheteur tiers qui accepte de participer à l'opération d'échanges compensés s'engage auprès de la partie qui s'est initialement engagée (c'est-à-dire uniquement vis-à-vis de la partie qui l'a désigné) à acheter des marchandises auprès du fournisseur dans un délai convenu. Dans certains cas, le tiers s'engage lui aussi vis-à-vis du fournisseur à conclure ultérieurement des contrats. Comme l'engagement du tiers porte sur la conclusion ultérieure de contrats, on y traite de questions telles que le type, la qualité, la quantité et le prix des marchandises devant faire l'objet de ces contrats, le délai dans lequel l'engagement doit être exécuté, les restrictions à la revente des marchandises, la garantie d'exécution, les dommages-intérêts spécifiés ou les pénalités, et le règlement des litiges. *Si l'accord par lequel le tiers s'engage à conclure ultérieurement un contrat avec le fournisseur peut traiter du même type de questions que l'accord d'échanges compensés entre le fournisseur et la partie qui s'est initialement engagée, les solutions ne seront pas nécessairement identiques dans les deux accords. Des solutions différentes pourront être adoptées, par exemple, en ce qui concerne la garantie d'exécution, les dommages-intérêts spécifiés ou la pénalité, le choix de la loi applicable ou le règlement des litiges.* (Les effets de l'engagement contracté par le tiers sont examinés plus loin aux paragraphes *17 et 18*; les conditions de cet engagement sont examinées plus loin au paragraphe *22*.)

7. [6] Lorsqu'il y a désignation d'un acheteur tiers, il arrive fréquemment que les obligations de payer nées des contrats de fourniture dans chaque direction doivent être acquittées séparément. En pareil cas, les problèmes de paiement qui se posent ne sont pas propres aux opérations d'échanges compensés. Toutefois, on peut convenir de lier les paiements dans les deux sens afin que les sommes versées en règlement du contrat de fourniture dans un sens soient utilisées pour le règlement du contrat de fourniture dans l'autre sens. On se reportera aux paragraphes *68 et 76* du chapitre IX ("Paiement") pour l'examen de ces mécanismes de paiements liés.

8. [7] Il arrive que les parties à l'accord d'échanges compensés conviennent que la partie effectuant des achats en sus de ce qu'exige l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sera autorisée à utiliser le crédit ainsi constitué en vue d'acquitter des engagements d'échanges compensés qu'il pourra devoir assumer à l'avenir. L'acheteur qui accumule de tels crédits pourra aussi être autorisé à céder ces crédits à un tiers (on se reportera aux paragraphes *31 à 34 du chapitre IV : "Engagement d'échanges compensés"*, pour l'examen des crédits d'exécution). La cession d'un crédit d'exécution à un tiers autoriserait ce dernier à vendre des marchandises à la partie qui a initialement accordé ce crédit d'exécution et à réduire ainsi tout engagement d'échanges compensés du montant du crédit d'exécution cédé. Une telle cession peut entraîner le versement d'une commission par le tiers au cédant du crédit d'exécution. Dans certains pays, il existe des règlements spéciaux régissant le droit de cession du crédit d'échanges compensés *(par exemple, ces règlements imposent des restrictions quant aux exportations qui peuvent donner lieu à des crédits cessibles aux parties auxquelles le crédit d'exécution peut être cédé et aux importations auxquelles les crédits cédés peuvent s'appliquer ou exigent une autorisation spéciale).*

1. Accord d'échanges compensés

9. [8] Lorsque les parties, au commencement de l'opération, prévoient que la partie qui s'engage à acheter des

marchandises pourra désigner un acheteur tiers, il est bon que cette possibilité soit couverte par l'accord d'échanges compensés. *Des dispositions relatives à un acheteur tiers sont particulièrement indiquées lorsque, comme on l'indique dans le paragraphe ci-après, les parties n'ont pas le même point de vue quant à la question de savoir si l'acheteur est libre de faire appel à un acheteur tiers.*

10. [*Nouveau paragraphe*] Si l'accord d'échanges compensés ne traite pas de la participation d'un acheteur tiers à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, la question risque de se poser entre les parties de savoir si la partie qui s'est initialement engagée à acheter est libre de faire appel à un tiers pour effectuer les achats. La solution à ce problème résiderait, dans de nombreuses lois nationales, dans les principes généraux du droit des contrats, en vertu desquels une partie au contrat peut associer un tiers à l'exécution de l'obligation contractuelle sans avoir à obtenir le consentement de la partie pouvant prétendre à l'exécution. Le consentement sera toutefois requis en vertu de ces principes généraux si, dans une situation donnée, la partie pouvant prétendre à l'exécution a une raison légitime d'insister pour que l'obligation soit acquittée par la partie qui s'est initialement engagée. Cela peut être le cas, par exemple, lorsque, en raison des moyens ou compétences particuliers dont dispose la partie obligée, l'exécution de l'obligation par un tiers diminuerait d'une façon ou d'une autre la valeur de l'exécution. Ainsi, le fournisseur des marchandises de compensation pourrait estimer que, du fait de la réputation de la partie qui s'est engagée à acheter et du réseau de revente dont elle dispose, la revente des marchandises par cette partie est essentielle pour leur assurer à long terme une part de marché ou pour préserver leur image de marque.

11. [9] La participation de tiers à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés est parfois régie par des règles de droit impératives. Ces règles peuvent *subordonner la participation de tiers au consentement du fournisseur,* définir les conditions d'aptitude des tiers, ou exiger que la participation de tiers soit autorisée par les pouvoirs publics. Une des raisons souvent avancées pour justifier de telles restrictions est le souci *d'assurer le bon déroulement de l'opération d'échanges compensés ou* d'éviter que les marchandises ne soient écoulées sur les marchés d'exportation traditionnels de l'Etat en question.

a) *Choix des tiers*

12. [10] Les clauses qui dans les accords d'échanges compensés autorisent la désignation de tiers peuvent être rédigées de telle manière que la partie qui s'est engagée initialement à acheter les marchandises soit libre de choisir le tiers. Il serait bon que ces clauses disposent que l'avis de désignation d'un tiers devra être communiqué au fournisseur avant que le tiers désigné n'achète les marchandises.

13. [11] Il arrive que l'accord d'échanges compensés restreigne la liberté de choix du tiers de la partie qui s'est initialement engagée à acheter des marchandises. Ces restrictions peuvent être de divers types. Par exemple, l'accord d'échanges compensés peut désigner un tiers, ou bien donner des listes de tiers agréés, ou bien encore énoncer des critères à appliquer pour le choix des tiers. Lorsque l'accord d'échanges compensés désigne le tiers ou comporte une liste de tiers potentiels présélectionnés, l'accord d'échanges compensés peut prévoir le choix d'un autre tiers si les tiers énumérés ne sont pas en mesure d'acheter des marchandises.

14. [12] On peut aussi restreindre la liberté de choisir un tiers en stipulant que la partie qui s'est initialement engagée à acheter des marchandises ne pourra désigner un tiers qu'avec l'accord du fournisseur. Pour que la désignation du tiers se fasse rapidement, on pourra convenir que le fournisseur sera réputé avoir donné son accord s'il ne s'y est pas opposé dans un délai donné. L'*accord d'échanges compensés peut préciser* quels types de renseignements sur un tiers proposé devront être fournis à l'acheteur par la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises (surface financière du tiers proposé et type et quantité des marchandises à acheter, par exemple). L'accord d'échanges compensés pourra énoncer les différents types d'objections opposables, ceci afin de restreindre le pouvoir discrétionnaire du fournisseur. Les objections opposables pourraient être, par exemple, le fait que le tiers proposé est déjà le partenaire commercial du fournisseur, ou bien qu'il écoule des marchandises produites par des concurrents du fournisseur, ou encore qu'il ne s'est pas précédemment acquitté d'une obligation qu'il avait vis-à-vis du fournisseur, ou bien qu'un litige l'a opposé au fournisseur.

15. [13] Le fournisseur peut, pour diverses raisons, souhaiter restreindre la liberté de choix de la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises. On citera notamment le souci d'écarter certains tiers. Ainsi, on peut imaginer des restrictions visant à empêcher que la vente à des personnes qui sont déjà des clients ne soit comptabilisée dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, ou à empêcher la désignation de personnes opérant sur un marché donné (en raison d'accords de distribution en vigueur sur ce marché ou en raison de règles applicables aux échanges avec le pays visé, par exemple), ou à garantir que des marchandises dont l'utilisation exige certaines précautions ne seront pas acquises par des parties qui n'ont pas été formées à leur utilisation. On peut aussi souhaiter sélectionner certains tiers. Par exemple, on peut imaginer une restriction visant à obtenir la désignation d'un tiers d'un certain pays ou marché, ou d'un tiers possédant une expérience de certains produits ou marchés (parce que le fournisseur souhaite introduire les marchandises sur un marché donné, par exemple).

16. [14] Les parties doivent avoir présent à l'esprit, toutefois, que toute restriction de la liberté de choix de l'acheteur peut avoir des inconvénients. Ainsi, la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises devra sans doute comptabiliser dans le coût de l'opération le risque que la commission exigée par le tiers pour l'achat des marchandises de compensation (voir plus loin les paragraphes *30 à 36*) soit plus élevée que les commissions pratiquées par d'autres tiers, ou le risque que le tiers n'achète pas les marchandises. Les parties pourront conve-

nir que certains de ces risques seront assumés par le fournisseur qui insiste pour que tel ou tel tiers soit retenu. Par exemple, on pourrait convenir que la responsabilité de la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises au titre de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale sera limitée au montant qu'elle pourra recouvrer auprès du tiers.

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

17. [15] Les parties à l'accord d'échanges compensés ont intérêt à *aborder dans l'accord d'échanges compensés* la question de savoir qui serait responsable vis-à-vis du fournisseur au cas où le tiers désigné n'effectuerait pas les achats qui sont nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Pour pouvoir répondre à cette question, il importe de savoir si le tiers désigné s'est engagé à acheter les marchandises uniquement vis-à-vis de la partie qui l'a désigné, ou s'il est aussi engagé vis-à-vis de la partie qui fournit les marchandises (voir plus haut le *paragraphe 6*).

18. [16] Lorsque le tiers désigné ne s'est engagé que vis-à-vis de la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises, celle-ci est seule responsable vis-à-vis du fournisseur, même si un tiers a été désigné. Toutefois, lorsque ce tiers s'engage à la fois vis-à-vis de la partie qui s'est initialement engagée et du fournisseur, on peut envisager deux approches concernant ledit engagement. La première consiste à stipuler dans l'accord d'échanges compensés que l'engagement de la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises sera préservé; en pareil cas, tant la partie qui s'est initialement engagée que le tiers désigné seront responsables vis-à-vis du fournisseur pour l'exécution de l'engagement et, en dernière analyse, la partie qui s'est initialement engagée et le tiers désigné règleront entre eux la question de la responsabilité conformément au contrat qui les lie. Une telle approche pourra être retenue lorsque l'engagement pris par le tiers vis-à-vis du fournisseur de conclure ultérieurement des contrats d'achat n'est pas entouré des mêmes garanties que l'engagement d'échanges compensés pris par la partie qui s'est initialement engagée, ou lorsque le fournisseur soit n'a jamais traité avec le tiers désigné, soit a connu des déboires lorsqu'il a traité avec lui. L'autre approche consisterait à stipuler que, lorsque le tiers désigné assume l'engagement, la partie qui s'est initialement engagée est libérée de l'engagement d'échanges compensés et que seul le tiers désigné est responsable vis-à-vis du fournisseur pour la conclusion ultérieure de contrats. Pour que cette substitution des parties responsables vis-à-vis du fournisseur puisse s'effectuer, les parties pourront convenir d'une cession de l'engagement d'échanges compensés par la partie qui s'est engagée initialement au tiers désigné. Le droit général des contrats de la plupart des pays comporte des dispositions sur la cession d'obligations contractuelles qui s'appliqueraient à la cession d'un engagement d'échanges compensés. Autre méthode de substitution des parties : la partie qui s'est initialement engagée et le fournisseur conviennent de mettre fin à leur engagement d'échanges compensés au moment où le tiers désigné s'engage à conclure des contrats avec le fournisseur. Afin qu'il ne soit pas mis fin à l'engagement initial d'échanges compensés avant que l'engagement du tiers désigné ne prenne effet, il serait judicieux de stipuler dans l'accord d'échanges compensés que celui-ci ne prendra fin que lorsque l'engagement du tiers aura pris effet.

19. [17] Comme l'indique le *paragraphe 22*, les tiers limitent parfois leur engagement à une promesse de "faire diligence" pour effectuer les achats. *Lorsqu'il est convenu que l'engagement d'échanges compensés de la partie qui s'est initialement engagée prend fin lorsque le tiers s'engage à conclure ultérieurement un contrat avec le fournisseur, il serait dans l'intérêt du fournisseur de n'accepter cette substitution de la partie qui s'est engagée à acheter que si l'engagement du tiers* est un engagement à acheter effectivement les marchandises, plutôt qu'un engagement à "faire diligence". Si le tiers ne s'engage qu'à "faire diligence", le fournisseur aura des garanties limitées quant à la conclusion effective du contrat de fourniture.

20. [18] Les garanties émises pour favoriser l'exécution d'engagements d'échanges compensés sont, en règle générale, formulées de telle sorte qu'elles ne couvrent que l'obligation de la partie qui s'est initialement engagée. Aussi, si le fournisseur souhaite garantir l'engagement du tiers, est-il souhaitable que l'accord d'échanges compensés dispose que la garantie sera modifiée ou qu'une nouvelle garantie sera émise. Il est également souhaitable que l'accord indique quelles seront les conséquences si la garantie ne peut pas être modifiée, ou si une nouvelle garantie adéquate ne peut pas être fournie.

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

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

21. [19] Lorsque la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises souhaite désigner un tiers pour faire cet achat, ces deux parties doivent arriver à un accord sur le type d'engagement que devra prendre le tiers.

22. [20] Dans la pratique, on rencontre deux types d'engagement pris par les tiers vis-à-vis des parties s'étant initialement engagées. Le premier type d'engagement est la promesse que, sous réserve des conditions dans lesquelles sont désignés les tiers, les marchandises de compensation seront effectivement achetées. L'autre type d'engagement est une promesse faite par le tiers qu'il fera diligence pour acheter des marchandises, sans garantie de résultat. Le tiers peut ne pas souhaiter s'engager pleinement s'il n'est pas certain de trouver un utilisateur final pour les marchandises, ou si le prix d'achat des marchandises risque de ne pas être compétitif. Cette promesse de *faire de son mieux* peut être exprimée par des formules telles que "intention ferme", "faire diligence" ou "agir de bonne foi", ou bien encore par une clause disposant que le tiers achètera les marchandises si un utilisateur final peut être trouvé. Si le tiers n'achète pas les marchandises, il peut s'exonérer des conséquences qui en découlent, simplement en démon-

trant sa bonne foi dans l'exécution de son mandat. La partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises pourra estimer que la participation du tiers sur la base de la "diligence" sera acceptable s'il est fondé à croire que le tiers exécutera son mandat (soit en raison des antécédents du tiers, soit parce que les prix d'achat et de revente envisagés rendent la transaction intéressante du point de vue commercial).

23. [21] Il arrive que les conditions du contrat désignant le tiers exigent de celui-ci qu'il s'engage directement vis-à-vis du fournisseur à conclure ultérieurement des contrats (voir plus haut les paragraphes *6 et 17*).

24. [22] Les conditions dans lesquelles le tiers est désigné pourraient être harmonisées avec les conditions de l'accord d'échanges compensés. Cette harmonisation serait utile notamment en ce qui concerne le type, la qualité, la quantité et le prix des marchandises de compensation. Il peut se poser un problème, par exemple, si le tiers s'engage à acheter des marchandises de qualité standard au prix du marché mondial, alors que l'accord d'échanges compensés prévoit un niveau de qualité ou de prix différent. En pareil cas, il arrive que le fournisseur propose des marchandises conformes à l'accord d'échanges compensés, que le tiers est toutefois fondé à refuser d'acheter parce qu'elles ne sont pas conformes aux conditions du contrat conclu entre lui et la partie qui s'est initialement engagée. Cette dernière serait alors responsable vis-à-vis du fournisseur pour la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés sans pouvoir prétendre à une indemnisation par le tiers.

25. [23] En outre, il peut se poser un problème lorsque l'accord d'échanges compensés ne donne pas d'assurance quant à la disponibilité des marchandises, mais que le tiers, se fondant sur le contrat conclu avec la partie s'étant engagée initialement, compte que les marchandises seront disponibles. Dans ce cas, la partie engageant le tiers risque d'être tenue responsable par lui si les marchandises ne sont pas mises à disposition par le fournisseur.

26. [24] Lorsque l'accord d'échanges compensés et les conditions de la désignation du tiers garantissent la disponibilité des marchandises, la partie s'étant initialement engagée peut être responsable envers le tiers si les marchandises ne sont pas mises à disposition par le fournisseur. *Dans ce cas, il est de l'intérêt de la partie s'étant initialement engagée d'assurer la disponibilité des marchandises par une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale ou une garantie.*

27. [25] Il est bon que le contrat par lequel le tiers est désigné fasse état de toute restriction à la revente des marchandises énoncée dans l'accord d'échanges compensés. Sinon, la partie s'étant initialement engagée à acheter pourra être tenue responsable en cas de revente des marchandises par le tiers en violation desdites restrictions sans pouvoir être indemnisée par le tiers.

28. [26] Parfois, la partie s'étant initialement engagée voudra peut-être avoir la possibilité de prendre d'autres dispositions pour s'acquitter de son engagement d'échanges compensés au cas où le tiers n'effectuerait pas les achats requis. Pour ce faire, on pourra fixer une date limite pour les achats du tiers, précédant la date limite de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés liant la partie ayant pris l'engagement initial. Si cette dernière partie souhaite se prévaloir d'une telle possibilité, il serait bon, lors de la négociation de l'accord d'échanges compensés, de veiller à ce que la période d'exécution soit suffisamment longue pour donner au tiers assez de temps pour effectuer les achats *et pour permettre de prendre d'autres dispositions* au cas où le tiers n'effectuerait pas lesdits achats.

29. [27] Il est bon de spécifier dans le contrat de nomination du tiers si c'est à ce dernier de se charger de l'ensemble de la négociation avec le fournisseur concernant la conclusion du contrat futur, ou si la partie ayant pris l'engagement initial d'acheter les marchandises devrait participer d'une manière ou d'une autre à la conclusion ou à l'exécution de ce contrat. Il peut être spécifié, par exemple, que la partie ayant pris l'engagement initial d'acheter doit approuver tel ou tel aspect de l'achat des marchandises (par exemple, leur prix ou leur destination) ou du moins en être informée.

b) *Honoraires du tiers*

30. [28] En retour de l'engagement pris par le tiers d'acheter des marchandises, la partie ayant pris l'engagement initial peut devoir lui verser des honoraires. Ces honoraires, *à fixer dans le contrat entre la partie qui s'est initialement engagée et le tiers,* sont normalement requis lorsque le prix des marchandises à acheter par le tiers n'est pas compétitif et que la revente de ces marchandises ne lui permettrait pas de dégager un profit. Ils sont appelés dans la pratique "commission", "*disagio*", "péréquation", "subvention", "remise" ou "prime". Leur montant est fonction notamment *de la demande du type de marchandises concernées et* de la différence escomptée entre le prix d'achat et le prix de revente des marchandises. Il peut également être fonction du coût de toute garantie que le tiers devra contracter pour couvrir sa responsabilité, soit envers la partie ayant pris l'engagement initial, soit envers le fournisseur, soit envers les deux, s'il n'effectue pas les achats requis.

31. [*Nouveau paragraphe*] Dans certaines juridictions, lorsqu'un organisme d'Etat désigne un tiers pour effectuer les achats ou qu'il en est lui-même chargé, des restrictions impératives s'appliquent au paiement des honoraires que verse l'organisme d'Etat ou qui lui sont versés.

32. [29] Les honoraires peuvent représenter un pourcentage du prix des achats à effectuer par le tiers ou un montant fixe par unité ou quantité de marchandises. Parfois, on utilise une combinaison des deux méthodes. Si les honoraires représentent un pourcentage du prix des marchandises, il est bon que les parties sachent bien sur quelle base ils seront calculés (par exemple, si les frais de transport ou d'assurance sont inclus dans le prix).

33. [30] Au moment où il est fait appel au tiers pour conclure les contrats de fourniture futurs, il peut être difficile, en raison de fluctuations des prix, d'estimer le

prix de revente. Les parties peuvent donc prévoir des honoraires variables, qui seront déterminés sur la base de la différence effective entre les prix, augmentée d'un pourcentage ou d'un montant convenus pour couvrir les frais du tiers. Selon la conjoncture commerciale, les parties voudront peut-être envisager la possibilité de voir le prix de revente monter à un niveau tel que la revente des marchandises permette au tiers de dégager un bénéfice. Si cette possibilité est prise en compte, le tiers devra payer à la partie s'étant initialement engagée à acheter les marchandises un montant correspondant à l'écart entre le prix effectif de revente et le prix de revente prévu. Ce montant dû par le tiers est parfois appelé "*disagio* négatif".

34. [31] Il est bon de préciser à quel moment les honoraires sont dus. On peut par exemple disposer qu'ils sont dus lors de la désignation du tiers, lors de la conclusion du contrat de fourniture entre le fournisseur et le tiers, lors de l'ouverture sur ordre du tiers d'une lettre de crédit en faveur du fournisseur ou lorsque le tiers paie le fournisseur. Parfois, il est convenu que des pourcentages donnés des honoraires seront payables à des stades déterminés. Par exemple, un certain pourcentage sera payable lors de la désignation du tiers, un autre lors de la conclusion du contrat entre le tiers et le fournisseur et le reste lors du paiement des marchandises par le tiers. Lorsque les honoraires doivent être payés après la conclusion du contrat entre la partie s'étant initialement engagée et le tiers, ce dernier pourra demander une garantie bancaire couvrant l'obligation de payer ces honoraires.

35. [32] Il est bon que le contrat de nomination du tiers indique si la relation contractuelle entre le tiers et la partie ayant pris l'engagement initial sera modifiée par la résiliation ou la réduction de l'engagement d'échanges compensés pris par la partie s'étant initialement engagée. La résiliation ou la réduction de cet engagement peut résulter par exemple de la résiliation du contrat d'exportation (voir le chapitre XIII, "*Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés*", paragraphe ___). Le tiers peut souhaiter effectuer l'achat et obtenir ses honoraires quelle que soit la suite donnée à l'engagement d'échanges compensés pris par la partie s'étant initialement engagée, notamment lorsqu'il a encouru des dépenses pour trouver un utilisateur des marchandises, lorsque les marchandises ont été promises à un utilisateur, ou lorsqu'elles ont effectivement été achetées et revendues. La partie désignant le tiers peut, quant à elle, souhaiter pouvoir rompre sa relation avec le tiers au cas où il serait mis fin à l'engagement d'échanges compensés.

36. [*Nouveau paragraphe*] Il est parfois convenu que le coût des honoraires est réparti entre la partie ayant pris l'engagement d'acheter et le fournisseur. Dans ce cas, les détails de la répartition, y compris un éventuel plafonnement du coût à la charge du fournisseur, devront être précisés dans l'accord d'échanges compensés.

c) *Clauses d'indemnisation*

37. [33] La partie s'étant initialement engagée à acheter les marchandises peut être responsable envers la partie avec laquelle elle a pris son engagement lorsque le tiers n'effectue pas les achats prévus (voir les paragraphes *17 et 18* ci-dessus). Lorsqu'elle désigne un tiers, elle voudra donc peut-être inclure dans le contrat avec ce tiers une clause d'indemnisation selon laquelle le tiers devra l'indemniser pour toute responsabilité encourue envers le fournisseur, du fait de la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés pour des motifs imputables au tiers. Les parties pourront également stipuler que la clause d'indemnisation protégera la partie s'étant initialement engagée à acheter les marchandises en cas de violation par le tiers d'une restriction à la revente des marchandises énoncée dans l'accord d'échanges compensés et reprise dans le contrat conclu avec le tiers. Il peut être convenu que la partie ayant pris l'engagement initial doit informer le tiers lorsque est faite une réclamation pouvant engager la responsabilité du tiers en application de la clause d'indemnisation.

d) *Exclusivité du mandat du tiers*

38. [34] Il est bon que la partie ayant pris l'engagement initial et le tiers indiquent dans leur contrat si ce dernier sera la seule personne désignée ou si la partie ayant pris l'engagement initial se réserve le droit de faire appel à un autre tiers aux fins de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Un tiers pourra se voir accorder un mandat exclusif portant sur tous les achats à effectuer en exécution de l'engagement d'échanges compensés, ou l'exclusivité pourra n'être donnée que pour un type particulier de marchandises, un fournisseur particulier, ou un territoire particulier sur lequel les marchandises devront être achetées ou revendues.

39. [35] Lorsque le tiers se voit accorder un mandat exclusif, la partie ayant pris l'engagement initial voudra peut-être se réserver le droit de déclarer le mandat non exclusif si, dans un délai donné avant la fin de la période d'exécution, le tiers n'a pas acheté une quantité convenue de marchandises.

40. [36] Lorque la quantité de marchandises à acheter est particulièrement importante, il pourra être convenu que, durant un délai donné, le tiers ne sera pas autorisé à acheter le même type de marchandises auprès d'autres sources. En effet, on peut souhaiter éviter un engorgement temporaire du marché sur lequel le tiers envisage de revendre les marchandises, ou vouloir contraindre le tiers à concentrer ses efforts sur l'exécution de l'engagement en question.

C. Fourniture des marchandises de compensation

41. [37] Parfois, une partie qui achète des marchandises dans une direction ne fournit pas de marchandises dans l'autre direction, mais un ou plusieurs tiers sont désignés pour fournir ces marchandises. Il y a deux types d'opérations pour lesquelles on peut recourir à une telle approche. Premièrement, les opérations dans lesquelles la partie achetant des marchandises dans une direction s'engage à fournir des marchandises dans l'autre direction,

mais, parce qu'elle éprouve des difficultés à fournir les marchandises convenues, charge un tiers de le faire. Deuxièmement, les opérations de compensation industrielle indirecte décrites au *paragraphe 17* du chapitre II, "Portée et terminologie du guide juridique". Dans les opérations de compensation industrielle indirecte, il est prévu, au moment de la conclusion du contrat d'exportation et de l'accord d'échanges compensés, que l'importateur (souvent un organisme public) ne contre-exportera pas de marchandises et que la partie s'engageant à contre-importer devra trouver des tiers disposés à fournir les marchandises. Ces tiers ne seront normalement pas liés par tout engagement à conclure des contrats de fourniture avec le contre-importateur.

42. [38] Dans une opération mettant en jeu un fournisseur tiers, les obligations de paiement en vertu des contrats de fourniture dans les deux directions sont souvent fixées indépendamment l'une de l'autre. De tels paiements ne posent pas de problèmes propres aux échanges compensés. Toutefois, il peut se poser de tels problèmes lorsque les parties décident de lier les paiements dans les deux directions, de sorte que le produit du contrat de fourniture dans une direction soit utilisé pour payer le contrat de fourniture dans l'autre direction. On trouvera un examen de ces mécanismes de paiement lié aux paragraphes *68, 75 et 76* du chapitre IX, "Paiement".

43. [39] Lorsqu'il est possible de faire intervenir un tiers dans la fourniture de marchandises, il est bon que l'accord d'échanges compensés traite de la manière dont le fournisseur tiers sera désigné et des conséquences d'un défaut de fourniture des marchandises convenues par ce tiers.

44. [40] Différentes méthodes peuvent être utilisées pour choisir le fournisseur tiers. L'accord d'échanges compensés peut le désigner nommément; ou bien, il peut disposer que le fournisseur tiers sera choisi à une date ultérieure. Le choix du tiers peut aussi être confié à l'une des parties à l'accord d'échanges compensés.

1. Choix du tiers par la partie ayant pris l'engagement d'acheter

45. [41] Dans les opérations de compensation industrielle, le choix du fournisseur tiers est souvent laissé à la partie ayant pris l'engagement d'acheter. Ce choix peut être limité par des directives énoncées dans l'accord d'échanges compensés, aux termes desquelles les fournisseurs devront provenir de régions géographiques ou secteurs industriels donnés ou être fournisseurs de types donnés de produits ou services. Ces directives sont traitées au *paragraphe 28 du chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés"*.

46. [42] Lorsque la partie qui s'est engagée à acheter doit choisir le fournisseur tiers, il est bon de préciser dans l'accord d'échanges compensés quels seront les effets de la non-conclusion d'un contrat de fourniture par le fournisseur tiers potentiel. Lorsque le choix doit être fait parmi un grand nombre de fournisseurs potentiels, il peut être indiqué que le refus d'un fournisseur tiers potentiel ne libérera pas de l'engagement d'acheter. Lorsque le fournisseur tiers doit être choisi sur une liste de fournisseurs donnés, il peut être convenu qu'un refus par tous les fournisseurs figurant sur la liste de conclure un contrat de fourniture conforme aux dispositions de l'accord d'échanges compensés libérera de son engagement la partie devant acheter (la question de l'extinction de l'engagement d'échanges compensés est traitée *à la section B* du chapitre XIII, *"Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés"*).

2. Choix du tiers par la partie ayant pris l'engagement de fournir

47. [43] Dans certains cas, le choix des fournisseurs tiers est laissé à la partie ayant le droit de fournir des marchandises en application de l'accord d'échanges compensés. Cela peut être le cas lorsque la partie achetant des marchandises dans une direction ne vend pas de marchandises (par exemple, lorsqu'un organisme public achète des marchandises dans le cadre d'une opération de compensation industrielle), ne dispose pas de marchandises intéressant la partie s'étant engagée à acheter, ou ne sait pas si elle disposera de marchandises appropriées au moment où le contrat de fourniture devra être conclu et souhaite donc avoir la possibilité de désigner un fournisseur tiers.

48. [*Nouveau paragraphe*] La partie qui s'est engagée à fournir peut être libre de désigner le fournisseur tiers. Cela peut être le cas, par exemple, si les marchandises de compensation sont d'une qualité standard et facilement disponibles. L'accord d'échanges compensés peut par contre énoncer des directives définissant les conditions dans lesquelles la partie qui s'est engagée à fournir des marchandises peut désigner le fournisseur tiers; l'accord peut aussi donner la liste des fournisseurs tiers potentiels. La partie qui s'est engagée à acheter souhaitera peut-être faire figurer dans l'accord d'échanges compensés une clause disposant que le fait qu'elle s'adresse à un tiers n'entraînera pas de frais supplémentaires pour elle.

49. [44] Lorsque le choix du fournisseur tiers est laissé à la partie qui *s'est initialement engagée à fournir les marchandises, l'accord d'échanges compensés peut* disposer que ce tiers doit être à même de mettre à disposition des marchandises conformes aux conditions énoncées dans l'accord d'échanges compensés. *Il est bon* que cet accord indique clairement les conséquences de la non-mise à disposition des marchandises convenues de la part de ce tiers. L'accord peut disposer qu'un tel défaut libérera de son engagement d'échanges compensés la partie qui s'est engagée à acheter, dans la mesure où le tiers n'a pas mis à disposition les marchandises, ou alors qu'un nouveau fournisseur devra être choisi. Lorsque l'obligation de la partie ayant pris l'engagement initial de fournir fait l'objet d'une clause de dommages-intérêts spécifiés, d'une clause pénale, ou d'une garantie, il peut être *précisé* que la non-mise à disposition des marchandises par le tiers habilitera la partie s'étant engagée à acheter à recevoir paiement en vertu de la clause de dommages-intérêts, de la clause pénale ou de la garantie*.

50. [*Nouveau paragraphe*] Il est bon que les obligations assumées par le tiers soient coordonnées avec les obligations assumées en vertu de l'accord d'échanges compensés par la partie qui s'est initialement engagée à fournir. Cela est particulièrement important pour ce qui est des obligations concernant la qualité, la quantité ou le prix des marchandises à livrer, de la garantie de disponibilité des marchandises ou des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité en cas de non-mise à disposition des marchandises. L'objet de la coordination est d'assurer que les marchandises offertes par le tiers à la partie qui s'est engagée à acheter sont conformes à l'accord d'échanges compensés. Si, par exemple, le tiers ne met pas à disposition des marchandises qui répondent au niveau de qualité défini dans l'accord d'échanges compensés et que, de ce fait, le contrat de fourniture n'est pas conclu, la partie qui s'est initialement engagée à fournir sera tenue responsable en vertu de l'accord d'échanges compensés et la partie qui s'est engagée à acheter pourra être libérée de son engagement d'échanges compensés.

51. [*Nouveau paragraphe*] Le contrat entre la partie qui s'est initialement engagée à fournir et le tiers peut comporter une clause d'indemnisation selon laquelle le tiers accepte d'indemniser la partie qui s'est initialement engagée à fournir pour les dommages-intérêts spécifiés ou la pénalité qui pourraient devoir être versés en vertu de l'accord d'échanges compensés par suite de la non-mise à disposition des marchandises par le tiers.

52. [*Nouveau paragraphe*] Dans certaines opérations, la partie qui s'est initialement engagée à fournir et le tiers conviennent qu'une commission sera payée par le fournisseur tiers à la partie qui s'est initialement engagée en échange de la possibilité de vendre les marchandises.

D. Echanges compensés multiparties

53. [45] Il y a trois types d'opérations d'échanges compensés qui mettent en jeu plus de deux parties, mais qui sont distinctes des opérations traitées aux sections B et C du présent chapitre.

54. [46] Il y a en premier lieu l'opération tripartite dans laquelle une partie qui fournit des marchandises dans une direction ne s'engage à aucun moment d'acheter des marchandises dans l'autre direction; cet engagement d'achat est d'emblée pris par un tiers. Par contraste, la section B traite des cas dans lesquels une partie, après s'être engagée à acheter des marchandises, désigne un tiers pour ce faire. On peut recourir à une telle opération tripartite dans le cas par exemple d'une opération d'achat en retour, lorsque l'exportateur de l'installation de production ne souhaite pas acheter lui-même les produits fabriqués, mais qu'il faut, pour des raisons de financement, trouver dès le départ un tiers qui s'engage à acheter ces produits. Pour mettre sur pied une opération tripartite de cet ordre, les trois parties peuvent conclure un accord énonçant leur engagement à conclure ultérieurement des contrats de fourniture, puis conclure lesdits contrats de fourniture dans les deux directions. L'exportateur et l'importateur peuvent aussi conclure un contrat de fourniture de marchandises dans une direction et, dans le même temps, l'acheteur tiers (contre-importateur) et le contre-exportateur peuvent s'engager à conclure ultérieurement un contrat de fourniture de marchandises dans l'autre direction.

55. [47] Il existe un second type d'opération multipartie. Il s'agit de l'opération tripartite dans laquelle une partie achetant des marchandises dans une direction ne prend à aucun moment l'engagement de fournir des marchandises dans l'autre direction, mais un fournisseur tiers s'engage d'emblée à fournir les marchandises. Ce type d'opération est distinct des deux types d'opérations traitées à la section C, celles dans lesquelles une partie, après s'être engagée à fournir des marchandises, désigne un tiers pour ce faire, et les opérations de compensation industrielle indirecte, dans lesquelles le contre-importateur s'engage auprès de l'importateur à négocier des contrats de fourniture avec des fournisseurs potentiels qui ne se sont pas engagés à conclure des contrats de fourniture avec le contre-importateur. Dans ce second type d'opération tripartite, les trois parties peuvent conclure un accord énonçant leur engagement à conclure ultérieurement des contrats de fourniture, puis conclure lesdits contrats dans les deux directions. Il est également possible à l'exportateur et à l'importateur de conclure un contrat dans une direction, en même temps que l'acheteur tiers (contre-importateur) et le contre-exportateur s'engagent à conclure ultérieurement un contrat de fourniture de marchandises dans l'autre direction.

56. [48] Souvent, ces opérations tripartites décrites *dans les deux paragraphes précédents* se caractérisent par l'établissement d'un lien entre les paiements des contrats de fourniture dans les deux directions. Le recours à de tels mécanismes de paiement lié est traité aux paragraphes *68, 75 et 76* du chapitre IX, "Paiement".

57. [49] Il existe un troisième type d'opération multipartie, dans lequel le contrat de fourniture dans une direction est conclu par deux parties et le contrat de fourniture dans l'autre direction est conclu par deux autres parties. Une telle opération d'échanges compensés quadripartite peut être effectuée lorsque les parties à un contrat de fourniture de marchandises dans une direction ne sont pas à même de conclure un contrat de fourniture dans l'autre direction, mais souhaitent qu'un tel contrat soit conclu. Un tel arrangement peut être souhaitable lorsque la conclusion du second contrat de fourniture permettrait aux parties de lier les paiements des contrats dans les deux directions, de manière à éviter ou réduire les transferts de devises d'un pays à un autre (la question des paiements liés dans les opérations quadripartites est traitée aux paragraphes *69, 75 et 77* du chapitre IX, "Paiement"). Un tel arrangement peut être également souhaitable lorsque la fourniture de marchandises dans une direction est impérativement assujettie à l'achat de marchandises dans l'autre direction.

58. [*Nouveau paragraphe*] Il est bon que les parties se penchent dès le début de l'opération sur la question de savoir si la non-conclusion ou la non-exécution de l'un des contrats de fourniture doit avoir un effet sur l'obligation de conclure ou d'exécuter un autre contrat de fourniture. Cette question est examinée à la section E du chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés". L'interdépendance des contrats de fourniture lorsque les parties sont convenues de paiements liés est traitée aux paragraphes *72 et 73* du chapitre IX.

[A/CN.9/362/Add.9]

IX. PAIEMENT

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
A.	Observations générales	1-8
B.	Rétention de fonds par l'importateur	9-13
C.	Blocage des fonds	14-37
	1. Observations générales	14-18
	2. Comptes bloqués	19-30
	a) Accord d'échanges compensés	21-25
	i) Désignation du compte	21-22
	ii) Fonctionnement du compte bloqué	23-24
	iii) Autres questions	25
	b) Convention de compte bloqué	26-30
	i) Parties	27
	ii) Transferts de fonds sur un compte et à partir de celui-ci	28-29
	iii) Durée et clôture du compte	30
	3. Lettres de crédit croisées	31-37
	a) Ordre dans lequel les lettres de crédit sont émises	32-33
	b) Instructions relatives à l'utilisation des fonds	34-36
	c) Dates d'expiration	37
D.	Compensation des créances réciproques	38-57
	1. Observations générales	38-44
	2. Accord d'échanges compensés	45-57
	a) Inscriptions au crédit et au débit du compte	45-48
	b) Calcul des articles de compte	49-50
	c) Relevés de compte	51
	d) Vérification périodique	52
	e) Limitation du montant du solde	53
	f) Règlement du solde	54-56
	g) Garantie du paiement des soldes	57
E.	Questions communes à tous les mécanismes de paiements liés	58-65
	1. Monnaie ou unité de compte	58
	2. Désignation des banques	59
	3. Accord interbancaire	60-61
	4. Transfert des fonds inutilisés ou excédentaires	62-63
	5. Paiements ou livraisons supplémentaires	64
	6. Commissions et frais bancaires	65
F.	Paiements dans le cadre des opérations d'échanges compensés multipartites	66-77
	1. Observations générales	66-73
	2. Blocage des fonds dans les opérations d'échanges compensés multipartites	74-77

[*Note des rédacteurs*. Le présent projet de chapitre est une version révisée du projet de chapitre IX, "Paiement", publié sous la cote A/CN.9/332/Add.6. La note placée entre crochets au début de chaque paragraphe soit indique le numéro sous lequel le paragraphe figurait dans le document A/CN.9/332/Add.6, soit informe que le paragraphe est nouveau. Les modifications apportées aux paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.6 sont en italique.]

A. Observations générales

1. [1] Les parties peuvent décider que les créances découlant des contrats de fourniture dans l'une et l'autre direction seront réglées séparément. Dans un tel cas, le paiement au titre de chaque contrat de fourniture s'effectue selon les modalités commerciales usuelles, par exemple par le biais d'un compte courant, au vu de documents ou au moyen de lettres de crédit. Mais les parties peuvent aussi décider de lier les paiements, de manière que le produit du contrat dans une direction soit utilisé pour payer le prix du contrat dans l'autre direction, ce qui permet d'éliminer ou de réduire les transferts de fonds entre les parties. Le guide juridique examine seulement les modalités de paiements liés, à l'exclusion des arrangements prévoyant des paiements séparés : en effet, ces derniers ne soulèvent pas de questions particulières aux échanges compensés.

2. [2] Les parties peuvent tout d'abord souhaiter lier les paiements parce qu'*il se peut* qu'il ne soit difficile pour l'une d'entre elles de payer dans la monnaie convenue. Ce peut être aussi pour garantir que le montant provenant de l'expédition dans une direction sera utilisé pour payer l'expédition dans l'autre. Les mécanismes de paiement conçus pour répondre à de tels besoins comprennent la rétention de fonds par l'importateur (par. *9 à 13* ci-après), le blocage des fonds payés au titre du contrat d'exportation par le biais de comptes bloqués ou de lettres de crédit croisées de manière à garantir que ces fonds seront disponibles pour payer le prix du contrat de contre-exportation (par. *14 à 37* ci-après), et la compensation des créances réciproques (par. *38 à 57* ci-après).

3. [3] Les frais financiers résultant du fait que les mécanismes de paiements liés immobilisent les fonds provenant des expéditions faites par les parties constituent un aspect de ces mécanismes qu'il faudra examiner. En général, plus l'intervalle entre le moment où les fonds provenant du contrat dans une direction sont versés et celui où ces fonds sont utilisés pour payer le prix du contrat dans l'autre direction est long, plus les frais financiers sont élevés.

4. [*Nouveau paragraphe*] Les mécanismes de paiements liés ont notamment pour caractéristique de garantir à la partie ayant reçu les marchandises en premier que les fonds requis pour payer ces marchandises ne sont pas mis à la disposition de la partie ayant fourni les marchandises, mais sont réservés pour le paiement des marchandises qui seront ultérieurement fournies dans l'autre direction. Il peut ainsi être plus facile à cette partie d'obtenir un prêt pour le financement de ses fournitures. La source de financement est souvent la banque qui détient les fonds devant être utilisés pour payer les livraisons ultérieures ou la banque qui est chargée de la compensation des créances réciproques.

5. [*Nouveau paragraphe*] Par contre, la partie qui est la première à fournir les marchandises, ou qui a fourni davantage de marchandises qu'elle n'en a reçues, risque d'avoir à attendre pendant un délai indéterminé avant que des marchandises de la qualité convenue ne soient mises à disposition pour achat dans l'autre direction ou si ces marchandises ne sont pas mises à disposition; en outre, le produit des livraisons qu'elle a effectuées risque de ne pas être libéré pour payer ces livraisons. En raison de ce risque, une banque peut hésiter ou répugner à financer une livraison de marchandises si le paiement doit être reporté jusqu'à l'achat de marchandises dans l'autre direction. Ainsi, dans les projets de grande ampleur tels que les opérations d'achat en retour ou de compensation industrielle indirecte, il est moins probable que les parties recourent à un mécanisme de paiements liés.

6. [4] Les parties voudront peut-être envisager *les obstacles qui peuvent empêcher que des paiements liés soient effectués*. Par exemple, un créancier de l'une des parties à l'opération *pourrait obtenir d'un tribunal un ordre de saisie du* produit d'un contrat de fourniture, la banque détenant les fonds *pourrait* devenir insolvable ou *un paiement pourrait être empêché en raison de l'adoption d'une réglementation bancaire ou d'une mesure de contrôle des échanges. De tels cas peuvent entraîner* le gel du mécanisme de paiement jusqu'à ce que la justice se soit prononcée sur la créance invoquée contre la partie à l'opération d'échanges compensés, *que la banque soit redevenue solvable ou que la réglementation ou la mesure de contrôle des échanges ait été rapportée, selon le cas.* Pour évaluer ce risque, il faut notamment prendre en considération l'étendue de la protection que la loi applicable offre contre *de telles circonstances extérieures.* En outre, plus long est le délai durant lequel les fonds demeurent dans le mécanisme de paiement ou durant lequel les créances demeurent en attente de compensation, plus grand est le risque *de voir de tels obstacles surgir.*

7. [5] On notera que les mécanismes de paiement peuvent être soumis à une autorisation des pouvoirs publics s'ils impliquent que les fonds obtenus au titre d'un contrat de fourniture ne seront rapatriés qu'après une certaine période ou ne le seront pas du tout, ou s'ils nécessitent la détention de fonds à l'étranger ou l'ouverture d'un compte en devises dans le pays.

8. [*Nouveau paragraphe*] Il est bon que les parties conviennent des détails du mécanisme de paiements liés dans l'accord d'échanges compensés. Selon le type de mécanisme choisi, les divers contrats de fourniture devront peut-être comporter des clauses donnant effet à la méthode de paiement convenue dans l'accord d'échanges compensés.

B. Rétention de fonds par l'importateur

9. [6] Les parties conviennent parfois que l'expédition dans une certaine direction (contrat d'exportation) précédera l'expédition dans l'autre direction (contrat de contre-exportation), et que les sommes provenant de l'exportation seront utilisées pour payer la contre-exportation. Parce que l'importateur doit acheter les marchandises à l'avance pour que les fonds nécessaires pour financer le contrat de contre-exportation soient disponibles, ces opérations sont parfois qualifiées d'"achats préalables". Dans un tel cas, les parties peuvent décider que les sommes provenant de l'exportation seront détenues sous le contrôle de l'importateur jusqu'à ce que le prix de la contre-exportation soit exigible.

10. [7] Pour qu'un tel arrangement soit acceptable, l'exportateur doit être assuré que l'importateur conservera les fonds conformément à l'accord d'échanges compensés, et une telle confiance a davantage de chances d'exister si les parties ont des relations établies. Est également à prendre en considération le risque que l'importateur devienne insolvable ou qu'un tiers fasse valoir une créance sur les fonds qui sont entre ses mains. Normalement, la créance de l'exportateur n'aura pas priorité sur celle des autres créanciers de l'importateur. Dans certains systèmes juridiques, les fonds peuvent bénéficier d'une certaine protection contre les prétentions formulées par des tiers si l'accord relatif à la rétention des fonds confère à l'importateur le statut d'un fiduciaire en ce qui concerne ces fonds. Dans les systèmes de *common law*, par exemple, l'on pourra pour ce faire créer un "*trust*", l'importateur

étant le "*trustee*" des fonds. Des mécanismes fiduciaires existants dans d'autres systèmes juridiques peuvent offrir une protection analogue.

11. [8] De plus, *un désaccord peut survenir sur le type, la qualité ou le prix des marchandises contre-exportées* si l'accord d'échanges compensés n'indique pas le type de marchandises devant être contre-exportées, ou s'il n'existe aucune norme pour mesurer la qualité du type de marchandises convenu. La possibilité d'un tel désaccord accroît le risque que pendant un délai inacceptable les fonds retenus ne soient ni utilisés pour l'usage auquel ils sont destinés ni remis à l'exportateur. Lorsque les parties sont en mesure d'indiquer le type de marchandises, l'acceptabilité de la rétention des fonds par l'importateur peut être fonction du délai nécessaire pour mettre les marchandises contre-exportées à disposition. Cette rétention peut être plus acceptable si les marchandises qui doivent être achetées avec les fonds ainsi retenus sont disponibles en stock et peuvent être expédiées rapidement, et l'être moins si ces marchandises doivent être fabriquées spécialement pour l'opération.

12. [9] Il est nécessaire d'établir un équilibre approprié entre deux objectifs opposés. L'un est d'assurer à l'exportateur l'accès aux fonds si la contre-exportation n'a pas lieu. L'autre est de garantir à l'importateur que les fonds ne seront pas transférés à l'exportateur — au moins pas dans leur totalité — si ce dernier n'honore pas son engagement de contre-importer au titre de l'accord d'échanges compensés. On peut contribuer à la réalisation du premier de ces objectifs en fixant une date à laquelle les fonds devront être transférés à l'exportateur si la contre-exportation n'a pas eu lieu, et à la réalisation du second en autorisant l'importateur à déduire le montant des dommages-intérêts spécifiques ou pénalités auxquels il peut prétendre au cas où l'exportateur ne respecterait pas l'engagement d'échanges compensés avant que les fonds lui aient été *transférés*.

13. [10] Selon la durée de la période durant laquelle les fonds doivent demeurer sous le contrôle de l'importateur, les parties voudront peut-être, dans l'accord d'échanges compensés, prévoir le versement d'intérêts *en faveur de l'exportateur*. Si elles le font, elles peuvent indiquer comment les fonds doivent être déposés de manière à *être porteurs d'intérêts au taux le plus favorable*.

C. Blocage des fonds

1. Observations générales

14. [11] Lorsque l'exportateur ne souhaite pas laisser les fonds obtenus au titre du contrat d'exportation sous le contrôle de l'importateur, les parties peuvent utiliser un autre mécanisme de paiement destiné à garantir que les sommes provenant de la première expédition seront utilisées pour l'usage auquel elles sont destinées. Le guide juridique envisage deux mécanismes de ce type : les comptes bloqués et les lettres de crédits croisées.

15. [12] Lorsque les parties choisissent d'utiliser un compte bloqué, elles conviennent que les sommes payées par l'importateur seront déposées sur un compte auprès d'un établissement financier choisi par elles et que l'utilisation et la remise de ces fonds seront soumises à certaines conditions. Une fois les fonds déposés sur le compte, l'importateur contre-exporte et se fait payer sur ces fonds en présentant les documents convenus qui prouvent à l'établissement gérant le compte que le contrat de contre-exportation a été exécuté. De tels comptes sont parfois appelés "*trust*", "comptes spéciaux", "comptes fiduciaires" ou "comptes bloqués". On a choisi d'utiliser l'expression "comptes bloqués" pour éviter les renvois involontaires aux formes particulières de tels comptes qui peuvent exister dans certains systèmes juridiques.

16. [13] Si les parties choisissent le système des lettres de crédits croisées, l'importateur émet une lettre de crédit en paiement du contrat d'exportation ("lettre de crédit d'exportation"). La lettre de crédit d'exportation sert alors de base pour émettre une lettre de crédit en paiement du contrat de contre-exportation ("lettre de crédit de contre-exportation"). En exécution des instructions des parties, le montant de la lettre de crédit d'exportation est bloqué de manière à couvrir la lettre de crédit de contre-exportation. La lettre de crédit d'exportation est honorée lorsque l'exportateur présente les documents requis, notamment des instructions irrévocables d'utiliser les fonds pour couvrir le paiement au titre de la lettre de crédit de contre-exportation. Le crédit correspondant à la lettre de crédit de contre-exportation, qui est financé par la lettre de crédit d'exportation, est réalisé sur présentation des documents requis par le contre-exportateur.

17. [14] Le système du compte bloqué et celui des lettres de crédit croisées peuvent être utilisés lorsque l'importateur ne veut pas expédier les marchandises de contre-exportation avant d'être assuré que les fonds destinés à les payer sont disponibles. Dans le cadre de ces opérations d'"achat préalable", les comptes bloqués et les lettres de crédit croisées garantissent que les sommes provenant de l'expédition dans une direction, qui par convention expresse doit intervenir en premier, seront utilisées pour payer l'expédition dans l'autre direction.

18. [15] Le paiement d'intérêts sur les sommes bloquées peut dans une certaine mesure atténuer les inconvénients financiers du blocage des fonds. Une banque détenant des fonds destinés au paiement de lettres de crédit peut être moins encline à verser des intérêts qu'une banque détenant des fonds sur un compte bloqué. Pour cette raison, un compte bloqué peut servir à détenir des sommes excédentaires en percevant des intérêts dans l'attente de commandes futures, ce qui peut être utile lorsque les parties ne sont pas sûres au départ que la totalité des sommes résultant de l'exportation sera nécessaire pour payer la contre-exportation.

2. Comptes bloqués

19. [16] Dans certains systèmes juridiques, les comptes bloqués sont soumis à un régime juridique spécial s'ils revêtent une forme légale particulière ("*trust*" ou "compte fiduciaire", par exemple) et au droit contractuel général dans le cas contraire. Lorsqu'un régime juridique spécial est applicable, le dépositaire des fonds est assujetti à des

obligations spéciales en ce qui concerne la disposition des fonds, et ces derniers peuvent bénéficier d'une certaine protection contre les saisies de créanciers.

20. [17] Les dispositions contractuelles constatant l'accord des parties au sujet du compte bloqué figurent généralement dans l'accord d'échanges compensés. Un accord devra en outre être conclu entre la banque et l'une au moins des parties à l'opération d'échanges compensés (voir "convention de compte bloqué", par. *26 à 30* ci-après). Dans les contrats de fourniture, les dispositions relatives au compte bloqué se bornent généralement à désigner le compte qui servira aux paiements.

a) *Accord d'échanges compensés*

i) Désignation du compte

21. [18] *Les parties devraient envisager d'indiquer*, dans l'accord d'échanges compensés, où le compte sera ouvert en désignant la banque, en indiquant le pays dans lequel le compte doit être ouvert ou en fournissant un autre critère pour le choix de la banque. Le choix des établissements où le compte peut être ouvert peut être restreint si la législation de l'Etat de la partie dont l'expédition a engendré les fonds limite le droit de détenir des avoirs en devises à l'étranger. Dans un tel cas, le choix peut, en ce qui concerne l'ouverture du compte, être limité aux banques situées dans le pays de cette partie.

22. [19] Lorsque les parties peuvent choisir l'établissement bancaire, elles doivent être conscientes que le lieu où le compte est ouvert peut déterminer la loi qui lui est applicable. La loi applicable dans un lieu déterminé peut être considérée comme plus ou moins appropriée selon qu'elle garantit ou non aux parties que la banque exécutera convenablement ses obligations fiduciaires. De plus, il est souhaitable que le régime juridique applicable offre une certaine protection contre les créanciers de l'une ou l'autre des parties. Comme on l'a noté au paragraphe *19* ci-dessus, certains systèmes juridiques prévoient une certaine protection contre les revendications de tiers.

ii) Fonctionnement du compte bloqué

23. [20] Il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés formule certaines dispositions fondamentales à incorporer dans la convention de compte bloqué qui sera conclue avec la banque. De telles dispositions permettent aux parties, lorsqu'elles conviennent d'utiliser un compte bloqué, d'être certaines que le compte aura les caractéristiques qu'elles considèrent comme importantes. Ces dispositions concernent notamment les procédures de transfert de fonds sur le compte, les documents à présenter pour les transferts de fonds par prélèvement sur le compte (par exemple, demande de paiement sur un formulaire prescrit, connaissements ou autres documents de transport, certificat de qualité), et les intérêts. Lorsqu'elles envisagent le contenu de la convention de compte bloqué dans l'accord d'échanges compensés, les parties doivent savoir que selon toute vraisemblance la banque a l'habitude de gérer les comptes bloqués sur la base de contrats prérédigés ou de contrats-types.

24. [21] L'accord d'échanges compensés peut disposer que les versements sur le compte s'effectueront au moyen d'une lettre de crédit ouverte par l'importateur en faveur de l'exportateur. Il peut aussi être convenu que le décaissement des fonds versés au compte s'effectuera au moyen d'une lettre de crédit ouverte par le contre-importateur en faveur du contre-exportateur. Dans tel cas, il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés indique quelles instructions doivent être données aux banques émettrices et quels documents doivent être présentés en vertu des lettres de crédit. Le bénéficiaire peut par exemple être tenu de présenter, avec les documents d'expédition, une instruction irrévocable de déposer les fonds sur le compte bloqué.

iii) Autres questions

25. [22] Il est souhaitable de traiter, dans l'accord d'échanges compensés, de questions comme celles du montant des fonds à bloquer, des intérêts, du virement des fonds inutilisés ou excédentaires, et des éventuels paiements supplémentaires (les diverses questions communes aux mécanismes de paiements liés qui peuvent être envisagées dans l'accord d'échanges compensés sont examinées aux paragraphes *58 à 65* ci-après).

b) *Convention de compte bloqué*

26. [23] La convention de compte bloqué pourra contenir des instructions à la banque et préciser les actes que doivent accomplir tant les parties à l'opération que la banque, ainsi que d'autres dispositions relatives au fonctionnement du compte bloqué. Elle pourra aussi traiter de questions telles que les intérêts et les frais bancaires *et la manière dont les parties à l'opération peuvent vérifier l'exactitude des calculs d'intérêts et contrôler d'autres mesures prises par la banque dans le cadre de la gestion du compte*. Il est important de veiller à ce que cette convention soit compatible avec les dispositions de l'accord d'échanges compensés relatives au compte bloqué.

i) Parties

27. [24] La convention de compte bloqué sera conclue entre la banque où le compte est ouvert et l'une au moins des parties à l'opération d'échanges compensés. Dans certains cas, une deuxième banque pourra en être signataire, par exemple lorsque les fonds devant être versés sur le compte doivent être, par la volonté des parties ou par l'effet de prescriptions légales, acheminés par l'intermédiaire d'une banque particulière. *Certaines législations nationales* exigent que tout compte bloqué ouvert à l'étranger le soit au nom de leur banque centrale et que celle-ci soit partie à la convention de compte bloqué. Lorsque, dans le cadre d'une opération d'échanges compensés multipartite, le contre-exportateur ou le contre-importateur *est distinct* de l'exportateur et de l'importateur, *il peut aussi être partie* à la convention de compte bloqué.

ii) Transferts de fonds sur un compte et à partir de celui-ci

28. [25] En règle générale, la convention de compte bloqué définira les procédures habituellement utilisées par la banque dans la tenue de ce compte. Il est souhaitable que

les parties veillent aussi à y préciser les modalités de dépôt des fonds sur le compte et de versements de fonds au contre-exportateur par prélèvement sur ce compte (voir par. *23 et 24* ci-dessus). Il peut être utile d'indiquer si les retraits partiels sont autorisés, comment le montant à payer doit être déterminé (par exemple sur la base de la valeur faciale de la facture) et si les demandes de paiement doivent être notifiées à la partie qui a déposé les fonds sur le compte. La convention de compte bloqué peut aussi définir les conditions dans lesquelles les fonds inutilisés ou excédentaires seront remis à l'exportateur ou affectés selon ses instructions (voir par. *62 et 63* ci-après). Dans ce dernier cas, la convention pourra préciser dans quelles conditions les fonds seront détenus jusqu'à ce que des instructions soient reçues de l'exportateur.

29. [26] Il convient de noter que la banque où sont déposés les fonds bloqués peut exiger que sa responsabilité soit limitée à l'examen de la conformité avec les conditions convenues des documents accompagnant la demande de paiement du contre-exportateur, sans qu'elle soit tenue de s'assurer que le contrat a bien été exécuté. La banque peut aussi exiger que le contre-exportateur, qui sera payé par prélèvement sur le compte, la garantisse contre toutes dépenses, réclamations, frais (autres que les frais ordinaires d'administration et de fonctionnement) et responsabilités qu'elle peut avoir à supporter en raison du compte bloqué.

iii) Durée et clôture du compte

30. [27] Afin que le compte bloqué soit disponible pendant la période nécessaire, la convention de compte bloqué devrait indiquer qu'il restera ouvert jusqu'à une certaine date ou pendant une certaine période à compter de l'entrée en vigueur de l'accord d'échanges compensés. Les parties voudront peut-être stipuler que le compte bloqué restera opérationnel pendant une certaine période (par exemple 60 jours) à compter de l'expiration du délai durant lequel l'engagement d'échanges compensés doit être exécuté, de manière que, si l'expédition au titre du contrat de contre-exportation a eu lieu juste avant l'expiration dudit délai ou a été retardée pour des motifs justifiés, les parties puissent achever l'opération comme prévu. La convention de compte bloqué pourra aussi prévoir, outre l'expiration d'une période convenue, *les circonstances qui* entraîneront la clôture du compte, *par exemple la résiliation* du contrat d'exportation ou de l'accord d'échanges compensés.

3. Lettres de crédit croisées

31. [28] Lorsque les parties veulent bloquer des fonds au moyen de lettres de crédit croisées, il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés contienne des dispositions relatives à la désignation des banques participantes (voir par. *59* ci-après), aux instructions qui doivent leur être adressées pour qu'elles émettent la lettre de crédit d'exportation et la lettre de crédit de contre-exportation et pour qu'elles accordent les crédits correspondants, et aux documents à présenter pour en obtenir le paiement. De plus, il est souhaitable que les parties stipulent que l'expédition et la présentation des documents dans une direction doivent précéder l'expédition et la présentation des documents dans l'autre direction.

a) *Ordre dans lequel les lettres de crédit sont émises*

32. [29] Les parties peuvent convenir que la lettre de crédit de contre-exportation sera émise avant la lettre de crédit d'exportation. Ceci peut être important pour un contre-exportateur qui conclut le contrat d'importation parce qu'il compte être ainsi en mesure de contre-exporter. Parfois, si la lettre de crédit de contre-exportation n'est pas émise et si, de ce fait, la contre-exportation n'a pas lieu, l'importateur peut demeurer redevable de certains frais associés à l'importation qu'il avait l'intention de couvrir par prélèvement sur le produit de la contre-exportation (par exemple, une commission versée à un tiers pour la revente des marchandises achetées au titre du contrat d'exportation). Afin de protéger les intérêts de l'exportateur qui accepte que la lettre de crédit de contre-exportation soit émise avant la lettre de crédit d'exportation, les parties peuvent convenir que le paiement de la lettre de crédit de contre-exportation sera subordonné à la présentation d'un document attestant que la lettre de crédit d'exportation a été émise.

33. [30] Les parties peuvent dans certains cas décider que la lettre de crédit de contre-exportation ne sera émise que lorsque les fonds correspondant à la lettre de crédit d'exportation seront disponibles pour en couvrir le montant. Pour se prémunir contre le risque qu'une fois la lettre de crédit d'exportation émise la lettre de crédit de contre-exportation ne le soit pas, les parties voudront peut-être envisager de faire figurer une clause pénale dans l'accord d'échanges compensés.

b) *Instructions relatives à l'utilisation des fonds*

34. [31] Dans ses instructions relatives à l'émission de la lettre de crédit d'exportation, l'importateur devrait exiger que, parmi les documents à présenter pour obtenir le paiement, figurent des instructions irrévocables de l'exportateur d'affecter les fonds provenant de la lettre de crédit d'exportation au paiement de la lettre de crédit de contre-exportation sur présentation des documents d'expédition de la contre-exportation. Les instructions concernant l'émission de la lettre de crédit de contre-exportation devraient indiquer que le paiement doit s'effectuer avec les fonds provenant de la lettre de crédit d'exportation.

35. [32] *En raison du lien établi entre le produit de la lettre de crédit d'exportation et celui de la lettre de crédit de contre-exportation, le* choix quant à la *méthode* de paiement *de la lettre de crédit d'exportation* est limité au paiement à vue et au paiement différé. *Le paiement par lettre de change, autre option utilisée dans la pratique pour différer le paiement d'une lettre de crédit,* est incompatible avec l'objectif du mécanisme de paiements liés qui caractérise les lettres de crédit croisées. *Lorsqu'une lettre de change est utilisée pour payer le bénéficiaire de la lettre de crédit, la banque tenue de payer accepterait la lettre de change émise par l'importateur en faveur du bénéficiaire de la lettre de crédit. Une telle lettre de change donne au bénéficiaire une possibilité de transfert par endossement en faveur d'un tiers.* Si la *lettre de change* était *endossée en faveur d'*un tiers, *la banque ayant émis* la lettre de crédit d'exportation *et ayant accepté la lettre de change serait*

tenue de payer le porteur *de la lettre de change* (et l'importateur serait tenu de rembourser la *banque ayant émis la lettre de crédit d'exportation*) indépendamment du *système de paiement par lettres de crédit croisées*. Si la lettre de crédit d'exportation est payable à vue, la *banque ayant émis ladite lettre* reçoit un mandat irrévocable de conserver les fonds jusqu'à une date donnée pour payer la lettre de crédit de contre-exportation. Si la lettre de crédit d'exportation est à paiement différé, la banque qui l'émet reçoit pour instructions d'affecter les fonds en provenant, à la date de paiement, au paiement de la lettre de crédit de contre-exportation.

36. [33] Il est souhaitable que les instructions relatives à l'émission de la lettre de crédit d'exportation stipulent que les fonds correspondants seront versés à l'exportateur si la contre-exportation n'a pas lieu. Si la lettre de crédit d'exportation est payable à vue, le montant en sera versé à l'exportateur si les marchandises de contre-exportation n'ont pas été expédiées à la date convenue. S'il s'agit d'une lettre de crédit à paiement différé, l'on pourra stipuler que le montant en sera payé à l'exportateur si, à la date de paiement, le contre-exportateur n'a pas présenté les documents requis. Des fonds seront également versés à l'exportateur si le montant de la lettre de crédit d'exportation dépasse le montant nécessaire pour couvrir la lettre de crédit de contre-exportation. Si l'on prévoit que tel sera le cas, il est souhaitable que l'importateur donne mandat à l'établissement émetteur de la lettre de crédit d'exportation de payer à l'exportateur toute somme pouvant venir en excédent du montant nécessaire pour couvrir la lettre de crédit de contre-exportation.

c) *Dates d'expiration*

37. [34] Il est souhaitable que la lettre de crédit de contre-exportation vienne à expiration dans un délai raisonnable après l'expiration de la lettre de crédit d'exportation. Si les deux lettres de crédit viennent à expiration le même jour ou à des dates très rapprochées, il est à craindre, dans le cas où l'expédition et la présentation des documents en exécution du contrat d'exportation ont eu lieu à la dernière minute, qu'il ne reste pas suffisamment de temps pour procéder à l'expédition et à la présentation des documents en exécution du contrat de contre-exportation.

D. Compensation des créances réciproques

1. Observations générales

38. [35] Les parties peuvent convenir que les créances qu'elles détiennent l'une sur l'autre en raison des expéditions effectuées dans chaque direction feront l'objet d'une compensation. Ainsi, *aucun versement en argent n'est effectué, mais la somme des créances découlant des livraisons dans une direction est compensée par celle des créances découlant des livraisons dans l'autre direction. Si un solde apparaît lors de cette compensation, il peut être réglé par livraison de marchandises supplémentaires ou par un versement. Dans certains Etats, les arrangements de compensation sont soumis à autorisation des pouvoirs publics.*

39. [36] Ce mécanisme peut être utilisé lorsqu'une seule expédition est prévue dans chaque direction ou lorsque plusieurs expéditions dans chaque direction doivent s'étaler sur une longue période. La présente section examine le mécanisme que les parties peuvent utiliser pour la compensation des créances relatives aux diverses expéditions. Ce système, appelé "compte de compensation" dans le présent guide, est en pratique désigné par plusieurs autres termes, y compris "compte de règlement" ou "compte courant".

40. [37] Un compte de compensation peut être administré par les parties elles-mêmes ou par une banque. L'intervention d'une banque peut être exigée par la loi. Les parties peuvent aussi avoir recours à une banque parce qu'elles souhaitent que le compte de compensation soit débité et crédité sur présentation de documents d'expédition examinés conformément aux procédures habituellement utilisées par les banques. De plus, lorsque l'on fait appel à une banque pour gérer un compte de compensation, celle-ci peut accepter de garantir l'obligation *d'une partie* de régler *le solde* dont elle *pourra être débitrice* à l'occasion des opérations d'échanges compensés.

41. [38] Le mécanisme de compensation peut être constitué par deux comptes, ouverts le premier dans une banque du pays d'une partie et le second dans une banque du pays de l'autre. On peut aussi utiliser un seul compte géré par une seule banque; d'autres banques peuvent intervenir, que ce soit pour l'acheminement des documents ou l'émission ou la notification de lettres de crédit.

42. [39] Lorsque deux banques participent au système de compensation des créances réciproques, elles concluent généralement un accord interbancaire. Cet accord peut couvrir certains des points déjà envisagés dans l'accord d'échanges compensés tout en arrêtant les dispositions techniques relatives au compte de compensation. L'accord d'échanges compensés peut renvoyer à l'accord interbancaire, en indiquant que les modalités techniques du fonctionnement des comptes seront détaillées dans un accord interbancaire entre les banques participantes. Bien que normalement les parties aux opérations d'échanges compensés ne signent pas l'accord interbancaire, il est souhaitable, afin que les dispositions de celui-ci ne soient pas incompatibles avec celles de l'accord d'échanges compensés, qu'elles participent à son élaboration (la question des accords interbancaires est examinée aux paragraphes *60 et 61* ci-après).

43. [*Nouveau paragraphe*] Dans un certain nombre de législations nationales, les accords de compensation des créances découlant d'une relation commerciale sont considérés comme un type distinct de contrat mettant en jeu les deux parties à la relation commerciale et un tiers chargé de gérer l'enregistrement des créances mutuelles. On utilise notamment pour désigner de tels contrats des expressions telles que "*compte courant*", "*cuenta corriente*" ou "*Kontokorrent*", bien que certains de ces termes désignent également les comptes sur lesquels les banques détiennent les fonds d'un client. Ces législations nationales régissent des questions telles que les obligations du tiers administrant la compensation, les effets de l'inscription d'une créance sur le compte de compensation, les mesures nécessaires pour que prenne effet la compensation des

créances réciproques, la possibilité de contester une créance donnée ou le solde des créances réciproques, ou l'effet de l'insolvabilité ou de la faillite d'une partie sur les diverses inscriptions au compte de compensation.

44. [40] Le guide juridique ne traite pas des accords-cadres conclus entre Etats pour favoriser les échanges mutuels dans le cadre d'un compte de compensation entre les autorités bancaires. Dans le cas de tels accords, la valeur des livraisons dans chaque direction est consignée dans une monnaie ou une unité de compte pour faire ensuite l'objet d'une compensation entre les autorités bancaires étatiques. Les commerçants de chaque pays concluent des contrats directement entre eux mais soumettent leurs créances à leurs banques centrales ou banques pour le commerce extérieur respectives et sont payés en monnaie locale. De même, les acheteurs payent leurs banques centrales ou banques pour le commerce extérieur respectives en monnaie locale pour leurs importations. De tels mécanismes de compensation, qui peuvent faire partie de mesures économiques destinées à promouvoir les échanges, ne relèvent pas du guide juridique étant donné que les contrats de fourniture conclus sous l'empire de l'accord-cadre dans chaque direction ne sont pas contractuellement liés entre eux.

2. *Accord d'échanges compensés*

a) *Inscriptions au crédit et au débit du compte*

45. [41] Les parties voudront peut-être stipuler que *les inscriptions sur le compte seront déclenchées par la présentation* de documents. L'accord d'échanges compensés devra dans ce cas indiquer quels documents doivent être présentés par le fournisseur pour obtenir un crédit. Le type de documents à fournir sera fonction du moment de l'exécution du contrat de fourniture auquel les parties souhaitent que le compte soit crédité au profit du fournisseur. Il peut s'agir notamment de factures, listes de colisage, certificats de qualité ou de quantité, connaissements ou autres documents de transport, de documents attestant que les marchandises ont été dédouanées dans le pays de réception ou acceptées par l'acheteur, ou de tout autre document spécifié dans les contrats de fourniture. Les parties voudront peut-être aussi convenir des mentions que devra contenir toute déclaration que le fournisseur sera tenu de faire pour que l'opération lui soit créditée (par exemple, numéro du bordereau de commande, date de l'expédition, indication du type, de la quantité et de la valeur des marchandises, nombre et poids des colis, détails relatifs au transport et référence au compte de compensation).

46. [42] Lorsqu'il est convenu que le compte sera débité ou crédité en fonction de certains événements dans le pays de destination (par exemple le dédouanement ou l'acceptation par l'acheteur), les parties pourront souhaiter tenir parallèlement au compte un état des expéditions déjà en transit mais non encore dédouanées ou acceptées par l'acheteur, l'intérêt d'un tel état étant de faire apparaître les créances qui seront portées sur le compte une fois les marchandises en transit dédouanées ou acceptées par l'acheteur et, partant, de permettre aux parties d'appliquer avec plus de souplesse certaines dispositions du mécanisme de compensation (par exemple en ce qui concerne la limitation du solde — par. *53* ci-après — et le règlement *de ce* solde — par. *54 à 56* ci-après). Elles pourront par exemple convenir de suspendre l'application des dispositions limitant le montant du solde débiteur compte tenu de la valeur des marchandises en transit pour permettre à une partie, qui autrement ne pourrait plus recevoir de marchandises, de continuer d'en recevoir.

47. [43] Si le mécanisme de compensation ne comprend qu'un compte, les parties peuvent décider que c'est sur présentation des documents convenus à la banque que le compte sera crédité ou débité. Un système de compensation comprenant deux comptes pourrait fonctionner comme suit : par l'intermédiaire de sa banque l'acheteur transmet à la banque du fournisseur une copie du bon de commande et tous autres documents visés dans l'accord d'échanges compensés ou sur le bon de commande. Lorsqu'elle reçoit ces documents, la banque du fournisseur débite le compte de l'acheteur et adresse les documents à la banque de l'acheteur accompagnés d'un relevé concernant la date effective du débit. Cette date, selon ce que prévoit l'accord interbancaire, peut par exemple être celle de l'expédition des documents par la banque du fournisseur à celle de l'acheteur. Lorsqu'elle reçoit les documents, la banque de l'acheteur crédite le compte du fournisseur d'un montant correspondant.

48. [44] Comme le compte de compensation sert à enregistrer la valeur des expéditions et non à effectuer des paiements, il n'est pas nécessaire d'utiliser des lettres de crédit. Lorsqu'on en utilise, c'est plutôt pour assurer le respect des procédures établies d'examen des documents d'expédition que pour transférer des fonds. Dans de tels cas, *les dispositions de l'accord d'échange compensés concernant les ordres à donner aux banques émettrices devraient être alignées sur la version révisée actuelle des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires élaborée par la Chambre de commerce internationale, que les banques incorporent habituellement dans leurs formulaires de lettres de crédit.*

b) *Calcul des articles de compte*

49. [45] L'accord d'échanges compensés devra indiquer dans quelle monnaie ou unité de compte la valeur des livraisons sera exprimée (par. *58* ci-après). De plus, les parties voudront peut-être préciser si les intérêts calculés sur le montant d'un solde doivent être inscrits au compte de compensation. Elles peuvent en outre indiquer si le compte ne pourra être crédité ou débité que sur présentation des documents d'expédition ou s'il pourra également l'être sur la base d'une créance découlant de la livraison de marchandises défectueuses ou d'une expédition tardive. Si le compte ne peut être crédité ou débité que sur présentation des documents d'expédition, les créances découlant de l'exécution défectueuse des contrats de fourniture devront être réglées indépendamment du mécanisme de compensation. Mais, si les parties conviennent que ces créances affecteront le solde du compte de compensation, il est souhaitable qu'elles indiquent quels types de documents devront être présentés pour modifier ce solde. L'accord d'échanges compensés peut par exemple exiger la

présentation d'une sentence arbitrale, ou d'une déclaration de la partie fautive, indiquant le montant en cause.

50. [46] Pour mettre le mécanisme de compensation à l'abri des incertitudes pouvant résulter des prélèvements fiscaux, les parties et les banques peuvent convenir que les impôts *ne figureront pas sur le compte de compensation*; ceci afin de faciliter la réalisation de l'objectif d'équilibrage des échanges du mécanisme de compensation en permettant de créditer la valeur totale d'une expédition donnée.

c) *Relevés de compte*

51. [47] *Il est bon d'envisager* la manière dont la ou les banques participantes *feront rapport sur* l'état du compte de compensation *aux parties aux opérations et à toute autre banque participante.* Il est particulièrement important *de s'accorder sur ce point* lorsqu'une banque tient le compte au nom des deux parties. Lorsqu'il y a deux banques, la question des relevés peut être traitée dans l'accord interbancaire. Les parties devront notamment se mettre d'accord sur la fréquence des relevés, leur contenu et le moment où ils seront établis, sur la procédure de contestation et sur le délai à l'expiration duquel un relevé ne peut plus être contesté et est réputé accepté.

d) *Vérification périodique*

52. [48] Pour réduire au minimum la possibilité d'erreurs ou d'écarts dans le compte de compensation, les parties peuvent convenir de vérifier à dates fixes la valeur des expéditions dans les deux directions qui a été portée sur le compte. La détermination du solde peut se fonder par exemple sur le dernier relevé de compte accepté et les sommes portées au crédit ou au débit du compte selon la manière convenue depuis que ce relevé a été établi. Les parties pourront souhaiter préciser dans quel délai la procédure de vérification doit être achevée (en sept jours, par exemple).

e) *Limitation du montant du solde*

53. [49] Les parties peuvent convenir qu'à aucun moment elles ne *devraient* avoir sur le compte de compensation un solde créditeur ou débiteur dépassant une limite convenue. Lorsqu'on fixe une telle limite (parfois appelée "*swing*"), aucune écriture ne peut être passée au crédit ou au débit du compte qui porterait le montant du solde au-delà de la limite fixée. On peut aussi prévoir que, si le solde dont une partie se trouve débitrice atteint la limite convenue parce qu'elle a accepté des marchandises sans en expédier elle-même en quantités suffisantes, les expéditions de marchandises à cette partie seront suspendues, *ou qu'un solde de compensation dépassant la limite doit être réglé par un virement.* Les expéditions et l'inscription des débits correspondants reprendront une fois le solde débiteur ramené dans les limites autorisées.

f) *Règlement du solde*

54. [50] Il est souhaitable que, dans l'accord d'échanges compensés, les parties s'entendent sur la manière dont *sera réglé tout solde découlant de la valeur des livraisons dans les deux directions qui subsiste à la fin de sous-périodes de la période d'exécution ou à la fin de la période d'exécution.*

55. [50] En ce qui concerne *le solde à la fin d'une sous-période,* les parties peuvent convenir *qu'il sera reporté sur la sous-période suivante. Il peut également être convenu que seul un solde inférieur à une limite spécifiée sera reporté sur la sous-période suivante et que le* solde excédant la limite devra être réglé en espèces ou sous forme de livraisons de marchandises dans un délai déterminé, plus court que la sous-période en question. Cette limitation du montant du solde pouvant être reporté vise à réduire le risque d'accumulation d'un solde *élevé* qu'il serait difficile de régler à la fin de la période d'exécution.

56. [51] *Pour ce qui est du solde subsistant* à la fin de la période d'exécution, *il peut être convenu qu'il* sera réglé par un transfert de fonds dans un délai déterminé. Ou bien, les parties peuvent convenir *que le solde sera réglé après la fin de la période d'exécution par la livraison de marchandises durant une période supplémentaire déterminée. S'il subsiste un solde à l'expiration de ce délai supplémentaire, il peut être convenu qu'il sera* réglé par un transfert de fonds dans un délai convenu.

g) *Garantie du paiement des soldes*

57. [52] Lorsque deux banques participent au système de compensation, chacune d'entre elles peut garantir l'obligation de son client de régler tout solde dont celui-ci peut être débiteur. Lorsqu'un seul compte est tenu par une seule banque au nom des deux parties, cette banque peut garantir le règlement du solde au bénéfice de celle des parties qui en est créditrice. Les parties peuvent convenir de partager les frais afférents à cette garantie. Le montant de la garantie du paiement du solde est normalement limité au montant du solde autorisé. (Ces garanties sont examinées de manière plus approfondie au chapitre XII, "Garantie de bonne exécution", par. *[38] à [45].*) Les parties doivent toutefois avoir conscience que dans certains cas la remise des sommes réclamées au titre de telles garanties sera subordonnée à un examen et une autorisation préalables des autorités cambiaires. Il est parfois possible d'obtenir de ces autorités une autorisation préalable pour la remise des fonds au titre de la garantie.

E. Questions communes à tous les mécanismes de paiements liés

1. Monnaie ou unité de compte

58. [53] Les parties doivent indiquer dans quelle monnaie ou unité de compte le système de paiement fonctionnera. Un facteur particulièrement important à cet égard est la stabilité des taux de change de la monnaie choisie. Pour cette raison, les parties voudront peut-être choisir une unité de compte (par exemple, le DTS (droit de tirage spécial), l'ECU (unité de compte européenne) ou l'unité de compte de la Zone d'échanges préférentiels des Etats d'Afrique de l'Est et d'Afrique australe). Il est aussi souhaitable de choisir une monnaie qui soit parmi celles dans lesquelles le

prix des marchandises devant faire l'objet des opérations est généralement exprimé. Dans le cas d'un compte de compensation, la monnaie dans laquelle le compte est libellé fait fonction d'unité de compte, parce qu'aucun paiement n'est effectué si ce n'est pour régler *un solde débiteur*. Les parties peuvent donc ouvrir un compte de compensation dans une monnaie qu'elles n'utiliseraient pas si elles devaient effectuer un paiement à chaque expédition.

2. Désignation des banques

59. [54] Les parties peuvent, dans l'accord d'échanges compensés, désigner la ou les banques qui géreront les mécanismes de paiement et émettront les lettres de crédit y relatives. A défaut de désigner nommément une banque, les parties pourront par exemple convenir qu'il s'agira d'une banque établie dans un pays donné, qu'elle devra être agréée par les deux parties et qu'elle devra accepter de servir des intérêts sur les fonds qu'elle détient au titre du mécanisme de paiement.

3. Accord interbancaire

60. [55] Lorsqu'une banque intervient de chaque côté de l'opération d'échanges compensés, les banques participantes peuvent conclure un accord interbancaire concernant les aspects procéduraux et techniques du mécanisme de paiement. Un tel accord pourra notamment envisager les questions suivantes : relevés de compte; procédure de notification des intérêts échus; fréquence des relevés d'intérêts; communications interbancaires pour l'indication des montants débités et crédités et la transmission des documents; procédures de vérification des articles des comptes; frais bancaires; et modification et cession de l'accord interbancaire. Si les parties aux opérations d'échanges compensés ne sont pas normalement parties à l'accord interbancaire, compte tenu du rôle de ce dernier dans le fonctionnement du système de paiements, elles ont intérêt à s'assurer de son contenu. Il est donc souhaitable qu'elles consultent leurs banques afin que les clauses de l'accord interbancaire relatives au paiement soient compatibles avec celles de l'accord d'échanges compensés.

61. [56] L'entrée en vigueur et la durée de l'accord interbancaire peuvent être liées à l'entrée en vigueur de l'accord d'échanges compensés afin que le mécanisme de paiement fonctionne lorsque l'opération d'échanges compensés est effectuée. Il est souhaitable de prévoir le maintien en vigueur de l'accord interbancaire après l'expiration ou la résolution de l'accord d'échanges compensés afin de régler tout solde pouvant subsister. Pour avoir la possibilité d'approuver l'accord interbancaire, les parties peuvent convenir avec les banques participantes que l'entrée en vigueur de cet accord sera subordonnée à leur approbation. Dans certains pays, cette entrée en vigueur peut être subordonnée à l'approbation des autorités cambiaires ou autres autorités compétentes.

4. Transfert des fonds inutilisés ou excédentaires

62. [57] Il est souhaitable que les parties prévoient que les sommes provenant de l'exportation seront versées à l'exportateur ou affectées selon ses instructions si la contre-exportation n'intervient pas à la date convenue. Pour dissiper toute crainte que peut avoir l'importateur que délibérément l'engagement d'échanges compensés ne soit pas exécuté, il peut être convenu qu'un montant équivalent à la somme que l'exportateur peut devoir sera retenu ou transféré à un tiers, à titre de dommages-intérêts, dommages spécifiques ou pénalités pour la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés, en attendant le règlement d'un différend sur la responsabilité de la non-exécution de cet engagement.

63. [58] Une disposition similaire peut être prévue en ce qui concerne la partie des sommes provenant des exportations qui dépasse le montant requis pour couvrir le prix de la contre-exportation. Le transfert des fonds inutilisés doit aussi faire l'objet d'une disposition lorsqu'il est prévu qu'une partie seulement des fonds provenant du contrat d'exportation sera retenue (par exemple en tant qu'acompte sur le prix de la contre-exportation) et que le solde du prix de la contre-exportation sera payé lorsqu'il deviendra exigible.

5. Paiements ou livraisons supplémentaires

64. [59] Les parties peuvent anticiper une différence dans la valeur ou le volume de leurs expéditions réciproques, de sorte que les fonds provenant d'une expédition dans une direction seront insuffisants pour payer l'expédition dans l'autre direction. Dans de tels cas, il est souhaitable qu'elles décident si la différence sera réglée par le biais de livraisons additionnelles ou versée en espèces.

6. Commissions et frais bancaires

65. [60] Il est souhaitable que, dans l'accord d'échanges compensés, les parties envisagent la question du paiement des frais bancaires afférents au fonctionnement du mécanisme de paiement. Pour simplifier le fonctionnement du mécanisme, elles peuvent convenir que les commissions et frais bancaires ne seront pas comptabilisés séparément des sommes relatives à l'expédition des marchandises. Lorsqu'une seule banque agit pour le compte des deux parties, celles-ci peuvent convenir de partager les frais bancaires pour moitié. Lorsque deux banques participent à l'opération, les parties peuvent convenir que les frais facturés par chaque banque seront à la charge de la partie qui en est cliente. *Par exemple, il peut être convenu que les frais d'émission d'une lettre de crédit seront à la charge de* l'acheteur et les frais de négociation et de confirmation, s'il y a lieu, *seront à la charge du fournisseur. Les frais relatifs aux extensions* ou autres modifications des lettres de crédit pourront être supportés par la partie qui en est responsable.

F. Paiements dans le cadre des opérations d'échanges compensés multipartites

1. Observations générales

66. [61] Un ou plusieurs tiers peuvent intervenir dans une opération d'échanges compensés. Il peut s'agir, outre l'exportateur et l'importateur, d'un tiers contre-importateur

ou d'un tiers contre-exportateur ("échanges compensés tripartites") ou même à la fois d'un tiers contre-importateur et d'un tiers contre-exportateur ("échanges compensés quadripartites") (voir chap. VIII, "Participation de tiers", par. ___ à ___). L'intervention d'un tiers contre-importateur peut être nécessaire lorsque l'importateur a besoin de vendre des marchandises pour obtenir les fonds qui lui permettront de payer les importations, et que l'exportateur n'est pas intéressé par les marchandises offertes par l'importateur ou n'est pas en mesure de les acheter. Il peut être fait appel à un tiers contre-exportateur lorsque l'importateur lui-même n'a pas de marchandises qui intéressent l'exportateur.

67. [62] Si les parties conviennent que les paiements au titre des contrats d'exportation et de contre-exportation s'effectueront de manière autonome, l'intervention de tiers dans une opération d'échanges compensés ne soulève pas, du point de vue des paiements, de questions particulières aux échanges compensés. Il en va différemment si les fonds résultant du contrat entre deux parties données (par exemple l'importateur et l'exportateur) doivent être utilisés pour payer un contrat entre deux parties dont l'une au moins est différente (par exemple l'importateur et le tiers contre-importateur). Dans tels cas, comme on l'explique dans les deux paragraphes ci-après, ce n'est pas à la partie qui lui fournit les marchandises, mais à un tiers, que la partie qui les reçoit en paie le prix ou expédie des marchandises.

68. [63] Dans une opération d'échanges compensés tripartite comprenant un tiers contre-importateur, l'importateur, au lieu de transférer des fonds à l'exportateur dans le cadre du contrat d'exportation, livre des marchandises au contre-importateur et est réputé avoir payé les importations à concurrence de la valeur des marchandises qu'il a ainsi livrées. Le contre-importateur, quant à lui, paie à l'exportateur une somme correspondant à la valeur des marchandises qu'il a reçues du contre-exportateur. De même, dans une opération tripartite comprenant un tiers contre-exportateur, l'importateur effectue un virement au profit du contre-exportateur en paiement des marchandises expédiées au contre-importateur et ce dernier (exportateur) accepte que sa créance au titre du contrat d'exportation soit compensée par la valeur des marchandises qu'il a reçues en contre-exportation.

69. [64] Dans une opération d'échanges compensés quadripartite, à savoir lorsque le contre-exportateur est distinct de l'importateur et le contre-importateur distinct de l'exportateur, l'exportateur expédie des marchandises à l'importateur et ce dernier, au lieu de payer l'exportateur, paie au contre-exportateur un montant équivalent à la valeur des marchandises qu'il a reçues de l'exportateur. Le contre-exportateur est payé pour les marchandises expédiées au contre-importateur par les sommes qu'il reçoit de l'importateur. Le contre-importateur paie à l'exportateur un montant correspondant à la valeur des marchandises reçues du contre-exportateur.

70. [65] Dans une opération d'échanges compensés multipartite, le système de paiements peut être structuré de manière à éviter les paiements internationaux. Ceci est possible entre un importateur et un exportateur lorsque l'importateur et le tiers contre-exportateur ou l'exportateur et le tiers contre-importateur sont établis dans le même pays. Lorsque le contre-exportateur et le contre-importateur sont tous deux des tiers, les paiements internationaux peuvent être évités si l'exportateur et le contre-importateur sont tous deux établis dans un pays et si l'importateur et le contre-exportateur sont tous deux établis dans un autre pays. En l'absence de virements internationaux, les paiements s'effectuent en monnaie locale entre les parties de chaque côté de l'opération.

71. [66] Dans les opérations d'échanges compensés multipartites, outre les dispositions relatives aux paiements figurant dans l'accord d'échanges compensés et dans les contrats d'exportation et de contre-exportation, des accords sont également conclus entre l'exportateur et le contre-importateur ou entre l'importateur et le contre-exportateur en ce qui concerne le paiement en monnaie locale de l'équivalent de la valeur des marchandises reçues et le paiement d'une commission. De plus, les banques participantes peuvent conclure un accord en ce qui concerne le mécanisme de paiement.

72. [67] Si l'un des contrats de fourniture prévus dans une opération d'échanges compensés multipartite n'est pas conclu ou exécuté comme prévu, il sera impossible d'utiliser le produit du contrat entre deux parties pour payer un contrat entre deux autres parties. Vu cette interdépendance des contrats de fourniture, il importe que des mesures soient prises pour garantir aux parties que les obligations en vertu de l'opération seront exécutées comme convenu. Aussi est-il souhaitable que les obligations incombant à chacune des parties soient définies aussi clairement que possible, notamment les obligations concernant la qualité des marchandises, le calendrier des expéditions, le mode et le calendrier de paiement et les instructions à donner aux banques participantes. Afin de renforcer la confiance mutuelle, les parties peuvent convenir de procéder, avant la conclusion de l'opération, à une inspection des marchandises à fournir, de recenser expressément les marchandises à fournir, ou de placer les marchandises sous la garde d'un tiers dans l'attente de leur livraison. Afin de faciliter la coordination des obligations des parties, il est utile de les énoncer dans un accord d'échanges compensés unique conclu par toutes les parties à l'opération. Lorsque toutes les parties à une opération multipartite ne sont pas parties à l'accord d'échanges compensés, il est bon d'inclure dans les contrats de fourniture des dispositions relatives au mécanisme de paiements liés.

73. [*Nouveau paragraphe*] Afin de rendre plus efficace la coordination des obligations des parties à une opération d'échanges compensés multipartite, les parties voudront peut-être convenir, dès le début de l'opération, que certaines dispositions de l'accord d'échanges compensés ou d'un contrat de fourniture ne pourront être modifiées que si toutes les parties à l'opération en conviennent. Les modifications qui devraient être soumises à l'accord de toutes les parties sont notamment celles relatives au calendrier des expéditions, à la méthode de paiement, à la quantité et à la qualité des marchandises et au prix. En outre, les parties voudront peut-être envisager de garantir l'exécution des obligations dans le cadre de

l'opération en convenant de dommages-intérêts spécifiés ou de pénalités ou de l'émission de garanties bancaires indépendantes.

2. *Blocage des fonds dans les opérations d'échanges compensés multipartites*

74. [68] Comme lorsqu'il n'y a que deux parties, les systèmes de comptes bloqués et de lettres de crédit croisées peuvent être utilisés dans les opérations d'échanges compensés multipartites. Les divers aspects de l'utilisation des comptes bloqués et des lettres de crédit croisées sont examinés aux paragraphes *14 à 37* ci-dessus.

75. [69] Lorsqu'un compte bloqué est utilisé dans le cadre d'une opération quadripartite ou d'une opération tripartite comprenant un tiers contre-exportateur, les fonds provenant du contrat d'exportation sont déposés sur un compte bloqué jusqu'à la présentation de documents attestant que le contrat de contre-exportation a été exécuté; ils sont alors transférés au contre-exportateur. Si les documents attestant l'exécution du contrat de contre-exportation ne sont pas présentés dans le délai fixé, les fonds sont transférés à l'exportateur. Pour effectuer les paiements au moyen d'un compte bloqué, l'exportateur et l'importateur concluent une convention de compte bloqué avec la banque choisie pour gérer le compte.

76. [70] Lorsque des lettres de crédit croisées sont utilisées dans le cadre d'une opération tripartite comprenant un tiers contre-exportateur, le contre-importateur (exportateur) émet une lettre de crédit au bénéfice du contre-exportateur (lettre de crédit de contre-exportation). Cette lettre de crédit de contre-exportation est couverte au moyen des sommes provenant de la lettre de crédit émise par l'importateur au bénéfice de l'exportateur (lettre de crédit d'exportation). L'exportateur a accès aux documents d'expédition relatifs aux marchandises contre-exportées en présentant des documents attestant l'expédition au titre du contrat d'exportation et un mandat prescrivant d'utiliser les fonds correspondant à la lettre de crédit d'exportation pour couvrir la lettre de crédit de contre-exportation. De la même manière, dans une opération tripartite comprenant un tiers contre-importateur, les fonds correspondant à la lettre de crédit d'exportation peuvent être utilisés pour couvrir la lettre de crédit de contre-exportation.

77. [71] Lorsque des lettres de crédit croisées sont utilisées dans une opération quadripartite, l'importateur, au bénéfice de qui est émise la lettre de crédit d'exportation, dépose le montant de cette lettre auprès de la banque qui l'a émise. Sur instructions de l'exportateur, les fonds correspondants ne sont pas payés à l'exportateur mais sont bloqués pour couvrir la lettre de crédit de contre-exportation. Sur présentation par le contre-exportateur des documents d'expédition au titre de la lettre de crédit de contre-exportation, les fonds déposés par l'importateur pour couvrir la lettre de crédit d'exportation sont versés au contre-exportateur; de l'autre côté de l'opération, le contre-importateur paie à l'exportateur un montant équivalent à la valeur des marchandises qu'il a reçues. Si le contre-exportateur ne présente pas de documents d'expédition au titre de la lettre de crédit de contre-exportation, les fonds déposés par l'importateur pour couvrir la lettre de crédit d'exportation sont transférés à l'exportateur.

[A/CN.9/362/Add.10]

X. RESTRICTIONS A LA REVENTE DES MARCHANDISES

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
A.	Remarques générales	1-8
B.	Devoir d'informer ou de consulter	9-10
C.	Restrictions territoriales et restrictions connexes	11-16
D.	Prix de revente	17-20
E.	Emballage et marquage	21-22
F.	Application à des acheteurs tiers	23-24
G.	Révision des restrictions	25-26

[*Note des rédacteurs.* Le présent projet de chapitre est une version révisée du projet du chapitre X portant le titre "Restrictions à la revente des marchandises", qui a été publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2. On trouve placé entre crochets au début de chaque paragraphe soit le numéro que portait ce paragraphe dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2, soit la mention "nouveau paragraphe". Les parties révisées des paragraphes figurant dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2 sont en italique.]

A. Remarques générales

1. [1] Parfois, les parties conviennent, dans l'accord d'échanges compensés ou dans un contrat de fourniture, de restrictions concernant la revente de la totalité ou d'une partie des marchandises achetées conformément à l'engagement d'échanges compensés. Les restrictions convenues peuvent notamment être les suivantes : limitation du territoire sur lequel l'acheteur peut revendre les marchandises; fixation d'un prix de revente minimum; prescriptions en matière d'emballage et de marquage des marchandises à revendre. Ces restrictions peuvent s'appliquer à la revente des marchandises dans le pays de l'acheteur ou à la réexportation des marchandises. L'accord d'échanges compensés ou un contrat de fourniture peuvent prévoir une combinaison des différents types de restrictions.

2. [2] Les restrictions à la revente ne sont pas propres aux opérations d'échanges compensés. Si elles sont traitées dans le guide juridique, c'est parce qu'elles peuvent revêtir une importance particulière dans ce domaine. Elles peuvent s'inscrire dans la stratégie d'un fournisseur ou du gouvernement qui a organisé l'opération d'échanges compensés, lorsque l'objectif de l'engagement d'échanges compensés est d'augmenter le volume des exportations vers un marché particulier ou d'ouvrir de nouveaux marchés aux marchandises, sans nuire aux marchés existants.

3. [3] Les parties devraient être conscientes du fait que de nombreux systèmes juridiques énoncent des règles impératives concernant les pratiques commerciales restrictives et elles devraient veiller à ce que les restrictions qu'elles envisagent ne soient pas contraires à ces règles. Ces règles impératives peuvent être énoncées dans une loi ou dans divers types de règlements administratifs, *et être interprétées par des décisions de justice*. Les règles de plus d'un pays peuvent s'appliquer. Elles peuvent énoncer des interdictions de caractère général touchant les pratiques qui limitent indûment la concurrence et désavantagent donc les consommateurs ou les concurrents, ou qui nuisent à l'économie nationale. En outre, elles interdisent souvent expressément des types donnés de pratiques commerciales restrictives. Par exemple, de nombreux systèmes juridiques disposent que les accords limitant le droit de revente sont interdits ou peuvent être annulés si le fournisseur imposant la restriction a une position commerciale dominante, si la restriction a pour effet de limiter l'accès aux marchés ou de restreindre indûment la concurrence de toute autre manière, ou si cette restriction a ou peut avoir des effets néfastes sur le commerce ou sur le développement économique. Les accords fixant un prix minimum sont totalement interdits dans certains systèmes juridiques. Dans d'autres, de tels accords ne peuvent être autorisés que pour certains types de marchandises (par exemple, des produits de marque ou de luxe), ou que si certaines conditions sont réunies (par exemple, l'accord de fixation du prix est approuvé par les autorités compétentes, ou il apparaît que les acheteurs ont suffisamment de possibilités d'obtenir des marchandises identiques ou similaires à des prix non soumis à l'accord de fixation d'un prix).

4. [4] Lors de la négociation d'une restriction à la revente des marchandises, *il n'est pas inutile de se rappeler que, en fonction des données commerciales de l'opération, une restriction risque* de réduire le prix que la partie achetant et revendant les marchandises sera disposée à offrir à la partie les fournissant. Ce sera sans doute l'effet d'une clause interdisant la revente des marchandises sur les marchés les plus attrayants, ou d'une clause imposant des conditions de revente qui entraîneraient une augmentation des coûts pour la partie revendant les marchandises.

5. [5] Lorsque les parties envisagent une restriction à la revente, il leur est conseillé d'être aussi précises que possible dans l'accord d'échanges compensés quant à la teneur de la restriction. Faute d'une disposition à cet effet dans l'accord d'échanges compensés, on risque, en demandant que l'achat des marchandises soit assorti de restrictions à la revente, de compliquer la négociation du contrat de fourniture et il peut alors être difficile d'attribuer à l'une ou l'autre des parties la responsabilité en cas de non-conclusion dudit contrat. Lorsqu'il est possible de faire appel à un tiers pour effectuer les achats voulus dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés, *et qu'une restriction à la revente s'applique à l'acheteur tiers, le fournisseur aura tout intérêt à s'assurer* que ce tiers sait que les achats qu'il effectuera seront soumis à une restriction (voir ci-après les paragraphes *23 et 24*).

6. [6] La mesure dans laquelle l'accord d'échanges compensés peut être précis dépend de différents facteurs : le type de marchandises a-t-il été identifié, quelle est la nature de la restriction, dans quel délai les contrats de fourniture seront-ils conclus et des tiers pourront-ils être chargés de revendre les marchandises ? Dans certains cas, il peut être possible de formuler dans l'accord d'échanges compensés une clause de restriction à la revente qui s'appliquera à tous les achats effectués dans le cadre de l'accord. Dans d'autres cas, le fournisseur ne disposera peut-être pas des données voulues au moment de la conclusion de l'accord pour pouvoir déterminer s'il serait souhaitable d'imposer une restriction à la revente, mais il ne souhaitera pas être empêché de soulever ultérieurement la question des restrictions. L'accord d'échanges compensés peut alors n'indiquer que le type, ou l'objet commercial de la restriction envisagée. Par exemple, il peut être convenu que les parties négocieront une limitation des territoires sur lesquels l'acheteur sera autorisé à revendre les marchandises, afin que celles-ci ne soient pas revendues sur les marchés du fournisseur.

7. [7] Dans des circonstances exceptionnelles, l'accord d'échanges compensés peut disposer que l'acheteur ne peut qu'utiliser les marchandises et non les revendre. Une telle restriction peut par exemple être imposée lorsque les marchandises sont fournies à des conditions préférentielles (par exemple, afin d'aider un acheteur dans une situation difficile) ou lorsque le fournisseur est tenu de limiter la distribution des marchandises du fait de leur caractère particulier ou lorsque la revente des marchandises entraînerait la divulgation d'informations que le fournisseur souhaite garder secrètes.

8. [*Nouveau paragraphe*] Les parties à une opération d'échanges compensés font parfois figurer dans l'accord d'échanges compensés des dispositions restreignant la liberté du fournisseur des marchandises de compensation de commercialiser le type de marchandises faisant l'objet de l'opération d'échanges compensés. Une telle restriction

peut avoir pour objet de permettre à l'acheteur de revendre plus facilement les marchandises de compensation, ou de rendre l'opération d'échanges compensés plus profitable pour l'acheteur. Le fournisseur des marchandises de compensation peut, par exemple, accepter de ne pas vendre le même type de marchandises à certains clients, ou sur certains marchés. Il peut aussi accorder à l'autre partie à l'opération d'échanges compensés l'exclusivité de la distribution desdites marchandises. Les parties peuvent aussi convenir que le fournisseur ne commercialisera pas le même type de marchandises à des prix inférieurs à ceux qui sont pratiqués dans l'opération d'échanges compensés. Des restrictions de ce type, visant le fournisseur, peuvent être adoptées lorsque, dans la même opération, l'acheteur a accepté des restrictions à la revente, mais elles peuvent aussi être convenues en l'absence de telles restrictions. La mise en garde formulée dans le présent chapitre (plus haut au paragraphe 3), à savoir que les diverses restrictions à la revente peuvent être contraires aux règles impératives concernant les pratiques commerciales restrictives, s'applique également aux restrictions à la commercialisation visant le fournisseur des marchandises de compensation.

B. Devoir d'informer ou de consulter

9. [8] L'accord d'échanges compensés peut disposer que la partie achetant les marchandises doit informer le fournisseur de certains aspects de la revente des marchandises, tels que le territoire où s'effectuera la revente, le prix de revente, ou l'emballage ou le marquage des marchandises. Ces informations peuvent être utiles au fournisseur, afin de vérifier si les restrictions imposées à l'acheteur sont respectées, de déterminer si la revente des marchandises par l'acheteur permet de leur ouvrir de nouveaux marchés, de décider s'il continuera d'offrir ces marchandises dans le cadre d'opérations d'échanges compensés, de déterminer s'il serait possible d'ouvrir de nouveaux marchés ou d'augmenter les ventes sur les marchés traditionnels en poursuivant les opérations d'échanges compensés avec l'acheteur, ou de planifier ses propres activités de commercialisation ou de production de marchandises identiques ou similaires. Les parties peuvent convenir d'une telle obligation d'informer même lorsqu'elles ne conviennent pas d'une restriction particulière à la revente, *par exemple,* parce que le type de marchandises à acheter n'a pas encore été spécifié au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés.

10. [9] L'accord d'échanges compensés devrait bien préciser si cette obligation d'informer ou de consulter est limitée à la fourniture de renseignements ou a pour objet de permettre des consultations entre l'acheteur et le fournisseur avant la revente. Il est bon de préciser le moment où le fournisseur doit être informé. Si les parties comptent prévoir des consultations avant la revente, l'accord devrait préciser que l'acheteur doit informer le fournisseur suffisamment à temps pour qu'il soit possible d'organiser ces consultations.

C. Restrictions territoriales et restrictions connexes

11. [10] Les parties à une opération d'échanges compensés conviennent parfois de restrictions quant au territoire sur lequel la partie achetant les marchandises dans le cadre de l'accord pourra les revendre. Une telle restriction peut par exemple être imposée lorsque le fournisseur souhaite accéder à de nouveaux marchés, protéger ses marchés, s'assurer que les marchandises sont conformes aux conditions imposées sur les marchés sur lesquels elles doivent être revendues, ou éviter de violer des restrictions fondées sur des brevets détenus par des tiers ou sur des arrangements de licence entre des tiers et le fournisseur concernant la technologie utilisée pour produire les marchandises en question. Parfois, on souhaite éviter d'empiéter sur un droit de distribution exclusive octroyé par la partie fournissant les marchandises. Si le fournisseur a octroyé un tel droit pour un territoire donné, il est entendu qu'il sera tenu de ne pas conclure d'arrangements contractuels portant atteinte à ce droit de distribution exclusive. Parfois, les contrats de distribution exclusive disposent que le distributeur exclusif peut toucher une commission si les marchandises en question sont vendues sur le territoire désigné. Dans ce cas, l'acheteur pourra être tenu, en vertu de l'accord d'échanges compensés, de payer une telle commission au distributeur exclusif.

12. [11] Pour identifier les territoires sur lesquels les marchandises peuvent être revendues, on peut spécifier soit les territoires sur lesquels les marchandises ne peuvent pas être revendues, soit ceux sur lesquels elles peuvent l'être. Une disposition indiquant les territoires sur lesquels les marchandises peuvent être revendues devrait préciser que la revente est interdite sur les territoires qui ne sont pas énumérés. Les parties devraient veiller à utiliser les termes précis. Des expressions générales telles que "Etats des Caraïbes", "Amérique latine", "région du Pacifique", *ou "Europe"*, peuvent être interprétées de manière divergente et seraient donc inappropriées. Les territoires sur lesquels les marchandises pourront être revendues peuvent également être limités à ceux sur lesquels l'acheteur ou une autre source sont à même de fournir des services après vente. Lors de la rédaction des dispositions concernant les territoires de revente, les parties devraient garder présent à l'esprit que le droit de revendre sur des territoires particuliers est distinct de la question de savoir si ce droit est exclusif ou non.

13. [12] Dans certains cas, l'accord d'échanges compensés peut disposer que seule une quantité donnée de marchandises peut être revendue sur un territoire particulier, ou que seule une quantité donnée peut être revendue sans restrictions territoriales. Cela peut être le cas, par exemple, lorsqu'il existe des contingents officiels d'importation ou lorsque l'on souhaite éviter que l'offre ne soit excessive sur les marchés, ou introduire les marchandises sur de nouveaux marchés.

14. [13] Lorsque l'opération d'échanges compensés risque d'aboutir à la revente de marchandises sur des marchés qui ne sont pas des marchés traditionnels du fournisseur, ce dernier peut souhaiter n'autoriser la revente que sur les territoires sur lesquels les marchandises sont couvertes par une assurance-responsabilité du fait des produits, en cas de réclamation pour préjudice corporel ou matériel imputable aux marchandises. Il peut être convenu que la partie achetant les marchandises dans le cadre de l'accord d'échanges compensés et les revendant devra contracter une telle assu-

rance. La souscription de cette assurance peut être dans l'intérêt du fournisseur, car des actions liées à un préjudice résultant de l'utilisation des marchandises peuvent être intentées contre lui. Une clause n'autorisant la revente des marchandises que sur les territoires sur lesquels les marchandises sont couvertes par une assurance-responsabilité du fait des produits pourra notamment être envisagée lorsque les produits achetés doivent être revendus sur un marché où la norme de responsabilité est plus stricte — ou les dédommagements accordés en vertu des lois relatives à la responsabilité du fait des produits considérablement plus élevés — que sur les marchés sur lesquels ces produits sont traditionnellement vendus.

15. [14] Les fournisseurs interdisent parfois aux acheteurs de vendre à des clients ou catégories de clients donnés. Ces restrictions peuvent par exemple être imposées lorsque le fournisseur souhaite se réserver certains clients (par exemple des acheteurs en gros). Ce type de restriction peut aussi avoir pour objet d'empêcher une concurrence qui risquerait d'entraîner une baisse du prix des marchandises. On notera que de telles restrictions à la revente peuvent être contraires aux règles impératives mentionnées *plus haut* (par. 3) interdisant certains types de pratiques commerciales restrictives. Ces restrictions peuvent enfin avoir pour objet d'empêcher la revente à certains acheteurs de marchandises de caractère confidentiel ou dangereux.

16. [15] Les parties conviennent parfois que la revente des marchandises devra être soumise à l'approbation du fournisseur. Cette solution peut, par exemple, être retenue lorsque, de par la nature des marchandises, leur transfert doit être limité (par exemple substances dangereuses ou équipements supposant une formation particulière), ou lorsque le fournisseur, envisageant d'accorder des droits de distribution exclusive, souhaite préserver son droit de limiter la revente des marchandises par l'acheteur une fois que de tels droits auront été octroyés. Cette condition du consentement du fournisseur peut être limitée à des territoires donnés, ou à des catégories données de clients. L'exercice par le fournisseur de son droit à ne pas consentir peut devoir être fondé sur les critères objectifs. Il peut, par exemple, être convenu que l'autorisation ne pourra être refusée que lorsque les marchandises doivent être revendues sur un marché pour lequel un droit de distribution exclusive a été donné, ou lorsque les ventes des marchandises en question par le fournisseur ou ses distributeurs ont déjà atteint un niveau donné.

D. Prix de revente

17. [16] Parfois, les accords d'échanges compensés comportent des dispositions relatives au prix minimum de revente des marchandises. Comme il est indiqué au paragraphe 3 ci-dessus, les parties devraient garder présent à l'esprit que, dans de nombreux Etats, les règles impératives relatives aux pratiques commerciales restrictives n'autorisent la fixation d'un prix de revente minimum que dans des circonstances limitées.

18. [17] Le fournisseur peut souhaiter fixer un prix de revente minimum lorsque les marchandises devant être fournies dans le cadre de l'accord représentent une quantité telle que leur revente risquerait de déstabiliser ou de réduire leur prix. Si, dans la plupart des opérations d'échanges compensés, la quantité des marchandises en jeu n'est pas suffisamment importante pour avoir des effets néfastes sur le prix du marché, dans certains cas, les opérations d'échanges compensés entraînent une augmentation importante et brutale de l'offre de marchandises d'un type donné, ce qui peut avoir pour conséquence de déstabiliser les prix. La fixation d'un prix de revente minimum peut également avoir pour objet de prévenir les ventes à prix réduit pouvant nuire à l'image d'un produit.

19. [18] Un prix de revente minimum peut être fixé dans l'accord d'échanges compensés, ou il peut être convenu que le prix minimum de revente sera fixé après la conclusion de l'accord (par exemple, lors de la conclusion du contrat de fourniture, ou après qu'un volume donné de marchandises aura été revendu). Dans le cadre d'une opération d'échanges compensés à long terme, les parties peuvent convenir que le prix minimum de revente sera fixé périodiquement. L'accord d'échanges compensés devrait bien préciser quels sont les frais et dépenses qui doivent être inclus dans le prix minimum fixé (par exemple, frais de transport, prime d'assurance ou taxes). Si le prix minimum doit être fixé après la conclusion de l'accord, les parties voudront peut-être se fonder, pour le déterminer, sur une norme objective, telle que celles qui sont utilisées pour fixer le prix des marchandises entre les parties à l'accord. Parmi ces normes, on peut citer le prix sur le marché des marchandises du type en question, le prix des concurrents ou le prix payé par le client le plus favorisé du fournisseur (voir le chapitre VII, "Etablissement du prix des marchandises", par. 11 à 20).

20. [19] Les parties ne souhaiteront peut-être pas fixer un prix de revente minimum dans l'accord d'échanges compensés, lorsque les marchandises sont de qualité standard, par exemple des produits de base, et sont vendues sur des marchés ouverts, car le prix du marché risquerait d'être inférieur au prix de revente minimum fixé dans l'accord. Un acheteur lié par un prix minimum supérieur au prix du marché éprouverait des difficultés à revendre les marchandises, ou serait même dans l'impossibilité de le faire. Pour éviter de telles difficultés, les parties voudront peut-être disposer que le prix de revente minimum doit suivre les mouvements du prix des marchandises en question sur le marché. Ainsi, le prix minimum pourrait être fixé compte tenu de normes objectives du type mentionné au paragraphe précédent.

E. Emballage et marquage

21. [20] L'accord d'échanges compensés peut énoncer des conditions quant au type d'emballage ou de marquage à utiliser pour la revente des marchandises. Ainsi, l'acheteur peut être tenu de réemballer ou de remarquer les marchandises, ou de revendre les marchandises dans leur emballage et avec leur marquage originaux. La question de l'emballage ou du marquage peut être importante, car l'un des objectifs des opérations d'échanges compensés est d'introduire des marchandises sur des marchés non traditionnels. L'emballage et le marquage peuvent avoir des incidences sur la commercialisation des marchandises sur ces marchés et ils

doivent être conformes aux règles en la matière. Par exemple, l'accord d'échanges compensés peut disposer que les marchandises seront vendues sous le nom commercial du fournisseur, ou dans un emballage particulier, que l'emballage devra indiquer les ingrédients et la composition des marchandises, ou leur origine, ou qu'il devra comporter un mode d'emploi, sous une forme particulière.

22. [21] Les parties devraient veiller à ce que les conditions énoncées dans l'accord à propos de l'emballage et du marquage ne soient pas contraires aux règles *impératives du lieu où* les marchandises doivent être revendues. *Par exemple, il arrive que l'origine des marchandises doive être indiquée, ou que la modification de certains éléments du marquage ou de l'emballage soit interdite, ou encore que certaines règles s'appliquent du fait des lois régissant la protection du consommateur ou de l'environnement.* Même lorsque l'accord ne prescrit rien quant à l'emballage ou au marquage, l'acheteur devra peut-être réemballer ou remarquer les marchandises lorsque l'emballage et le marquage initiaux ne sont pas conformes aux règles applicables dans le pays où les marchandises doivent être revendues.

F. Application à des acheteurs tiers

23. [22] Lorsqu'il est possible à la partie qui s'est engagée à acheter les marchandises de faire appel à un tiers pour effectuer les achats, le fournisseur voudra peut-être veiller à ce que la restriction à la revente énoncée dans l'accord d'échanges compensés soit respectée par le tiers. A cette fin, il peut souhaiter inclure dans l'accord d'échanges compensés une disposition aux termes de laquelle la partie s'engageant initialement à acheter les marchandises sera tenue d'incorporer la restriction à la revente dans le contrat par lequel elle fera appel au tiers. En outre, il est souhaitable que le fournisseur inclue cette restriction dans le contrat de fourniture conclu avec le tiers, ou dans l'accord aux termes duquel le tiers s'engage auprès du fournisseur à conclure ultérieurement un contrat de fourniture (voir le chapitre VIII, "Participation de tiers", par. [15] et [16]). Ainsi, le tiers sera directement responsable envers le fournisseur en cas de non-respect de la restriction à la revente.

24. [23] Comme il est noté au chapitre VIII, "Participation de tiers", paragraphe [25], la partie s'engageant initialement à acheter les marchandises peut être responsable, en vertu de l'accord d'échanges compensés, en cas de revente des marchandises par le tiers en violation d'une restriction énoncée dans l'accord. Aussi cette partie aura-t-elle intérêt à reprendre dans son contrat avec le tiers toute restriction à la revente énoncée dans l'accord d'échanges compensés. En outre, elle pourra peut-être inclure dans son contrat avec le tiers une clause d'indemnisation par laquelle le tiers s'engagera à l'indemniser au cas où elle serait responsable envers le fournisseur du fait d'une violation par le tiers d'une restriction à la revente (on trouvera un examen des clauses d'indemnisation au chapitre VIII, par. [33]).

G. Révision des restrictions

25. [24] Les opérations d'échanges compensés à grande échelle prévoient souvent l'achat et la revente de marchandises sur une longue période, durant laquelle les circonstances commerciales et les intérêts des parties peuvent évoluer sensiblement. C'est pourquoi il peut être bon de prévoir dans l'accord d'échanges compensés une révision des restrictions convenues. On peut convenir soit d'une révision périodique, soit d'une révision sur la demande d'une partie. Lorsque la révision a lieu sur la demande d'une partie, l'accord d'échanges compensés peut indiquer quels types de changements de circonstances habiliteront une partie à demander une révision. *Même lorsque l'accord d'échanges compensés ne comporte pas de clause de révision, dans certains systèmes juridiques, les parties seraient tenues de réexaminer la restriction visée en cas de changement important des circonstances dans lesquelles s'inscrit l'opération d'échanges compensés.*

26. [25] C'est au vu de la nature de la restriction que l'on peut déterminer si une telle procédure de révision est souhaitable. Par exemple, il peut être plus important de pouvoir modifier une restriction quant au territoire ou quant au prix de revente d'un type donné de marchandise qu'une restriction moins sévère, par exemple l'obligation faite à l'acheteur de consulter le fournisseur avant de revendre les marchandises.

[A/CN.9/362/Add.11]

XI. CLAUSES DE DOMMAGES-INTÉRÊTS SPÉCIFIÉS ET CLAUSES PÉNALES

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
A.	Remarques générales	1-11
B.	Relation entre le recouvrement de la somme convenue et le recouvrement de dommages-intérêts	12
C.	Effets du paiement	13-16
D.	Montant de la somme convenue	17-23
E.	Recouvrement de la somme convenue	24-27
F.	La résiliation de l'accord d'échanges compensés et les clauses prévoyant le paiement d'une somme convenue	28-29

[*Note des rédacteurs*. Le présent projet de chapitre est une version révisée du projet de chapitre XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3. La note entre crochets figurant au début de chaque paragraphe indique qu'il s'agit d'un nouveau paragraphe ou rappelle le numéro sous lequel ce paragraphe figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3. Les révisions de paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3 sont en italique.]

A. Remarques générales

1. [1] Les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales prévoient qu'en cas d'inexécution par une partie d'une obligation spécifiée, *ou d'exécution tardive*, la partie lésée a droit au versement par la partie en faute d'une somme convenue au moment où les parties ont établi leur relation contractuelle. Le versement de la somme convenue peut avoir pour objet, soit de stimuler l'exécution de l'obligation, soit de dédommager du préjudice causé par le défaut d'exécution, soit les deux[1]. *Parfois, les parties conviennent que l'obligation de verser des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité doit être assurée par une garantie (voir le paragraphe 27 ci-après).*

2. [2] Le présent chapitre traite des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales incluses dans les accords d'échanges compensés et couvrant les défauts d'exécution de l'engagement d'échanges *compensés. Le* chapitre ne traite pas directement de l'usage de telles clauses pour stimuler l'exécution des contrats de fourniture s'inscrivant dans le cadre d'une opération d'échanges compensés. Ces clauses sont fréquemment utilisées dans les contrats de vente et dans d'autres types de contrats de fourniture et leur présence dans les contrats de fourniture faisant partie d'une opération d'échanges compensés ne pose pas de problèmes particuliers aux échanges compensés. Néanmoins, l'analyse, dans le présent chapitre, des caractéristiques générales des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales vaut également pour les contrats de fourniture.

3. [*Nouveau paragraphe*] Souvent, les parties veulent que la clause couvre la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés de sorte que le bénéficiaire de la clause, en réclamant la somme convenue en cas de rupture dudit engagement, renoncerait à obtenir l'exécution de l'engagement. Parfois les parties veulent que la clause couvre le retard, de sorte que l'engagement reste à exécuter malgré le paiement de la somme convenue (voir les paragraphes 13 à 16 ci-après).

4. [3] *Il y a obligation* de payer la somme convenue *lorsque la partie qui s'est engagée ne prend pas les mesures déclarées nécessaires dans l'accord d'échanges compensés pour exécuter l'engagement d'échanges compensés. Comme on l'a vu aux paragraphes 35 et 36 du chapitre IV, ces mesures peuvent être soit la conclusion d'un contrat de fourniture, soit une mesure spécifiée à prendre pour exécuter le contrat de fourniture (ouverture de la lettre de crédit ou livraison des marchandises, par exemple).* Si l'engagement d'échanges compensés est réputé exécuté *lors de l'exécution du contrat de fourniture, le défaut d'exécution de ce contrat peut engager la responsabilité* en application tant de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale que *du contrat de fourniture, d'où un chevauchement des recours que les parties souhaiteront peut-être éviter (voir le chapitre IV, par. 36).*

5. [4] L'engagement pris par l'acheteur d'acheter des marchandises peut être couvert par une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale dans l'accord d'échanges compensés, de même que l'engagement pris par le fournisseur de mettre les marchandises à disposition. *La clause peut couvrir l'ensemble ou une partie seulement de l'engagement d'échanges compensés.* Dans de nombreuses opérations d'échanges compensés, ce n'est que l'engagement pris par la partie exportatrice de contre-importer qui fait l'objet d'une telle clause. En effet, cette partie peut souhaiter avant tout exporter ses propres marchandises et ne pas être ainsi disposée à acheter des marchandises en retour. Toutefois, lorsque la partie s'étant engagée à acheter est particulièrement désireuse d'obtenir les marchandises, il peut être convenu que la partie s'étant engagée à fournir paiera une somme convenue au cas où elle ne conclurait pas un contrat de fourniture. Lorsque les deux parties souhaitent vivement qu'un contrat de fourniture soit conclu, il peut être convenu que l'engagement des deux parties fera l'objet d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale.

6. [5] *Lorsqu'il est convenu au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés qu'une partie devrait avoir droit à un dédommagement pécuniaire si l'autre partie n'exécute pas l'engagement d'échanges compensés, un accord sur des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité* présente certains avantages. Premièrement, la somme constitue une indemnité convenue en cas de défaillance, ce qui permet aux parties d'éviter les problèmes et dépenses auxquels il peut falloir faire face pour prouver l'ampleur du préjudice. Ces dépenses peuvent être considérables, surtout si la partie lésée doit établir qu'elle a subi un préjudice devant une instance judiciaire ou arbitrale. En outre, le montant des dommages-intérêts susceptible d'être accordé à la suite d'une procédure judiciaire ou arbitrale peut être incertain (voir le chapitre XIII, "*Défaut d'achèvement* de l'opération d'échanges compensés", *paragraphe 12*). La somme convenue est, quant à elle, certaine, et cette certitude peut être utile aux deux parties lorsqu'il s'agit d'évaluer les risques que leur fait courir l'accord d'échanges compensés. En outre, cette

[1]On trouvera des études sur la nature et le fonctionnement des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales dans les contrats internationaux dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, volume X : 1979*, deuxième partie, I, C et *ibid., volume XII : 1981*, deuxième partie, I, B, 1. Les "Règles uniformes relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution" (ci-après dénommées "Règles uniformes"), qui ont été adoptées par la Commission, figurent dans le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa seizième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-huitième session, supplément n° 17* (A/38/17), annexe I (elles sont également reproduites dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, volume XIV : 1983*, première partie, I, A). Par sa résolution 38/135, du 19 décembre 1983, l'Assemblée générale a recommandé aux Etats de mettre en application, le cas échéant, les Règles uniformes, sous la forme d'une loi type ou d'une convention. Les Règles uniformes peuvent être utilisées *par les parties pour rédiger des* clauses de dommages-intérêts spécifiés et *des* clauses pénales.

somme convenue peut constituer la limite de responsabilité pour non-exécution de l'engagement d'échanges compensés. La partie dont l'engagement est couvert par la clause peut ainsi savoir à l'avance le montant maximum de la responsabilité qu'elle encourra en cas de défaut d'exécution (voir toutefois le *paragraphe 12* ci-après, relatif à la possibilité d'intenter une action pour percevoir des dommages-intérêts en sus de la somme convenue). *Cependant, une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale peut être une solution moins attrayante lorsque l'un des objets de l'opération d'échanges compensés est d'éviter un transfert de devises.*

7. [6] De nombreux systèmes juridiques comportent des règles régissant les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales, règles qui limitent souvent ce que les parties peuvent obtenir grâce à de telles clauses. Dans certains systèmes juridiques, les clauses fixant une somme convenue pour encourager l'exécution de l'engagement sont nulles et la partie en défaut n'est tenue qu'à verser des dommages-intérêts en application du droit commun. Ces systèmes juridiques ne reconnaissent que les clauses par lesquelles les parties, au moment du contrat, fixent une somme payable en réparation du préjudice imputable à un défaut d'exécution. Dans d'autres systèmes juridiques, toutefois, les clauses prévoyant le versement d'une somme convenue, soit à titre de réparation, soit pour encourager l'exécution, soit pour ces deux fins à la fois, sont en principe valables. Les tribunaux ont pouvoir, dans des cas spécifiés, de réduire le montant convenu, notamment s'il est manifestement excessif eu égard aux circonstances, ou s'il y a eu exécution partielle. Ils ont en outre pouvoir d'accorder des dommages-intérêts supplémentaires, lorsque le préjudice effectif dépasse la somme convenue. Dans ces systèmes juridiques, les parties peuvent ne pas être autorisées à s'affranchir de ces pouvoirs conférés au tribunal.

8. [7] Une partie qui s'est engagée peut ne pas s'acquitter de son engagement en raison d'un empêchement permanent ou temporaire dont elle n'est pas responsable (ces empêchements sont traités au chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", paragraphes *13 à 36*). Dans de nombreux systèmes juridiques, la règle est que la somme convenue n'est pas due si le défaut d'exécution de l'obligation en question est imputable à un empêchement permanent, dont la partie qui s'est engagée n'est pas *responsable. Cette* approche *est conforme à la règle sur l'exonération de la responsabilité pour défaut d'exécution qui figure* à l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). On se reportera également à l'article 5 des Règles uniformes relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution (voir note 1). Si un empêchement ne fait obstacle que temporairement à l'exécution d'une obligation, selon une règle énoncée dans nombre de systèmes juridiques, le délai d'exécution de l'obligation est prolongé. En cas d'empêchement temporaire, le paiement au titre de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale ne sera dû que pour l'engagement d'échanges compensés non exécuté, après expiration du délai d'exécution prolongé. L'accord d'échanges compensés peut préserver l'applicabilité de ces règles et énoncer des dispositions définissant les empêchements exonératoires et prévoyant une règle permettant de déterminer quand un empêchement est considéré comme permanent (voir le chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", paragraphes *17 à 34*).

9. [8] Il faut distinguer les clauses de dommages-intérêts spécifiés ou les clauses pénales de deux autres types de clauses, les clauses limitant le montant des dommages-intérêts recouvrables et les clauses instituant des obligations alternatives. La clause limitant le montant des dommages-intérêts recouvrables fixe un montant maximum payable si la responsabilité est établie. Le demandeur doit prouver le montant de son préjudice et, s'il est inférieur au maximum, seul le montant prouvé est recouvrable. Dans le cas des clauses de dommages-intérêts spécifiés ou des clauses pénales, la somme convenue est recouvrable sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve du préjudice. La clause prévoyant une obligation alternative donne à la partie s'étant engagée le choix entre deux options : soit s'acquitter de l'obligation spécifiée, soit payer une somme convenue. En choisissant l'une ou l'autre de ces options, la partie se libère de son obligation. Dans les clauses de dommages-intérêts spécifiés ou les clauses *pénales, la* partie s'étant engagée *ne peut choisir* entre *exécuter l'obligation et* payer la somme *convenue. S'il* subsiste des doutes quant à la question de savoir si cette partie aurait un tel choix, il est bon de régler cette question dans la clause.

10. [9] Les clauses examinées dans le présent chapitre doivent également être distinguées des dispositions des accords d'échanges compensés instituant l'obligation de *corriger* par des paiements en espèces tout déséquilibre des échanges dans le cas de contrats de troc, ou prévoyant que les créances réciproques doivent être compensées. Les paiements effectués pour remédier à un déséquilibre des échanges ont pour fonction de payer des marchandises qui ont été livrées dans une direction et qui n'ont pas été compensées par des livraisons dans l'autre direction. En outre, le montant de ces paiements n'est pas stipulé à l'avance comme dans le cas des dommages-intérêts spécifiés ou des pénalités. (Les clauses relatives au règlement des déséquilibres dans les contrats de troc sont examinées au chapitre III, "Approche contractuelle", *paragraphe 7*, et les clauses relatives aux arrangements de compensation le sont au chapitre IX, "Paiement", paragraphes *54 à 57*.)

11. [10] Comme il est indiqué au chapitre VIII, "Participation de tiers", la partie s'étant engagée à acheter ou à fournir des marchandises peut avoir le droit de recourir à un tiers pour s'acquitter de cet engagement. Dans certains de ces cas, il est convenu que la partie s'étant initialement engagée doit rester responsable de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Le contrat par lequel le tiers est recruté peut alors disposer que ce dernier doit verser des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité à la partie ayant pris l'engagement initial, au cas où il ne s'acquitterait pas de son engagement d'acheter ou de fournir des marchandises. Le paiement de la somme convenue aurait alors pour objet d'indemniser la partie ayant pris l'engagement initial lorsqu'elle serait tenue responsable *d'une rupture* de l'engagement d'échanges compensés pour des raisons imputables aux tiers. Cette indemnisation par le tiers de la partie ayant pris l'engagement initial peut également pren-

dre la forme d'une clause "d'indemnisation" du type examiné au *paragraphe 37* du chapitre VIII. Tout engagement de conclure des contrats de fourniture qui est pris par le tiers directement envers la partie avec laquelle ces contrats de fourniture doivent être conclus peut également faire l'objet d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale. (La question du recrutement de tiers est traitée au chapitre *VIII, paragraphes 6, 17 et 18* (acheteurs tiers) et *paragraphes 49 à 51* (fournisseurs tiers).)

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

12. [11] Les systèmes juridiques traitent souvent de la relation entre le recouvrement de la somme convenue et le recouvrement de dommages-intérêts. Puisque l'un des objectifs de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale est d'éviter aux parties d'avoir à déterminer l'ampleur du préjudice à réparer (voir le *paragraphe 6* ci-dessus) dans certains systèmes juridiques, la partie à laquelle la somme convenue est due n'est pas autorisée, dans les cas où le préjudice réparable en application des règles relatives aux dommages-intérêts dépasserait la somme convenue, à renoncer à la somme convenue et à demander des dommages-intérêts. La partie devant la somme convenue n'est pas non plus autorisée, dans les cas où le préjudice réparable serait inférieur à la somme convenue, à faire valoir qu'elle ne devrait être tenue de verser que des dommages-intérêts. Dans d'autres systèmes juridiques, toutefois, la partie à laquelle la somme convenue est due est autorisée à prouver que le préjudice subi dépasse la somme convenue. Dans ces systèmes, la partie lésée peut, outre la somme convenue, recouvrer des dommages-intérêts couvrant la portion du préjudice non compensée par la somme convenue, soit sans conditions, soit sous réserve que certaines conditions soient remplies (par exemple, il faut que le défaut d'exécution soit dû à la négligence, ou qu'il y ait eu intention de causer un préjudice, ou qu'il ait été expressément convenu que des dommages-intérêts pourront être recouvrés pour le préjudice dépassant la somme convenue). Vu ces divergences entre les systèmes juridiques et les différentes manières dont une clause de dommages-intérêts spécifiés peut être interprétée, il est souhaitable que les parties, dans la mesure autorisée par la loi applicable, règlent dans la clause la question de savoir si la partie lésée sera habilitée à recouvrer des dommages-intérêts en sus de la somme convenue (Règles uniformes, article 7 — voir la note 1). (La question de la compensation monétaire en cas de défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés est traitée au chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", paragraphes *11 et 12*.)

C. Effets du paiement

13. [12] Les parties doivent traiter d'une importante question : *en réclamant la somme convenue, le bénéficiaire de la clause renonce-t-il à obtenir l'exécution de l'obligation principale* ? Souvent, les parties *à des opérations d'échanges compensés considèrent que le bénéficiaire qui, en cas de rupture de l'engagement d'échanges compensés, choisit de réclamer la somme convenue ne peut pas alors réclamer aussi l'exécution de l'engagement d'échanges compensés.* Cependant, comme les parties disposent parfois que la somme convenue est payable en cas de retard dans l'exécution de l'engagement, *auquel cas l'engagement d'échanges compensés reste à exécuter malgré* le paiement de la somme convenue, il est souhaitable que la clause de dommages-intérêts spécifiés ou la clause pénale comporte une disposition précise concernant les effets du paiement de la somme convenue. *Faute d'une* telle disposition, les effets du paiement seront déterminés par la loi *applicable et en fonction des faits* permettant d'éclairer l'intention des parties (par exemple, le montant de la somme convenue) (Règles uniformes, article 6 — voir la note 1).

14. [Nouveau paragraphe] Il convient de noter que la nature de l'obligation en question peut être un critère déterminant quant à l'exigibilité de son exécution. On notera en particulier que l'exécution d'une obligation de fournir des services ne serait peut-être pas exigée selon les législations de certains Etats, le dédommagement pécuniaire sous forme de dommages-intérêts restant alors le seul recours.

15. [13] Les parties peuvent souhaiter prévoir le paiement d'une somme convenue en cas de retard lorsqu'il est particulièrement important que l'engagement d'échanges compensés soit exécuté avant une date spécifiée ou que les différentes portions de l'engagement soient exécutées selon un calendrier convenu. Le fournisseur peut souhaiter une telle clause, par exemple, lorsque l'exécution à temps de l'engagement d'échanges compensés dans une direction est essentielle pour lui permettre de faire face à ses obligations de paiement liées au contrat de fourniture dans l'autre direction. Quant à l'acheteur, il peut souhaiter une telle clause lorsqu'il s'est engagé à revendre les marchandises à une date donnée. (*La question* du montant de la somme convenue payable en cas de retard *est examinée plus avant à la section D* ci-après.)

16. [14] La question des effets du paiement d'une somme convenue se pose également lorsque le paiement est dû pour défaut d'exécution d'une portion de l'engagement d'échanges compensés pendant une sous-période du délai d'exécution. Dans ces cas, il est bon de préciser si un paiement est dû en vertu de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale pour toute portion non exécutée de l'engagement d'échanges compensés qui n'est pas reportée ou qui n'est toujours pas exécutée à l'expiration du délai général d'exécution, ou si un paiement est dû pour toute portion non exécutée de l'engagement qui est reporté d'une sous-période à la suivante.

D. Montant de la somme convenue

17. [15] Le montant des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité, *qu'il soit prévu pour la non-exécution ou pour l'exécution tardive de l'engagement d'échanges compensés,* peut être un montant absolu ou un pourcentage de la valeur de l'engagement non exécuté. Un calcul sur la base d'un pourcentage de l'engagement non exécuté présente l'avantage de réduire automatiquement le montant au fur et à mesure que l'engagement est exécuté. S'il y a une garantie *indépendante* de paiement de la somme convenue (voir le *paragraphe 27* ci-après), *vu cette*

indépendance, toute réduction du montant qui pourrait devenir exigible n'entraînerait pas une réduction automatique du montant de ladite garantie. Par conséquent, pour que le montant de la garantie reste proportionné à l'obligation principale, il est souhaitable d'indiquer dans la garantie que toute réduction *dans l'engagement d'échanges compensés* doit entraîner, *sur présentation des documents convenus,* une réduction correspondante du montant de la garantie (voir le chapitre XII, "Garantie de bonne exécution", paragraphes *25 et 26*). *Dans le cas d'une garantie accessoire, une réduction de l'obligation principale entraînerait une réduction automatique du montant dû au titre de la garantie (voir le chapitre XII, paragraphe 3).*

18. [19] Lorsque la clause de dommages-intérêts spécifiés ou la clause pénale s'applique également en cas de retard, la somme convenue est souvent fixée de manière graduelle, un montant spécifié étant dû pour un retard spécifié. Dans ces cas, il est souhaitable de plafonner la somme cumulée de ces montants. Les parties voudront peut-être traiter du cas où l'engagement ne serait toujours pas exécuté après que le plafond a été atteint. Elles peuvent par exemple disposer que le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale n'est habilité à recouvrer ni de nouveaux montants en vertu de cette clause, ni des dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi du fait du défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés après la date à laquelle le plafond a été atteint. Selon une autre approche, après que le plafond est atteint, le bénéficiaire de la clause peut toujours être habilité à exiger l'exécution de l'engagement. Dans ce cas, les parties peuvent convenir que, si la partie ayant pris l'engagement ne s'en acquitte pas dans un délai convenu après que le plafond a été atteint, le bénéficiaire de la clause sera habilité à réclamer une somme convenue supplémentaire pour non-exécution de l'engagement. Quelle que soit l'approche retenue, il est bon de disposer que le bénéficiaire de la clause est habilité à résilier l'engagement une fois que le plafond des versements pour retard est atteint.

19. [16] La détermination du montant approprié de la somme convenue présente certaines difficultés. Dans une opération d'échanges compensés à long terme, il peut être difficile d'estimer, lors de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, le préjudice qui pourra être subi lorsque surviendra un défaut d'exécution et, par conséquent, il peut être difficile de quantifier la somme convenue de manière qu'elle ait effectivement valeur de dédommagement, ou qu'elle soit suffisante pour stimuler l'exécution. Pour le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale, la somme convenue ne devrait pas être fixée à un niveau tellement bas qu'il subisse un important préjudice dont il ne serait pas dédommagé en cas de défaut d'exécution de l'engagement par l'autre partie. En outre, si la somme est inférieure au montant que la partie ayant pris l'engagement économiserait en ne s'acquittant pas de son engagement, cette partie ne serait pas incitée à s'acquitter de façon appropriée et en temps voulu de ses obligations, bien au contraire. [*La phrase ci-après est une version révisée de la première phrase du paragraphe 18 du document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3.*] Le bénéficiaire de la clause peut juger utile que la somme convenue soit fixée à un niveau qui lui assure un dédommagement raisonnable et qui, dans la mesure autorisée par la loi, incite aussi raisonnablement l'autre partie à s'acquitter de son engagement.

20. [18] Les montants excessifs sont à éviter, car ils risquent de faire renoncer des partenaires commerciaux éventuels à conclure un accord d'échanges compensés. Ils risquent également de rendre plus difficile la recherche de tiers disposés à participer à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sous réserve d'une clause "d'indemnisation" (voir le *paragraphe 11* ci-dessus, ainsi que le chapitre VIII, "Participation de tiers", *paragraphe 37*). En outre, un montant excessif peut fort bien n'avoir aucun effet dissuasif s'il apparaît que, selon toute probabilité, il sera annulé ou réduit à la suite d'une action en justice (voir le *paragraphe 7* ci-dessus). De plus, si une partie s'étant engagée à acheter des marchandises doit accepter une somme convenue particulièrement importante, elle peut en compensation demander une réduction du prix des marchandises qu'elle doit acheter, ou demander un prix plus élevé pour ses propres marchandises.

21. [18] Lorsque la loi applicable dispose que la somme convenue ne peut servir que de réparation, les parties devraient s'efforcer d'évaluer aussi exactement que possible le préjudice potentiel. [*La phrase ci-après est une version révisée du paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3.*] *Les* parties devraient garder présent à l'esprit que, *selon une telle loi,* le monant de la somme convenue pourrait être considéré par un tribunal comme un facteur important pour déterminer si l'obligation de payer la somme convenue *avait* pour objet de dédommager d'un préjudice ou de stimuler l'exécution (voir le *paragraphe 7* ci-dessus). Aussi convient-il de conserver tous les documents sur lesquels on s'est fondé pour les estimations et les calculs de manière à pouvoir prouver que la somme en question n'a pas été fixée arbitrairement. En outre, les parties voudront peut-être inclure dans l'accord d'échanges compensés une déclaration précisant que le montant fixé dans la clause représente une estimation de bonne foi du préjudice qui serait subi en cas de *rupture* de l'engagement d'échanges compensés.

22. [18] Pour déterminer quel montant serait raisonnable *pour qu'une somme convenue couvre la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés,* les parties peuvent se fonder sur des facteurs tels que le prix que le fournisseur obtiendrait en vendant ailleurs ses produits, le prix que l'acheteur aurait à payer pour acheter ailleurs les produits, le préjudice qui pourrait résulter de la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés, l'ampleur du risque de non-exécution de l'engagement et le fait que le montant doive être suffisamment important pour stimuler l'exécution.

23. [*Nouveau paragraphe*] Pour déterminer quel montant serait raisonnable pour qu'une somme convenue couvre un retard dans l'exécution d'un engagement d'échanges compensés, les parties peuvent tenir compte des circonstances qui ont influé sur la décision d'inclure une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale dans l'accord d'échanges compensés (voir le paragraphe 15 ci-dessus). Par exemple, si l'importateur compte sur des contre-exportations dans les délais voulus pour rembourser un prêt bancaire, la base sur laquelle sera fixé le montant de la somme convenue peut être constituée

par les frais financiers qui devront être encourus du fait d'achats tardifs dans le cadre de l'accord d'échanges compensés. Si le contre-importateur doit être le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale, les conséquences qu'aurait pour celui-ci le fait de ne pouvoir revendre à une date donnée les marchandises faisant l'objet de l'accord d'échanges compensés seraient sans doute un facteur à prendre en considération.

E. Recouvrement de la somme convenue

24. [20] Les parties voudront peut-être disposer que la partie lésée perd le droit de réclamer la somme convenue si elle ne la réclame pas dans un délai donné suivant l'expiration du délai d'exécution (par exemple 30 jours). Cette disposition a pour objet de résoudre les problèmes liés à la responsabilité en cas de *défaut d'exécution* de l'engagement d'échanges compensés dans un délai raisonnable suivant l'expiration du délai d'exécution. Le délai de réclamation devrait être suffisamment long pour permettre aux parties de déterminer s'il y a eu ou non défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Ce point est particulièrement important lorsque l'exécution de l'engagement suppose que des mesures soient prises peu de temps avant la fin du délai d'exécution, ou lorsque des contrats de fourniture doivent être conclus avec des personnes autres que la partie envers laquelle l'engagement a été pris.

25. [21] Lorsque le délai d'exécution est divisé en sous-périodes, il est bon que l'accord d'échanges compensés indique si le paiement de la somme convenue est dû à la fin de chaque sous-période durant laquelle il y a eu défaut d'exécution, ou seulement à la fin du délai général d'exécution. Si le paiement est dû à la fin de chaque sous-période, il serait possible de prévoir après l'expiration de chaque sous-période un délai durant lequel le paiement de la somme convenue peut être réclamé (voir le paragraphe précédent).

26. [22] Les actions en justice *qu'il pourrait être nécessaire d'intenter* pour recouvrer la somme convenue sont longues et coûteuses. Il est possible de réduire le risque de se voir contraint d'intenter de telles actions en autorisant, dans l'accord d'échanges compensés, le bénéficiaire à déduire la somme convenue des fonds de l'autre partie qui lui ont été remis ou *à compenser la créance correspondant à la somme convenue avec* des sommes dues par le bénéficiaire à cette autre partie. Par exemple, lorsqu'il est convenu que le produit du contrat d'exportation doit être conservé pour payer le contrat de contre-exportation, il peut être convenu que le contre-exportateur retiendra un montant équivalant à la somme convenue si le contre-importateur n'honore pas son engagement de conclure un contrat d'achat des marchandises contre-exportées (voir le chapitre IX, "Paiement", paragraphes *12 et 62*). Lorsque le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale ne retient pas ainsi le produit d'une expédition, il peut aussi être assuré d'obtenir paiement de la somme convenue en étant autorisé à la déduire de fonds ou de créances non liés à l'opération d'échanges compensés en question. On notera toutefois que, dans certains systèmes juridiques, il existe des règles impératives régissant les dispositions autorisant de telles déductions *et compensations. Une règle de ce type, que l'on trouve dans les lois d'un certain nombre d'Etats, énonce qu'une compensation n'est autorisée que si les créances à compenser découlent des relations commerciales entre les parties.* En outre, une déduction *ou une compensation* peut être ultérieurement annulée si la somme convenue déduite *ou compensée* est par la suite jugée excessive par un tribunal et réduite.

27. [23] Le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale peut souhaiter inclure dans l'accord d'échanges compensés une disposition selon laquelle l'autre partie doit faire en sorte qu'une institution financière donne une garantie en ce qui concerne la somme convenue. Le bénéficiaire peut alors demander la somme convenue à cette institution en application des dispositions de la garantie. *De telles garanties sont généralement indépendantes, mais la possibilité d'utiliser une garantie accessoire n'est pas exclue. Les garanties indépendantes, leurs différences par rapport aux garanties accessoires et les éventuelles conditions de paiement des garanties sont* traitées au chapitre XII, "Garantie de bonne exécution", *en particulier aux paragraphes 3, 4 et 18.*

F. La résiliation de l'accord d'échanges compensés et les clauses prévoyant le paiement d'une somme convenue

28. [24] Les parties voudront peut-être disposer que, lorsqu'une somme convenue est payable pour retard sous forme de versements plafonnés (voir le *paragraphe 18* ci-dessus), l'engagement d'échanges compensés ne pourra être résilié, tant que le plafond n'aura pas été atteint, au motif du défaut d'exécution couvert par la somme convenue.

29. [25] Les parties voudront peut-être aussi disposer que la résiliation, après que le plafond a été atteint, ne doit pas avoir d'effets sur l'obligation de verser des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité dus avant la résiliation. Cela permettrait d'éviter les ambiguïtés imputables au fait que, dans certains systèmes juridiques, la résiliation du contrat a des effets sur les obligations dues avant ladite résiliation. Si toutefois l'engagement d'échanges compensés est résilié avant que le plafond ne soit atteint (par exemple lorsque le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale résilie l'engagement pour un défaut d'exécution autre que celui couvert par la somme convenue), les parties voudront peut-être disposer que la résiliation n'exerce pas d'effets sur le droit de recouvrer une somme convenue due à la date de la résiliation, mais qu'aucun montant ne sera dû à titre de paiement d'une somme convenue après la résiliation.

[A/CN.9/362/Add.12]

XII. GARANTIE DE BONNE EXÉCUTION

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
A.	Remarques générales	1-6
B.	Dispositions relatives à la garantie dans l'accord d'échanges compensés	7-39
	1. Choix du garant	10-16
	2. Conditions d'obtention du paiement de la garantie	17-22
	3. Montant de la garantie et réduction du montant	23-26
	4. Moment de l'établissement de la garantie	27-30
	a) Lors de l'entrée en vigueur de l'accord d'échanges compensés ou peu de temps après	27-28
	b) Plus tard, durant la période d'exécution	29-30
	5. Durée de la garantie	31-36
	a) Date d'expiration	31-33
	b) Renvoi de l'instrument de garantie	34
	c) Prolongation	35-36
	6. Modification ou résiliation de l'accord d'échanges compensés	37-39
C.	Garantie couvrant un déséquilibre des échanges	40-48
	1. Garantie des expéditions dans une direction	43-47
	2. Garanties mutuelles	48

[*Note des rédacteurs*. Le présent projet de chapitre est une version révisée du projet de chapitre XII, "Garantie de bonne exécution", publié sous la cote A/CN.9/332/Add.7. La note placée entre crochets au début de chaque paragraphe indique qu'il s'agit d'un nouveau paragraphe ou rappelle le numéro sous lequel ce paragraphe figurait dans le document A/CN.9/332/Add.7. Les révisions de paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.7 sont en italique. Un astérisque indique les endroits où un passage a été supprimé sans être remplacé par un nouveau texte.]

A. Remarques générales

1. [1] *Le présent chapitre* est axé sur les garanties (qui reçoivent également d'autres appellations dans la pratique) assurant, dans le cadre d'une opération d'échanges compensés, l'engagement d'échanges compensés. *Les garanties assurant l'exécution de contrats de fourniture individuels ne sont pas expressément traitées car elles ne posent pas de problèmes propres aux échanges compensés. Dans une opération donnée d'échanges compensés, les garanties peuvent être utilisées pour assurer l'obligation d'acheter des marchandises, l'obligation de fournir des marchandises ou ces deux obligations à la fois.* Parfois, une garantie vient assurer l'engagement d'échanges compensés en garantissant un paiement au titre d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale dans le cadre dudit engagement. Les garanties peuvent également être utilisées afin de remédier à des déséquilibres dans les échanges de marchandises (par. *40 à 48* ci-dessous).

2. [2] Le fait d'exiger une garantie peut présenter un avantage de caractère général : empêcher des parties qui ne seraient pas fiables ou qui ne disposeraient pas de ressources financières suffisantes de participer à une opération d'échanges compensés. Les organismes de garantie effectuent en général des enquêtes approfondies sur la partie dont ils doivent garantir les obligations et ne fourniront une telle garantie que lorsqu'ils ont de bonnes raisons de croire que ladite partie pourra s'acquitter effectivement de son obligation. Cela peut être particulièrement intéressant pour les importateurs ou exportateurs qui ne seraient pas à même de déterminer si *un* partenaire est fiable.

3. [3] Selon ses conditions, une garantie peut être soit indépendante de l'obligation principale, soit accessoire. Dans une garantie indépendante, *le garant est tenu de payer lorsque* la partie à laquelle l'obligation *principale* est due (le "bénéficiaire") *lui présente la demande de paiement et tout autre document supplémentaire requis selon les conditions de la garantie. Un document requis peut être, par exemple, une déclaration d'un bénéficiaire selon laquelle la partie qui a fait établir la garantie (le "donneur d'ordre") n'a pas respecté l'obligation principale, une déclaration du bénéficiaire précisant les circonstances qui constituent la non-exécution, ou un certificat ou une décision d'un tiers indiquant que l'obligation principale n'a pas été respectée. Ce tiers, désigné dans la garantie ou conformément à la garantie, peut être, par exemple, un expert, un organe de contrôle, un tribunal arbitral ou un tribunal judiciaire. Avec une garantie indépendante, le bénéficiaire est assuré, sur présentation de la demande et de tout document requis, d'être promptement payé même s'il subsiste un* désaccord entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire quant au respect de l'obligation principale. *Pour déterminer s'il doit ou non payer, le garant n'a pas à enquêter pour savoir si l'obligation principale n'a effectivement pas été exécutée, mais doit seulement vérifier si la demande de paiement et tout document justificatif sont conformes aux conditions spécifiées dans la garantie. (On examine plus avant la question de savoir quelles peuvent être les conditions de paiement au paragraphe 18 ci-après.) S'il y a litige sur la question de savoir si le donneur d'ordre est en droit de récupérer le*

montant payé au motif que l'obligation principale a bien été respectée, ce litige sera réglé dans le cadre d'une procédure ultérieure entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Même si l'obligation de payer incombant au garant est indépendante de l'obligation principale, *la demande de paiement formulée par le bénéficiaire au titre de la garantie peut, dans des circonstances exceptionnelles, être exclue* par la loi applicable à la garantie, notamment lorsque la demande du bénéficiaire est frauduleuse.

4. [4] Dans le cas d'une garantie accessoire, le garant ne doit payer que lorsque le donneur d'ordre ne s'est effectivement pas acquitté de l'obligation garantie. Les garanties accessoires sont appelées dans les lois nationales "cautionnement", "*suretyship*", "*fianza*" ou "*Bürgschaft*". Le garant doit, avant de payer, vérifier si l'obligation principale a été ou non exécutée, afin de déterminer si la demande est justifiée; il est normalement habilité à invoquer tous les moyens de défense que le donneur d'ordre peut invoquer à l'encontre du bénéficiaire.

5. [5] *Le présent chapitre* ne traite que des garanties indépendantes, ce qui ne doit pas être interprété comme une préférence pour ce type de garantie. En général, ce sont les garanties indépendantes qui sont utilisées pour assurer des obligations énoncées dans l'accord d'échanges compensés. Si les donneurs d'ordre préfèrent en général les garanties accessoires, les bénéficiaires répugnent normalement à accepter de telles garanties en raison des retards possibles dans l'obtention du paiement. En outre, les garants, notamment les banques, tendent à préférer les garanties indépendantes, car elles ne souhaitent pas avoir à enquêter pour déterminer si l'obligation principale a été acquittée. Si les divers régimes juridiques régissant les garanties accessoires sont bien définis, les garanties indépendantes, qui sont essentiellement une création de la pratique bancaire et commerciale, ne sont pas encore fermement établies dans *toutes les législations nationales* et elles ne sont pas reconnues uniformément.

6. [6] Dans certains pays, les banques émettent des "lettres de crédit stand-by" qui sont l'équivalent fonctionnel des garanties indépendantes. Aussi l'examen dans le guide juridique des garanties assurant l'exécution des obligations du donneur d'ordre vaut-il également pour les lettres de crédit stand-by.

B. Dispositions relatives à la garantie dans l'accord d'échanges compensés

7. [7] Lorsque les parties décident de recourir à une garantie pour assurer l'engagement d'échanges compensés, elles doivent inclure dans l'accord certaines dispositions fondamentales concernant l'émission et les conditions de la garantie. Les parties peuvent également vouloir envisager de joindre en annexe à l'accord un formulaire de garantie à employer par l'émetteur pour l'établissement de la garantie. Lors de l'élaboration des conditions de la future garantie dans le cadre d'un accord d'échanges compensés, les parties devraient s'assurer que la formulation convenue sera acceptée par le garant.

8. [8] Normalement, c'est l'obligation de la partie s'engageant à acheter qui fait l'objet d'une garantie. Cela *parce que l'objectif* essentiel de cette partie, lorsqu'elle accepte un engagement d'échanges compensés, est d'assurer *la* vente *de ses propres marchandises*, plutôt que d'obtenir des marchandises de l'autre partie. Lorsque la partie qui s'est engagée à acheter les marchandises est particulièrement désireuse d'obtenir ces marchandises, l'engagement pris par le fournisseur de conclure un contrat de fourniture des marchandises convenues peut faire l'objet d'une garantie. *Ainsi qu'on l'a noté au paragraphe 1*, dans certains cas, l'accord d'échanges compensés peut stipuler que l'acheteur comme le fournisseur doivent obtenir des garanties à l'appui de leur engagement. Lorsque les parties à l'accord prévoient qu'un tiers pourra prendre en charge l'engagement d'échanges compensés, elles voudront peut-être étudier si la garantie devrait être obtenue *par le tiers en question ou par la partie s'étant engagée à l'origine* (voir chap. VIII, "Participation de tiers").

9. [9] Lorsque la garantie vient assurer l'obligation du donneur d'ordre au titre d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale, la question de savoir si un paiement au titre de la garantie libérera le donneur d'ordre de son obligation de s'acquitter de l'engagement d'échanges compensés *ou de sa responsabilité pour tout préjudice au-delà du montant de la garantie* sera réglée par les dispositions de ces clauses et par les règles qui leur sont applicables (voir chap. XI, "Dommages-intérêts spécifiés et *clauses pénales", sect. B et C*). Lorsque la garantie ne s'inscrit pas dans le cadre d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale et que les parties souhaitent, comme c'est parfois le cas, que le paiement de la garantie ait pour conséquence de libérer le donneur d'ordre de son engagement d'échanges compensés ou de sa responsabilité pour tout préjudice dépassant le montant payé en vertu de la garantie, elles devraient le préciser dans l'accord d'échanges compensés. Sans une disposition à cet effet, on ne saurait conclure que le paiement de la garantie libérera le donneur d'ordre de son engagement d'échanges compensés ou de toute responsabilité en cas de préjudice. *Il conviendrait en outre de noter que le fait que l'obligation est assurée par une garantie ne donne pas à la partie qui s'est engagée la possibilité de choisir entre exécuter l'obligation contractuelle principale et faire verser le montant de la garantie.*

1. Choix du garant

10. [10] Il sera peut-être bon de spécifier dans l'accord d'échanges compensés un garant qui soit acceptable par les deux parties. Ainsi le bénéficiaire pourra-t-il s'assurer que la garantie sera émise par un garant qui dispose des ressources financières requises et qui est acceptable à tous autres égards. La spécification du garant peut être utile aux deux parties en ce sens qu'elle limitera les désaccords ultérieurs et leur permettra de connaître dès le départ le coût de la garantie.

11. [11] Si le garant n'est pas spécifié au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, les parties peuvent stipuler, par exemple, que le garant sera une banque de renom, sera acceptable au bénéficiaire ou sera une institution du pays d'origine de l'une ou l'autre partie.

12. [12] Le bénéficiaire peut souhaiter que la garantie soit émise par une institution de son pays d'origine, car *il*

pourrait sans doute lui être plus aisé de faire exécuter une demande de paiement adressée à une telle institution plutôt qu'à une institution étrangère. Toutefois, le recours à un garant local *pourrait* présenter des inconvénients, dans la mesure où le donneur d'ordre ne *pourrait* alors s'adresser à un garant avec lequel il a des relations établies et qui pourrait fournir la même garantie à moindre coût. *Par ailleurs, il peut arriver que le garant dans le pays du bénéficiaire exige que le remboursement de tout paiement fait au titre de la garantie soit garanti par une banque agissant au nom du donneur d'ordre, ce qui peut entraîner des dépenses supplémentaires (voir par. 14 ci-après).*

13. [13] Dans certains *Etats*, les règles impératives applicables au bénéficiaire stipulent qu'une garantie ne peut être acceptée que si elle est émise par une institution financière du pays ou une institution financière autorisée à émettre des garanties prévoyant un paiement en devises étrangères, ou si le choix du garant est approuvé par les autorités compétentes.

14. [*Nouveau paragraphe*] Lorsque la garantie doit être émise par une banque dans le pays du bénéficiaire, souvent celle-ci ne l'émettra que si le remboursement est garanti par l'émission d'une contre-garantie. La contre-garantie autorise la banque qui émet la garantie à demander au contre-garant un prompt remboursement conformément aux conditions de la contre-garantie. La contre-garantie sera souvent émise par la banque du donneur d'ordre qui a donné pour instruction au garant d'émettre la garantie.

15. [*Nouveau paragraphe*] Une condition similaire — à savoir, que le paiement soit garanti par une banque dans le pays du bénéficiaire — peut s'appliquer lorsque la garantie prend la forme d'une lettre de crédit stand-by. Cette condition peut être remplie par la confirmation donnée par une banque locale de la lettre de crédit *stand-by* émise par une banque étrangère. La banque confirmatrice sera alors remboursée par la banque émettrice. En outre une garantie est parfois confirmée par une banque dans le pays du bénéficiaire. Dans le cas d'une lettre de crédit stand-by confirmée comme dans celui d'une garantie confirmée, le bénéficiaire a le choix entre demander le paiement à la banque confirmatrice et le demander à la banque émettrice.

16. [14] Dans certains cas, c'est la partie dont l'engagement d'échanges compensés doit être garanti qui s'engage à payer une somme d'argent, appelée "garantie", pour assurer l'engagement d'échanges compensés ou le paiement de dommages-intérêts spécifiés ou de pénalités. L'effet d'une telle "garantie" est le suivant : la partie-garant promet de payer l'autre partie en application des conditions de la garantie sans invoquer de moyens de défense qu'un garant-tiers n'aurait pas pu invoquer et c'est à la partie-garant d'intenter une action en remboursement des sommes versées s'il apparaît que l'obligation principale n'a pas été violée. Une telle garantie pourrait être acceptable par le bénéficiaire à condition qu'elle soit indépendante de l'opération principale et soit émise par une entité dont l'intégrité commerciale et la surface financière sont considérées par le bénéficiaire comme irréprochables. Toutefois, il n'apparaît pas clairement qu'une telle garantie donne au bénéficiaire des droits venant s'ajouter à ceux qui découlent de l'obligation garantie.

2. Conditions d'obtention du paiement de la garantie

17. [15] L'accord d'échanges compensés devrait énoncer clairement les conditions qui doivent être remplies pour que le garant soit tenu de payer, en indiquant notamment tous documents qui devront être soumis à l'appui de l'appel en garantie. *Le manque de clarté accroît les risques de litiges dus à l'incertitude quant à la conformité des documents présentés par le bénéficiaire aux conditions de la garantie.*

18. [16] Les conditions d'une garantie indépendante peuvent énoncer qu'une demande de paiement suffit, *mais une condition supplémentaire peut être* que la demande doit être accompagnée d'une déclaration du bénéficiaire concernant la non-exécution de l'obligation. Une déclaration générale à cet effet peut être suffisante. Le bénéficiaire peut aussi être tenu de donner davantage de détails, notamment sur la nature du non-respect de son obligation par le donneur d'ordre, et de faire valoir qu'il a droit au paiement de la somme demandée et que cette somme n'a pas encore été payée. Outre la demande de paiement, le bénéficiaire peut être tenu de présenter *un document* émis par un tiers relatif à la défaillance du donneur d'ordre; *ce document peut être, par exemple, une attestation d'un expert indépendant,* une sentence arbitrale ou une décision *d'un tribunal de première instance* faisant état de cette défaillance. La garantie peut stipuler que la déclaration d'un tiers ne sera pas nécessaire si le donneur d'ordre admet par écrit sa défaillance. Dans tous ces cas, le garant s'assure simplement que les documents sont conformes *a priori* aux conditions de la garantie et n'est pas tenu d'enquêter sur l'opération sous-jacente. En particulier, il n'a pas à vérifier si les déclarations figurant dans un document sont fondées.

19. [17] Parfois, les parties conviennent que le bénéficiaire doit notifier au donneur d'ordre son intention d'invoquer la garantie et que l'appel en garantie ne peut être fait avant l'expiration d'un délai spécifié suivant la notification. L'objet d'une telle exigence est de permettre au donneur d'ordre de remédier à un manquement ou de régler un désaccord. Selon une condition corollaire, le bénéficiaire sera tenu de soumettre avec la demande de paiement une preuve documentaire attestant que notification a été faite au donneur d'ordre.

20. [18] Lorsque la garantie assure l'obligation de paiement en vertu d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale, les parties voudront peut-être stipuler, parmi les conditions de paiement, que le bénéficiaire doit présenter une déclaration indiquant que le paiement *était* dû en application de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale.

21. [19] Outre les conditions documentaires, une garantie énonce en général des conditions ne se rattachant pas à l'exécution de l'obligation principale. Ces conditions, qui ne supposent pas la présentation d'un document, portent le plus souvent sur le délai dans lequel une demande doit être présentée, le montant de la garantie et l'établissement du garant dans lequel la demande doit être présentée.

22. [20] Il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés non seulement spécifie l'accord des parties

concernant la garantie, mais stipule également que le bénéficiaire n'est habilité à demander le paiement de la garantie que s'il y a effectivement défaut d'exécution de l'engagement. Une telle disposition peut faciliter le remboursement au donneur d'ordre de tout préjudice subi au cas où une demande de paiement *est* acceptée sans qu'il y ait eu violation de l'obligation principale.

3. Montant de la garantie et réduction du montant

23. [21] Les parties devraient convenir du montant de la garantie, ainsi que de la monnaie dans laquelle elle sera libellée et payable. Le montant est exprimé sous forme d'un montant spécifié ou d'un pourcentage de la valeur de l'engagement non encore exécuté. Si la garantie *doit assurer* un paiement au titre d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale, la clause de garantie figurant dans l'accord d'échanges compensés peut prévoir *que la garantie couvre le* paiement de la totalité des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité, ou d'une portion seulement. Les dommages-intérêts spécifiés ou la pénalité peuvent eux-mêmes représenter un pourcentage donné de l'engagement d'échanges compensés non exécuté. *(En ce qui concerne le montant des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité, voir la section D du chapitre XI.)*

24. [22] Lorsqu'elles détermineront le montant de la garantie ou des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité couverts par la garantie, les parties pourront tenir compte de facteurs tels que l'importance du préjudice qui risque d'être subi en cas de non-exécution et le risque de non-exécution, ainsi que les limites que les garants observent en général dans le cadre de contrats similaires. La facilité avec laquelle le paiement de la garantie *pourrait* être obtenu est également un facteur à prendre en considération. A ce propos, le bénéficiaire peut en général accepter un compromis. Plus les conditions de garantie sont proches de celles d'une garantie à première demande, et donc plus il sera facile d'obtenir paiement, moins le donneur d'ordre *pourrait être disposé à fournir une* garantie *couvrant* un pourcentage élevé de l'engagement d'échanges compensés. Par contre, si les conditions documentaires sont plus difficiles à remplir lorsque le donneur d'ordre n'a pas contrevenu à son engagement (par exemple, dans le cas où une sentence arbitrale ou une décision judiciaire doit être présentée), le donneur d'ordre *pourrait être* disposé à convenir d'un montant plus élevé pour la garantie.

25. [23] Les parties voudront peut-être inclure parmi les conditions de la garantie un mécanisme permettant d'en réduire le montant au fur et à mesure de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. La réduction de ce montant aurait pour avantage de réduire les risques que fait courir la garantie et peut-être donc le coût de cette garantie. Si la garantie assure le paiement de dommages-intérêts spécifiés ou d'une pénalité, les dispositions relatives à sa réduction devraient être conformes à tout mécanisme de réduction applicable au montant des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité.

26. [24] Il est souhaitable que le mécanisme de réduction soit fondé sur la présentation au garant de documents spécifiés attestant l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, sans que ledit garant ne soit tenu de vérifier dans quelle mesure ledit engagement a été exécuté. Il peut s'agir de documents d'expédition, de copies de contrats de fourniture, de commandes, de certificats libératoires ou d'autres documents attestant de l'exécution de l'engagement. Les parties pourront également juger utile de stipuler qui doit émettre les documents et quelle est la partie responsable de leur expédition au garant. Lorsque la période d'exécution de l'engagement est divisée en sous-périodes, les parties voudront peut-être stipuler que la garantie sera réduite du montant alloué à chaque sous-période et non demandé durant le délai convenu.

4. Moment de l'établissement de la garantie

a) *Lors de l'entrée en vigueur de l'accord d'échanges compensés ou peu de temps après*

27. [25] Il est conseillé aux parties de convenir du moment où la garantie doit être émise. Les parties peuvent convenir, par exemple, que la garantie sera émise en faveur du bénéficiaire lorsque l'accord d'échanges compensés entrera en vigueur ou peu de temps après (par exemple, 30 jours après l'entrée en vigueur dudit accord). Les parties peuvent obtenir l'assurance que la garantie sera établie à la date convenue en stipulant que l'accord d'échanges compensés n'entrera pas en vigueur si la garantie n'est pas établie ou que le donneur d'ordre sera considéré comme n'ayant pas respecté son engagement d'échanges compensés si la garantie n'est pas établie dans le délai convenu.

28. [26] Lorsqu'un contrat dans une direction (contrat d'exportation) est conclu en même temps que l'accord d'échanges compensés, les parties pourront convenir que l'émission d'une garantie assurant l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sera une condition de l'entrée en vigueur du contrat d'exportation. Une telle disposition permettrait à l'importateur de ne pas être lié par le contrat d'exportation avant l'émission d'une garantie assurant l'engagement d'échanges compensés.

b) *Plus tard, durant la période d'exécution*

29. [27] Les parties pourront convenir *qu'il n'y aurait lieu d'établir* la garantie qu'à une certaine date durant la période d'exécution, si, à cette date, l'exécution de l'engagement *n'était pas encore* achevée. La date convenue peut être, par exemple, trois mois avant la fin de la période d'exécution, ou trois mois avant la fin de chaque segment annuel lorsque le calendrier d'exécution couvre plusieurs années. Cette approche présente l'avantage suivant : le montant de la garantie peut être calculé en pourcentage de l'engagement d'échanges compensés non exécuté. En calculant le montant de la garantie sur la base des opérations non effectuées, plutôt que de l'ensemble de l'engagement d'échanges compensés, et en limitant la durée pendant laquelle la garantie est en vigueur, on réduira sans doute le risque encouru dans le cadre de la garantie, ainsi que le coût de cette dernière.

30. [28] Puisqu'une telle approche expose le bénéficiaire au risque que la garantie ne soit pas établie, les parties voudront peut-être convenir des droits du bénéficiaire au cas où cela se produirait. Il peut être convenu que le bénéficiaire sera habilité à considérer l'engagement d'échanges com-

pensés comme rompu et à demander paiement en application d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale. En outre, il pourra être convenu que le bénéficiaire aura le droit de déduire le montant des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité de tout montant dû en vertu du contrat d'exportation après le défaut d'établissement de la garantie.

5. Durée de la garantie

a) *Date d'expiration*

31. [29] Il est souhaitable que les parties *se mettent d'accord sur la clause à inclure dans la garantie au sujet* de la durée pendant laquelle la garantie restera en vigueur. *Il convient de noter que, la garantie étant indépendante de l'accord d'échanges compensés, la clause de cet accord relative à la période de validité de la garantie ne déterminera pas la durée de la garantie, cette durée étant spécifiée dans la garantie elle-même. Les garanties énoncent généralement une date d'expiration fixe. Une autre possibilité serait de* prévoir une garantie sans date limite spécifiée, qui ne serait annulée que lorsque l'engagement *d'échanges compensés aurait été exécuté* ou lorsque la partie s'étant engagée serait de toute autre manière libérée (voir chap. *IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 35 à 37*). On notera que la plupart des garants ne seront disposés à émettre une garantie que si la date d'expiration est déterminée. *On notera aussi que la législation de certains Etats contient des règles impératives régissant la période de validité des garanties.**

32. [30] Il est bon que la date d'expiration de la garantie intervienne après la fin de la période d'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Un délai entre l'expiration de la période d'exécution et l'expiration de la garantie (par exemple 30 jours) permettra au bénéficiaire d'attendre la conclusion des contrats de fourniture jusqu'à l'achèvement de la période d'exécution sans avoir à renoncer à la possibilité de demander paiement de la garantie. En outre, le bénéficiaire pourra, à son gré, autoriser des retards mineurs de la part du donneur d'ordre dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sans renoncer à la possibilité de demander le paiement de la garantie. Dans le même temps, *l'*intervalle, *s'il est maintenu* relativement bref, permettra au garant de se libérer de sa responsabilité dans un délai relativement bref après la non-exécution supposée de l'engagement d'échanges compensés. Les parties voudront peut-être également utiliser une telle approche pour ce qui est des garanties couvrant des sous-périodes de la période d'exécution.

33. [*Nouveau paragraphe*] Faute de disposition définissant dans la garantie l'effet de la date d'expiration, l'interprétation largement répandue est qu'une demande de paiement, accompagnée de tous documents éventuellement requis, doit être faite à la date d'expiration ou avant et que, par conséquent, le garant n'est pas tenu de donner suite à une demande faite après cette date. Cependant, selon l'interprétation des tribunaux de certaines juridictions, sauf disposition contraire, la demande de paiement peut valablement être faite après la date d'expiration, à condition que l'éventualité visée par la garantie donnée se soit produite à la date de paiement ou avant. En vertu d'une telle interprétation, une demande de paiement peut être faite soit dans un délai raisonnable après la date d'expiration soit, selon certains tribunaux, même lorsqu'il y a prescription.

[31]*

b) *Renvoi de l'instrument de garantie*

34. [32] *Dans certains Etats*, une garantie peut rester en vigueur même après la date d'expiration si l'instrument de garantie n'est pas retourné par le bénéficiaire. L'accord d'échanges compensés devrait donc disposer que le bénéficiaire est tenu de retourner la garantie promptement après l'exécution de l'obligation garantie. Toutefois, cette condition devrait être rédigée de manière que l'on ne puisse pas déduire que, si la garantie n'est pas retournée, elle restera en vigueur même après la date d'expiration.

c) *Prolongation*

35. [33] Pour diverses raisons, le délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés peut être prolongé et se poursuivre au-delà de la date d'expiration de la garantie (voir chap. *IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 13 à 16*, concernant la prolongation du délai d'exécution). L'accord d'échanges compensés pourrait stipuler que, si la période d'exécution est prolongée, le donneur d'ordre sera tenu de faire en sorte, dans un délai raisonnable, que la garantie soit prolongée d'autant. On pourra aussi prévoir que la garantie sera automatiquement prolongée en cas de prolongation de la période d'exécution de l'engagement d'échanges compensés convenue par les parties. Toutefois, une telle disposition ne *serait* peut-être pas acceptable au garant, qui ne *tiendrait* pas à être lié par une garantie dont la durée *serait* fonction d'un accord auquel il *ne serait* pas partie.

36. [34] Pour ce qui est du coût de la prolongation de la période de validité de la garantie, les parties voudront peut-être convenir que la partie responsable de la prolongation de la période d'exécution *serait* tenue de supporter les coûts d'une prolongation de la période de garantie.

6. Modification ou résiliation de l'accord d'échanges compensés

37. [35] Dans les *législations nationales* qui reconnaissent un accord des parties tendant à établir une garantie indépendante, une telle garantie restera en vigueur conformément aux conditions stipulées, quelles que soient les modifications subies par l'engagement principal. Si une modification du contrat principal risque d'empêcher d'obtenir les documents requis *pour appuyer une* demande de paiement au titre de la garantie indépendante, il faudrait s'assurer que la modification du contrat principal entraînera une modification correspondante des conditions de la garantie.

38. [36] Dans *certaines législations nationales* qui ne reconnaissent pas entièrement les garanties indépendantes, une modification de l'engagement principal peut avoir pour conséquence de libérer le garant; dans d'autres *législations nationales*, on pourra juger que la garantie ne couvre que

l'engagement du donneur d'ordre tel que défini à la date de l'émission de la garantie. Afin d'éviter tout problème, les parties pourront stipuler que la garantie restera en vigueur même si l'accord d'échanges compensés est modifié.

39. [37] La modification de l'accord d'échanges compensés peut avoir pour conséquence d'augmenter la responsabilité du donneur d'ordre au-delà du montant de la garantie. Les parties voudront peut-être stipuler dans l'accord d'échanges compensés que, dans un tel cas, le donneur d'ordre sera tenu de veiller à ce que le montant de la garantie soit modifié en conséquence.

C. Garantie couvrant un déséquilibre des échanges

40. [38] Les parties peuvent convenir que des marchandises seront expédiées en échange d'autres marchandises et que les expéditions dans chaque direction ne seront pas payées en espèces. Ce type d'opération peut être fondé sur un contrat de troc (voir chap. III, "Approche contractuelle", par. *3 à 8*) ou sur un mécanisme d'équilibrage des demandes de paiement mutuelles (voir chap. IX, "Paiement", *sect. D*). Dans ce cas, le fournisseur court le risque de voir la valeur de ses expéditions dépasser la valeur des marchandises reçues de l'autre partie, sans que *ce déséquilibre soit corrigé, que ce soit* par des fournitures de marchandises *ou* par un paiement en espèces. Pour se protéger contre ce risque, les parties pourront recourir à des garanties permettant d'assurer la suppression de tout déséquilibre qui pourrait apparaître dans les échanges commerciaux. *Il peut être convenu que le déséquilibre devrait être corrigé à la fin du délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés ou à des moments spécifiés pendant la période d'exécution.*

41. [39] Le montant de la garantie devrait être lié au montant du déséquilibre des échanges et assorti d'un plafond. Ce plafond de la garantie pourrait être fixé au niveau du déséquilibre autorisé dans le cadre de l'opération d'échanges compensés. Il peut être convenu que le montant qui pourra être demandé au titre de la garantie correspondra à un montant inférieur à la totalité du déséquilibre (par exemple, 80 %), cela afin de décourager les appels en garantie, sinon en dernier recours. Un bénéficiaire qui ne *pourrait* recouvrer le montant total du déséquilibre en demandant le paiement de la garantie *serait* davantage incité à rétablir l'équilibre convenu des échanges commerciaux en commandant des marchandises à l'autre partie.

42. [*Nouveau paragraphe*] Lorsqu'un tiers détient des renseignements concernant les mouvements de marchandises entre les parties (par exemple, la banque qui administre le compte de compensation), il peut être disposé dans la garantie qu'une demande de paiement devra être accompagnée d'une déclaration de ce tiers certifiant le montant du déséquilibre à corriger. En outre, la garantie peut disposer que le garant n'est autorisé à donner suite à une demande de paiement qu'à concurrence du montant du déséquilibre certifié.

1. Garantie des expéditions dans une direction

43. [40] Lorsqu'est prévu un calendrier particulier des expéditions dans les deux directions, l'accord d'échanges compensés peut stipuler que la partie devant recevoir des marchandises en premier doit obtenir une garantie couvrant l'obligation d'expédier des marchandises en retour. Cette garantie assurera le risque, couru par la partie expédiant les marchandises en premier, de ne pas recevoir les marchandises en retour à la date convenue, ou de ne pas recevoir la valeur ou la quantité convenues. Lorsque la première expédition doit se faire par étapes, il peut être convenu que, pour chaque expédition partielle, une garantie séparée sera obtenue, correspondant à la valeur de ladite expédition; *les parties et le garant pourront aussi convenir que le montant garanti sera augmenté* sur présentation de documents attestant les expéditions additionnelles.

44. [41] Pour ce qui est du moment de l'émission de la garantie, l'accord d'échanges compensés peut stipuler que la garantie peut être remise au bénéficiaire en échange des documents d'expédition relatifs à la première fourniture. Une telle procédure permettrait d'éviter le risque de voir la partie devant expédier en premier des marchandises obtenir la garantie et ne pas effectuer *ensuite* l'expédition. Afin que le bénéficiaire de la garantie (la partie ayant assuré la première expédition) ne soit pas à même de demander le paiement de la garantie une fois que le donneur d'ordre (la partie effectuant la deuxième expédition) se sera acquitté de son obligation d'expédier des marchandises, les parties pourront convenir que le bénéficiaire de la garantie n'obtiendra les titres de propriété de la deuxième expédition que sur remise de l'instrument de garantie.

45. [42] Les garanties peuvent être utilisées de manière similaire dans les opérations d'échanges compensés multiparties. Lorsque les parties établissent un lien entre les livraisons de manière que l'importateur, en échange des marchandises reçues de l'exportateur, expédie des marchandises à un contre-importateur tiers, c'est ce dernier qui paie l'exportateur (voir chap. IX, "Paiement", par. *68*). La garantie fournie par l'importateur assurera l'obligation de contre-exportation après la réception des marchandises exportées. Lorsque l'exportateur doit être payé par le contre-importateur après expédition des marchandises exportées, le contre-importateur sera le bénéficiaire de la garantie. Une telle garantie couvrira le risque pris par le contre-importateur en payant l'exportateur avant de recevoir les marchandises du contre-exportateur. Lorsque, toutefois, le contre-importateur ne doit payer l'exportateur qu'après réception des marchandises contre-exportées, c'est l'exportateur qui sera le bénéficiaire de la garantie. Une telle garantie couvrira le risque couru par l'exportateur ayant expédié les marchandises, au cas où il ne serait pas payé par le contre-importateur, parce que la contre-exportation n'aurait pas été effectuée.

46. [43] Une garantie similaire peut être utilisée lorsque l'exportateur, au lieu d'être payé par l'importateur, reçoit des marchandises d'un contre-exportateur tiers, qui est à son tour payé par l'importateur (voir chap. IX, par. *68*). Dans ce cas, il peut être convenu que l'exportateur recevra une garantie couvrant le risque qu'il prend si, après avoir effectué la première expédition, il ne reçoit pas en retour de marchandises du contre-exportateur.

47. [44] La situation est similaire lorsque le contre-importateur et le contre-exportateur sont des parties distinc-

tes de l'exportateur et de l'importateur (voir chap. IX, par. *69*). Il peut être convenu que l'importateur doit établir une garantie en faveur de l'exportateur, couvrant l'obligation de l'importateur de payer le prix des marchandises exportées. Lorsque l'exportateur doit recevoir paiement du contre-importateur après expédition des marchandises exportées, le bénéficiaire sera le contre-importateur. Ainsi, ce dernier sera protégé contre le risque de payer l'exportateur sans recevoir de marchandises du contre-exportateur. Toutefois, lorsque le contre-importateur ne doit payer l'exportateur qu'après expédition des marchandises contre-exportées, le bénéficiaire de la garantie serait l'exportateur. Ce dernier serait ainsi protégé contre le risque d'expédier des marchandises sans être payé.

2. Garanties mutuelles

48. [45] Lorsque les parties conviennent d'échanger des marchandises entre elles, elles peuvent le faire sans stipuler dans quel ordre les expéditions seront faites dans les deux directions. Cela est le plus souvent le cas lorsque des expéditions multiples sont envisagées dans chaque direction. Les parties risquent alors de voir apparaître un déséquilibre dans les échanges qui doit être *corrigé* soit par l'expédition de marchandises, soit par le paiement d'une somme d'argent. Pour couvrir ce risque, il peut être convenu que chaque partie doit fournir en faveur de l'autre partie une garantie assurant la suppression de tout déséquilibre.

[A/CN.9/362/Add.13]

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

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Remarques générales	1-5
B. Recours	6-12
1. Cas où une partie peut être libérée partiellement ou totalement de l'engagement d'échanges compensés	6-10
2. Compensation pécuniaire	11-12
C. Empêchements exonératoires	13-36
1. Conséquences juridiques des empêchements exonératoires	17-18
2. Définition des empêchements exonératoires	19-34
a) Définition générale	20-22
b) Définition générale accompagnée d'une liste d'empêchements exonératoires	23-26
i) Définition générale avec liste indicative	24
ii) Définition générale avec liste exhaustive	25
iii) Définition générale avec liste d'empêchements exonératoires entrant ou non dans le champ de la définition	26
c) Liste exhaustive d'empêchements exonératoires sans définition générale	27
d) Empêchements exonératoires susceptibles d'être envisagés	28-32
e) Exclusion de certains faits	33-34
3. Notification des empêchements	35-36
D. Effet du défaut de conclusion ou d'exécution d'un contrat de fourniture sur l'opération d'échanges compensés	37-61
1. Défaut de conclusion d'un contrat de fourniture	43-48
2. Résiliation du contrat de fourniture	49-55
3. Défaut de paiement	56-60
4. Défaut de livraison des marchandises	61

[*Note des rédacteurs.* Le présent projet de chapitre est une version révisée du projet de chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.4. La note entre crochets figurant au début de chaque paragraphe indique qu'il s'agit d'un nouveau paragraphe ou rappelle le numéro sous lequel ce paragraphe figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.4. Les révisions de paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.4 sont en italique. Un astérisque indique les endroits où un passage a été supprimé sans être remplacé par un nouveau texte.]

A. Remarques générales

1. [1] Le présent chapitre traite de la question des recours en cas de défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (section *B*). Il traite aussi des circonstances dans lesquelles une partie serait libérée de sa

responsabilité pour défaut d'exécution de l'engagement (section *D*). Il examine en outre les effets d'un défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés et les conséquences d'un défaut d'exécution d'un contrat de fourniture dans une direction sur l'obligation incombant aux parties de conclure ou d'exécuter des contrats de fourniture dans l'autre direction (section *E*). Par contre, il ne traite pas des recours en cas de défaut d'exécution d'un contrat de fourniture conclu en application de l'accord d'échanges compensés parce qu'ils sont régis par le droit général des contrats et ne posent donc pas de problèmes propres aux échanges compensés.

2. [*Nouveau paragraphe*] L'analyse qui est faite dans le présent chapitre s'inscrit dans le contexte des engagements "fermes" d'échanges compensés (par lesquels une partie s'engage à effectivement conclure un contrat de fourniture conformément aux conditions énoncées dans l'engagement d'échanges compensés). Ainsi qu'indiqué au paragraphe 2 du chapitre IV, le Guide juridique ne traite pas des cas où l'engagement est d'un degré moindre (engagement à "faire de son mieux" ou "intentions sérieuses" par exemple), l'obligation correspondante étant seulement de négocier de bonne foi sans promettre qu'un contrat sera effectivement conclu.

3. [2] Le fait qu'une partie n'exécute pas ses obligations liées à l'opération d'échanges compensés pourrait avoir sur l'autre partie de graves répercussions, dont les suivantes : un fournisseur éventuel ne reçoit pas les fonds en monnaies convertibles qui devaient servir à acheter d'autres marchandises ou ne peut pas introduire sur de nouveaux marchés, comme il l'avait prévu, les marchandises faisant l'objet d'échanges compensés, ou encore un acheteur éventuel ne reçoit pas les marchandises qui devaient être revendues pour payer les marchandises expédiées dans l'autre direction.

4. [3] Il est souhaitable d'énoncer dans l'accord d'échanges compensés les recours disponibles pour défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Les *législations nationales* ne comportent généralement pas de règles visant expressément les échanges compensés, et les règles générales applicables aux obligations contractuelles peuvent ne pas prévoir de solution satisfaisante aux problèmes qui peuvent se poser dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Parmi les moyens de recours que les parties pourront souhaiter énoncer dans l'accord d'échanges compensés figurent la possibilité d'être libéré de l'engagement d'échanges compensés et le versement de dommages-intérêts spécifiés ou de pénalités (voir plus loin, paragraphes *6 à 12*). Il est aussi souhaitable de définir dans l'accord d'échanges compensés les circonstances dans lesquelles une partie serait libérée de sa responsabilité pour défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir plus loin, paragraphes *13 à 36*).

5. [4] Les recours en cas de défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés que les parties auront décidé d'énoncer dans un accord d'échanges compensés peuvent ne pas être adaptés à toutes les circonstances. Par conséquent, même si une partie a le droit d'insister sur l'emploi des moyens de recours prévus dans l'accord d'échanges compensés, les parties peuvent juger souhaitable de négocier en fonction des recours disponibles, avant de mettre en œuvre les procédures disponibles pour les exercer (voir l'examen de la question des négociations au chapitre XV, "Règlement des litiges", paragraphes *8 à 11*).

B. Recours

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

6. [5] Une partie peut être libérée des obligations que lui imposait l'engagement d'échanges compensés dans diverses circonstances : lorsque des dommages-intérêts ou des pénalités spécifiés dans l'accord d'échanges compensés ont été payés pour non-exécution de l'engagement (*voir le chapitre XI*, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", paragraphe [*12*]); *lorsque l'engagement d'échanges compensés est résilié après que le montant cumulé des dommages-intérêts ou des pénalités payés pour retard a atteint le plafond convenu (voir le chapitre XI, paragraphe [19]);* lorsqu'une action ou une omission de l'autre partie a causé le défaut d'exécution de l'engagement (voir plus loin, paragraphe *7*); lorsque surviennent des faits que la loi applicable ou l'accord d'échanges compensés définit comme des empêchements exonératoires (voir plus loin, paragraphes *13 à 36*); ou lorsque le contrat de fourniture dans l'autre direction est résilié (voir plus loin, paragraphe *47*). Une partie peut être libérée totalement ou partiellement des obligations non acquittées au titre de son engagement d'échanges compensés. Si les motifs de libération ne concernent qu'une partie des obligations, les autres obligations restent exécutoires.

7. [6] *Une partie peut prétendre, conformément aux règles juridiques généralement applicables au manquement à une obligation contractuelle, à être libérée de l'engagement d'échanges compensés si l'autre partie ne prend pas les mesures nécessaires pour s'acquitter de l'engagement. Cependant, les parties voudront peut-être régler dans l'accord d'échanges compensés la question de la libération de l'engagement d'échanges compensés, afin de bien s'entendre sur les cas où une partie doit être libérée et sur la mesure dans laquelle elle doit l'être. Elles pourraient à cet effet prévoir une clause disposant que,* si la partie qui s'est engagée à fournir manque à son obligation de fournir tout ou partie des marchandises conformément aux termes de l'accord d'échanges compensés, celle qui s'est engagée à acheter est libérée de l'engagement d'échanges compensés totalement ou dans la proportion correspondant au manquement. De même, les parties souhaiteront peut-être convenir que, si la partie qui s'est engagée à acheter manque à son obligation d'acheter tout ou partie des marchandises mises à sa disposition conformément aux termes de l'accord d'échanges compensés, celle qui s'est engagée à fournir est libérée, totalement ou dans la proportion correspondant au manquement. Dans ce cas, les parties peuvent décider d'établir une règle de notification. Une telle règle pourrait disposer qu'une notification doit être remise par la partie lésée à la partie fautive, précisant le manquement et informant ladite partie que la partie lésée sera libérée de ses obligations découlant de l'engagement d'échanges compensés dans la mesure où il n'aura pas été remédié au manquement

dans un délai précisé dans la notification ou dans l'accord d'échanges compensés. Le délai devrait être suffisamment long pour qu'il soit possible de remédier au manquement. Les parties pourront souhaiter convenir que le délai commence à courir à partir de la date de remise de la notification. Elles pourront souhaiter étudier s'il serait souhaitable de stipuler que la libération ne prendra effet, qu'après qu'une deuxième notification écrite aura été remise par la partie demandant d'être libérée de ses obligations.

8. [7] Il arrive que l'accord d'échanges compensés divise le délai d'exécution de l'engagement en sous-périodes pendant lesquelles des proportions spécifiées de l'engagement total doivent être exécutées (pour cette question, voir le chapitre IV, "*Engagement d'échanges compensés*", paragraphes *17 à 20*). Il est alors souvent prévu qu'une partie qui n'exécute pas l'engagement correspondant à une sous-période donnée peut reporter partiellement la composante non exécutée sur la sous-période suivante et que la partie fautive doit verser des dommages-intérêts ou des pénalités pour la partie de l'engagement non exécutée qui n'est pas reportée sur la sous-période suivante. En pareil cas, il peut être prévu que la partie fautive se verra accorder un délai supplémentaire, après l'expiration de la sous-période, pour remédier au manquement (voir le paragraphe précédent).

9. [8] Il convient de noter *qu'en matière de résiliation de contrats par suite d'un manquement à des obligations, certaines législations nationales énoncent des conditions spéciales. Elles peuvent par exemple disposer* qu'un délai supplémentaire doit être accordé pour remédier au manquement, qu'une notification de l'intention de résilier le contrat doit être donnée ou qu'un consentement judiciaire doit être donné. *Dans la mesure où un accord d'échanges compensés est considéré comme étant régi par les règles applicables aux contrats, ces* conditions *seront* applicables.

10. [9] L'accord d'échanges compensés peut disposer que, dans le cas où une libération résulte de circonstances qui ne sont imputables à aucune des parties (par exemple un empêchement exonératoire), chaque partie doit supporter ses propres dépenses et ses propres pertes.

2. Compensation pécuniaire

[10]*

[11]*

11. [12] On pourrait envisager que la partie qui a subi un préjudice par suite du défaut d'exécution d'un engagement d'échanges compensés, puisse, en vertu des règles juridiques généralement applicables aux manquements à une obligation contractuelle, réclamer des dommages-intérêts à la partie fautive. Quand on aborde le problème de la responsabilité pour défaut d'exécution d'un engagement d'échanges compensés on est amené à poser la question de la responsabilité précontractuelle. Les *législations nationales* donnent rarement des réponses claires à cette question, *qu'elles traitent* de manières diverses, et la législation relative à la responsabilité précontractuelle est peu développée dans certains *Etats*. Une autre source d'incertitude est la base sur laquelle le montant des dommages-intérêts serait calculé. Si les termes importants du futur contrat de fourniture (en particulier, le type, la qualité et le prix des marchandises) ne sont pas suffisamment définis dans l'accord d'échanges compensés, on ne disposera pas d'une base suffisante pour calculer les dommages-intérêts résultant de la non-conclusion dudit contrat.

12. [*Nouveau paragraphe*] Si elles conviennent qu'une partie devrait obtenir une compensation pécuniaire en cas de non-exécution de l'engagement d'échanges compensés, les parties peuvent, afin d'éviter les incertitudes mentionnées au paragraphe précédent, inclure dans l'accord d'échanges compensés une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale (voir le chapitre XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales").

[13]*

C. Empêchements exonératoires

13. [14] Durant la période d'exécution de l'engagement d'échanges compensés, il peut se produire des faits empêchant une partie de conclure, comme elle s'y était engagée, un contrat de fourniture. Ces empêchements peuvent être d'ordre juridique, par exemple une modification de la réglementation dans le pays de l'acheteur ou du fournisseur qui interdirait l'importation ou l'exportation de certains types de marchandises. Les empêchements peuvent aussi être d'ordre matériel, par exemple des catastrophes naturelles empêchant de produire ou de transporter des marchandises faisant l'objet d'échanges compensés, ou d'en prendre livraison. Ces faits peuvent empêcher l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, soit définitivement, soit temporairement. La partie qui ne s'acquitte pas de ses obligations découlant de l'engagement d'échanges compensés en raison d'un tel empêchement peut, sous réserve de la loi applicable et des dispositions de l'accord d'échanges compensés, obtenir un délai supplémentaire pour s'acquitter de ses obligations, en être totalement libérée et être exemptée du versement de dommages-intérêts. Dans le Guide juridique les empêchements qui donnent lieu à une telle exemption sont appelés "empêchements exonératoires".

14. [15] Nombre de *législations nationales* comportent des règles concernant les empêchements exonératoires. *Si un événement empêchant l'exécution de l'engagement d'échanges compensés a les caractéristiques énoncées dans la loi applicable (événement imprévisible et inévitable, par exemple), les parties seront libérées de l'engagement en application de ces règles.* Cependant, ces règles peuvent avoir des résultats incompatibles avec les conditions et les exigences des opérations internationales d'échanges compensés ou ne pas répartir, comme le souhaiteraient les parties, les risques liés à l'apparition d'empêchements exonératoires. Aussi les parties pourront-elles souhaiter inclure dans leur accord d'échanges compensés une clause d'exonération définissant les empêchements exonératoires et spécifiant les conséquences juridiques de ces empêchements. Il est conseillé aux parties de choisir une terminologie qui, compte tenu de la loi applicable, soit conforme à leurs intentions (voir le chapitre *V*, "Remarques générales sur la rédaction", paragraphe 6).

15. [16] En ce qui concerne la clause de l'accord d'échanges compensés relative aux empêchements exonératoires, chaque partie a intérêt à négocier de manière à y inclure les types d'empêchements exonératoires qui peuvent affecter sa capacité de prendre les mesures requises pour exécuter l'engagement d'échanges compensés. Par exemple, la partie qui s'est engagée à acheter souhaitera inclure des empêchements tels que les restrictions à l'importation et les obstacles matériels à la prise en livraison ou à l'utilisation des marchandises. La partie qui s'est engagée à fournir les marchandises souhaitera quant à elle inclure des empêchements tels que les restrictions quant aux marchandises dont l'exportation est permise dans le cadre d'opérations d'échanges compensés et d'autres restrictions à l'exportation, ainsi que certains empêchements affectant sa capacité de produire les marchandises. *En vertu* du principe généralement admis de la liberté contractuelle, les parties ont toute latitude pour se mettre d'accord sur celle des parties qui assumera le risque qu'intervienne tel ou tel type d'événement empêchant l'exécution. Elles *pourront* par conséquent exclure de la liste d'empêchements exonératoires des événements qui seraient qualifiés d'empêchements exonératoires par la loi applicable ou, inversement, d'y inclure d'autres événements qui ne seraient pas qualifiés ainsi par la loi applicable. *On notera cependant que certaines législations nationales établissent des limites impératives quant à la liberté qu'a une partie de renoncer à son droit d'invoquer des empêchements exonératoires reconnus par la loi.*

16. [17] La question des exonérations est traitée différemment selon les *législations nationales*, la doctrine et la terminologie utilisées n'étant pas toujours identiques. Pour ce qui est des contrats de vente, ces divergences ont été supprimées par l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)[1]. La conception adoptée dans cette Convention vise à tenir compte des circonstances et exigences particulières du commerce international. Les parties jugeront peut-être que cette conception peut les aider à élaborer une clause d'exonération dans l'accord d'échanges compensés. L'étude des conséquences juridiques des empêchements exonératoires et de la définition de ces empêchements se fonde sur la conception retenue dans la Convention.

1. Conséquences juridiques des empêchements exonératoires

17. [18] Les parties souhaiteront peut-être stipuler que, lorsque l'exécution de l'engagement d'échanges compensés est empêchée par un empêchement exonératoire d'une durée qui ne dépasse pas un certain délai (six mois par exemple), le délai d'exécution sera prolongé d'une durée correspondante à celle de l'empêchement. L'objet d'une telle disposition serait de faire en sorte que les empêchements exonératoires d'une durée limitée ne libèrent pas les parties de l'engagement d'échanges compensés. Les parties souhaiteront peut-être stipuler dans l'accord d'échanges compensés que, si la durée d'un empêchement exonératoire invoqué par une partie dépasse un certain délai, l'autre partie pourra demander à être libérée de l'engagement d'échanges compensés ou il pourra être convenu que l'une ou l'autre des parties pourra demander d'être libérée. Les parties souhaiteront peut-être énoncer dans une telle disposition l'obligation d'engager des négociations visant à modifier l'accord d'échanges compensés de manière à ce que l'engagement soit maintenu.

18. [19] Ainsi qu'on l'a indiqué au *paragraphe 7* du chapitre XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", afin d'éliminer toute incertitude, les parties pourront souhaiter stipuler expressément qu'une partie qui n'exécute pas l'engagement d'échanges compensés du fait d'un empêchement exonératoire est exemptée du versement de dommages-intérêts spécifiés ou de pénalités ou de tous dommages-intérêts qui seraient dus en vertu de la loi applicable.

2. Définition des empêchements exonératoires

19. [20] *Bien que de nombreuses législations nationales contiennent des définitions des empêchements exonératoires*, les parties pourront souhaiter, *pour des raisons notées plus haut au paragraphe [15]*, inclure *une telle définition* dans l'accord d'échanges compensés. Elles pourront pour ce faire adopter l'une des méthodes suivantes : *a)* ne rédiger qu'une définition générale des empêchements exonératoires; *b)* combiner une définition générale et une liste d'empêchements exonératoires; *c)* n'établir qu'une liste exhaustive des empêchements exonératoires.

a) *Définition générale*

20. [21] Une définition générale des empêchements exonératoires permettrait aux parties de faire en sorte que tous les faits répondant aux conditions énoncées dans la définition soient considérés comme des empêchements exonératoires. L'objet d'une définition générale est aussi d'exclure des faits qui ne répondent pas à ces conditions. Avec une telle définition, les parties n'auraient pas besoin d'établir une liste des empêchements exonératoires au risque d'omettre des faits qu'elles auraient considérés comme des empêchements exonératoires. Par contre, il peut être difficile dans certains cas de déterminer si un fait donné entre ou non dans le cadre de la définition générale.

21. [22] Les parties pourront souhaiter *préciser dans la définition que,* pour qu'il y ait empêchement exonératoire, l'exécution de l'engagement d'échanges compensés doit être empêchée par un obstacle matériel ou juridique (voir plus haut, paragraphes 14 *et 15*) et non, par exemple, être rendue seulement plus difficile ou plus onéreuse. Il convient cependant de noter que les circonstances peuvent changer au point que l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, tout en restant matériellement possible, deviendrait exagérément coûteuse, dépassant le montant qu'une partie pouvait raisonnablement s'attendre à payer. Un changement aussi extrême des circonstances peut être considéré en vertu de la loi applicable comme un empêchement exonératoire. En outre, les parties pourront stipuler que l'empêchement doit être indépendant de la

[1] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (document A/CONF.97/18, annexe 1); *Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XI : 1980, troisième partie, B.

volonté de la partie qui n'exécute pas l'engagement d'échanges compensés et que l'on ne devait pas pouvoir raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences. *(Cette formulation s'inspire de l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises).*

22. [23] Dans les clauses contractuelles sur les empêchements exonératoires, on se contente parfois d'énumérer un certain nombre d'empêchements exonératoires et d'indiquer que d'autres événements similaires seront aussi considérés comme des empêchements exonératoires. Dans de telles clauses, la liste aide à déterminer si un événement non énuméré devrait être ou non considéré comme un empêchement exonératoire. Cependant, la présence dans ces clauses d'une définition générale est susceptible de réduire les incertitudes quant au caractère exonératoire ou non exonératoire d'un événement non inclus dans la liste.

b) *Définition générale accompagnée d'une liste d'empêchements exonératoires*

23. [24] La définition générale des empêchements exonératoires peut être suivie d'une liste indicative ou exhaustive des faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires. Cette méthode combine la souplesse qu'assure une définition générale et la certitude qu'offre une liste d'empêchements exonératoires.

i) Définition générale avec liste indicative

24. [25] Les exemples d'empêchements exonératoires qui figureront dans la liste indicative peuvent être choisis de manière à préciser le champ de la définition générale. Ainsi, on sera mieux à même de déterminer la portée envisagée de ladite définition et on pourra faire en sorte que les faits figurant dans la liste soient considérés comme des empêchements exonératoires s'ils satisfont aux critères énoncés dans la définition générale.

ii) Définition générale avec liste exhaustive

25. [26] La définition générale des empêchements exonératoires peut être suivie d'une liste exhaustive de faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires *si, dans un cas donné,* ils satisfont aux critères énoncés dans la définition. Il n'est peut être pas souhaitable d'établir une telle liste, à moins que les parties ne soient certaines qu'elles peuvent prévoir et énumérer tous les faits qu'elles souhaiteraient voir considérer comme des empêchements exonératoires.

iii) Définition générale avec liste d'empêchements exonératoires entrant ou non dans le champ de la définition

26. [27] La définition générale peut être suivie d'une liste de faits qui doivent être considérés comme des empêchements exonératoires, qu'ils entrent ou non dans le champ de la définition. Cette méthode peut être utile lorsque les parties retiennent une définition restreinte des empêchements exonératoires, mais souhaitent que certains faits, qui n'entrent pas dans le champ de la définition, soient considérés comme de tels empêchements. Puisque ces faits constitueraient des empêchements exonératoires indépendamment de la définition générale, les remarques figurant au paragraphe *27* ci-dessous, à propos des garanties dont on peut s'entourer lorsqu'on établit une liste d'empêchements exonératoires sans définition générale, valent également pour ce cas-ci.

c) *Liste exhaustive d'empêchements exonératoires sans définition générale*

27. [28] Il est possible que la clause d'exonération ne comporte qu'une liste de faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires, sans définition générale. Cette méthode présente l'inconvénient de ne pas énoncer dans une définition les critères généraux auxquels doivent satisfaire les faits énumérés pour pouvoir être considérés comme des empêchements exonératoires. De tels critères généraux n'étant pas prévus, il est conseillé aux parties de décrire aussi précisément que possible les empêchements exonératoires énumérés. L'avantage d'une telle précision est de supprimer les incertitudes quant à la répartition des risques entre les parties.

d) *Empêchements exonératoires susceptibles d'être envisagés*

28. [29] Si elles intègrent dans la clause d'exonération une liste de faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires, avec ou sans définition générale, les parties pourront déterminer s'il est souhaitable d'y inclure des faits tels qu'incendie, explosion ou embargo commercial. Les parties pourront en outre souhaiter limiter la mesure dans laquelle les événements énumérés ci-après peuvent être considérés comme des empêchements exonératoires.

29. [30] *Catastrophes naturelles.* Les catastrophes naturelles comme les tempêtes, les cyclones, les inondations ou les tempêtes de sable peuvent être considérées comme normales à certains moments de l'année au lieu considéré. En pareil cas, le contrat correspondant à l'accord d'échanges compensés pourrait interdire à une partie de s'en prévaloir en tant qu'empêchements exonératoires si elles étaient prévisibles et si des mesures efficaces auraient pu être prises pour y faire face (voir plus haut, *paragraphe 22*).

30. [31] *Guerre (déclarée ou non), autres activités militaires ou troubles à caractère civil.* Il peut être difficile de déterminer quand une guerre, d'autres activités militaires ou des troubles à caractère civil peuvent être considérés comme des obstacles à l'exécution d'une obligation. Il peut par exemple arriver qu'une partie poursuive ses activités commerciales malgré les hostilités qui ont lieu dans son pays et donc que ces hostilités ne l'empêchent pas en fait d'exécuter l'engagement d'échanges compensés. Si l'accord d'échanges compensés ne contient pas une définition générale des empêchements exonératoires, il peut être bon de préciser clairement à quel stade une guerre, d'autres activités militaires ou des troubles à caractère civil sont considérés comme des obstacles à l'exécution d'un engagement d'échanges compensés.

31. [32] *Grèves, boycotts, grèves perlées et occupation d'usines ou de locaux par les ouvriers.* Les parties pourront se demander dans quelle mesure ces faits peuvent être considérés comme des empêchements exonératoires. Ils peuvent certes véritablement empêcher une partie d'exécuter son engagement, mais les parties pourront juger qu'il ne serait pas souhaitable qu'une partie soit exonérée des conséquences d'un défaut d'exécution lorsque ce défaut résulte de la conduite de ses propres employés. En outre, il peut être difficile de déterminer si, oui ou non, une grève des employés et d'autres conflits du travail peuvent être évités par une partie et quelles mesures on peut raisonnablement attendre de cette partie afin d'éviter la grève ou le conflit ou d'y mettre fin (par exemple, en satisfaisant aux exigences des grévistes).*

32. [33] *Pénurie des matières premières nécessaires pour la production.* Les parties pourront se demander si une telle pénurie doit être considérée ou non comme un empêchement exonératoire. Elles pourront par exemple stipuler qu'une partie est tenue d'acquérir des matériaux à temps et donc ne pas l'autoriser à se prévaloir de cette pénurie comme d'un empêchement exonératoire. Il peut arriver que cette partie ne dispose pas à temps des matériaux nécessaires du fait d'un retard de livraison de son fournisseur. En pareil cas, cependant, il serait souhaitable que ladite partie s'assure que le contrat conclu avec son fournisseur lui permet de demander à celui-ci de verser des dommages-intérêts.

e) *Exclusion de certains faits*

33. [34] Quelle que soit la méthode suivie pour définir les empêchements exonératoires, les parties pourront souhaiter préciser encore le champ de la clause d'exonération en excluant expressément certains faits. Elles pourront par exemple envisager d'exclure des empêchements exonératoires les faits se produisant après la rupture de l'engagement d'échanges compensés par une partie, faits qui, si l'engagement n'avait pas été rompu, n'auraient pas empêché cette partie de s'acquitter de ses obligations découlant de l'engagement.

34. [35] Les parties pourront se demander si certains actes d'un Etat ou d'une administration doivent être considérés comme des empêchements exonératoires. Une partie peut devoir obtenir une licence ou toute autre autorisation administrative pour pouvoir conclure un contrat de fourniture. L'accord d'échanges compensés peut disposer que, si la licence ou l'autorisation sont refusées par l'administration, ou si elles sont accordées puis retirées, la partie qui devait obtenir la licence ou l'autorisation ne pourra invoquer le refus ou le retrait comme un empêchement exonératoire. Les parties pourront considérer qu'il est juste que les conséquences de l'absence d'une telle licence ou autorisation soient à la charge de la partie qui devait l'obtenir puisque, lorsqu'elle a contracté des obligations en concluant l'accord d'échanges compensés, elle savait qu'il lui faudrait obtenir cette licence ou cette autorisation et que celle-ci pourrait lui être refusée. En outre, il peut être difficile à l'autre partie de déterminer si les mesures prises pour obtenir la licence ou l'autorisation étaient raisonnables (voir plus haut, *paragraphe 22*). *Les parties voudront peut-être préciser les circonstances dans lesquelles la partie qui est tenue d'obtenir la licence pourra être exonérée si elle prouve que la licence a été refusée ou retirée pour une raison qui ne lui est pas imputable (par exemple, lorsque, après la conclusion de l'accord d'échanges compensés, les pouvoirs publics ont imposé une obligation de licence ou ont changé leur politique touchant l'octroi ou le retrait de licences).*

3. *Notification des empêchements*

35. [36] Il est bon que l'accord d'échanges compensés *précise qu'*une partie invoquant un empêchement exonératoire *doit* en aviser par écrit l'autre partie sans retard excessif après qu'elle en *a pris* connaissance. Grâce à la notification, l'autre partie serait davantage à même de prendre des mesures pour atténuer tout préjudice éventuel. *Une telle obligation de notification et d'atténuation du préjudice est énoncée dans les principes généraux de droit contractuel de nombreuses législations nationales.* Les parties pourraient stipuler que la notification doit décrire en détail l'empêchement en démontrant que la partie est empêchée ou risque d'être empêchée d'exécuter l'engagement d'échanges compensés et, si possible, la durée prévue de l'empêchement. La partie invoquant un empêchement exonératoire peut devoir continuer d'informer l'autre partie de toutes les circonstances qui peuvent être pertinentes pour évaluer de manière continue l'empêchement et ses conséquences et aviser l'autre partie de la fin de l'empêchement. On peut stipuler qu'une partie n'avisant pas l'autre partie de l'empêchement exonératoire en temps voulu perd son droit de s'en prévaloir. Une autre solution consisterait à stipuler qu'une partie qui n'adresse pas à temps à l'autre la notification requise demeure en droit d'invoquer la clause, mais est tenue d'indemniser l'autre partie en raison du préjudice résultant de ce défaut de notification. L'accord d'échanges compensés pourrait aussi disposer que l'empêchement doit être vérifié, par exemple, par un organisme public, un notaire, un consulat ou une chambre de commerce dans le pays où il se produit.

36. [37] En outre, les parties pourront stipuler qu'en cas de notification d'un empêchement exonératoire, elles doivent se réunir et examiner *ensemble* les mesures à prendre pour prévenir ou limiter les effets de l'empêchement et prévenir ou atténuer tout préjudice qui pourrait en résulter. Il peut s'agir, par exemple, de la renégociation de l'accord d'échanges compensés (voir plus haut, *paragraphe 17*).

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

37. [38] Une caractéristique *fondamentale* des opérations d'échanges compensés est, *ainsi qu'on l'a noté au paragraphe 1 du chapitre II,* l'existence d'un lien entre la fourniture de marchandises dans les deux directions, en ce sens que la conclusion du contrat de fourniture de marchandises dans une direction dépend de la conclusion du contrat de fourniture dans l'autre *direction.* Compte tenu de ce lien, la question peut se poser de savoir si un défaut

de conclusion ou d'exécution d'un contrat de fourniture dans une direction devrait avoir un effet sur l'obligation de conclure ou d'exécuter un contrat de fourniture dans l'autre direction. Si, par exemple, le contrat d'exportation correspondant à une opération de contre-achat est résilié, la question peut se poser de savoir si l'exportateur a le droit d'être libéré des obligations d'acheter des marchandises qui lui incombaient en vertu de l'engagement d'échanges compensés. De manière similaire, si, dans une opération de contre-achat, l'exportateur ne prend pas les mesures nécessaires pour exécuter l'engagement d'échanges compensés, la question peut se poser de savoir si le contre-exportateur a le droit de suspendre le paiement correspondant au contrat d'exportation ou de résilier ce contrat.

38. [*Nouveau paragraphe*] Ces questions d'interdépendance peuvent aussi se poser dans les opérations d'échanges compensés multipartites. Par exemple, dans une opération tripartite mettant en jeu l'exportateur, l'importateur qui est aussi le contre-exportateur, et un acheteur tiers, la question peut se poser de savoir si le défaut d'achat des marchandises par le tiers donne à l'importateur le droit de suspendre le paiement de marchandises achetées à l'exportateur. Autre exemple, dans une opération d'échanges compensés quadripartite, la question peut se poser de savoir si le défaut de conclusion ou d'exécution d'un contrat de fourniture entre deux des parties donne à une partie au contrat dans l'autre direction le droit de suspendre l'exécution du contrat ou de résilier le contrat. (Les échanges compensés multipartites sont présentés au chapitre VIII, section D; les mécanismes de paiements liés dans le cadre des opérations d'échanges compensés multipartites sont examinés au chapitre IX, section F.) L'analyse faite dans la présente section s'applique à la fois aux opérations d'échanges compensés entre deux parties et aux opérations mettant en jeu plus de deux parties.

39. [*Nouveau paragraphe*] S'il est souhaitable, ainsi qu'indiqué ci-dessous, d'inclure dans l'accord d'échanges compensés des dispositions touchant l'interdépendance des obligations, il est bon aussi, lorsqu'un problème se pose dans l'achèvement de l'opération, que les parties s'efforcent de trouver une solution négociée. Il vaut souvent mieux négocier une modification de l'opération d'échanges compensés que suspendre ou résilier l'engagement d'échanges compensés ou un contrat de fourniture.

40. [39] *De nombreuses législations nationales* contiennent des règles *générales qui* donnent une réponse quant à l'interdépendance des obligations énoncées dans un contrat. Le principe *général est* que la non-exécution par une partie des obligations contractuelles que lui impose un contrat autorise l'autre partie à ne pas s'acquitter de ses propres obligations au titre du même contrat et que, dans certaines circonstances, cette dernière est autorisée à résilier ledit contrat. Une partie ne peut généralement pas refuser d'exécuter ses propres obligations contractuelles ou résilier le contrat lorsque le défaut d'exécution de l'autre partie n'est pas suffisamment grave. Les *législations nationales* ne tranchent normalement pas de manière spécifique la question de l'interdépendance des obligations découlant de divers types d'opérations d'échanges compensés et ne précisent pas non plus dans quelle mesure les principes généraux de droit contractuel mentionnés plus haut peuvent être appliqués à une opération d'échanges compensés.

41. [40] On estime souvent que la structure contractuelle particulière d'une opération d'échanges compensés est un élément important à considérer pour déterminer l'interdépendance des obligations en la matière. Dans les cas où les conditions *contractuelles touchant l'engagement d'échanges compensés ou les contrats de fourniture dans les deux directions* sont rassemblées dans un contrat unique, on considère généralement que les obligations mutuelles seront sans doute jugées interdépendantes (*voir le* chapitre III, "Approche contractuelle", *paragraphes 10, 17 et 18*). Cependant, dans les cas où des contrats séparés sont *employés, on a* exprimé l'avis que, *selon de nombreuses législations nationales*, les deux ensembles d'obligations seraient vraisemblablement jugés indépendants, sauf si des dispositions contractuelles spécifiques énonçaient l'interdépendance (la formule des contrats séparés est examinée au *chapitre III, paragraphes 11 à 23)**. Selon un autre avis, les obligations découlant d'une opération d'échanges compensés pouvaient être jugées interdépendantes même si elles étaient énoncées dans des contrats séparés, parce qu'elles étaient commercialement liées entre elles et correspondaient donc à une opération unique.

42. [41] Les décisions judiciaires et arbitrales étant rares sur la question de l'interdépendance des obligations dans les opérations d'échanges compensés, on ne peut faire de généralisations. Le degré d'interdépendance dépendra des circonstances et des dispositions contractuelles propres à chaque cas. Afin d'éviter des désaccords quant à la question de savoir si une partie est autorisée à suspendre l'exécution de son obligation de fournir des marchandises dans une direction parce que l'autre ne s'est pas acquitté de son obligation de fournir des marchandises dans l'autre direction, les parties souhaiteront peut-être inclure dans l'accord d'échanges compensés des dispositions spécifiques indiquant dans quelle mesure les obligations sont interdépendantes. Ces dispositions pourront porter en particulier sur les problèmes ci-après, qui peuvent se poser dans le cadre de l'exécution de l'opération d'échanges compensés : *1*) défaut de conclusion d'un contrat de fourniture comme prévu dans l'accord d'échanges compensés, *2*) résiliation d'un contrat de fourniture, *3*) défaut d'exécution d'une obligation de paiement liée à un contrat de fourniture, et *4*) défaut de livraison de marchandises faisant l'objet d'un contrat de fourniture.

1. Défaut de conclusion d'un contrat de fourniture

43. [42] Dans les cas où elles concluent d'abord le contrat de fourniture dans une direction (contrat d'exportation) en prévoyant de conclure plus tard le contrat de fourniture dans l'autre direction (contrat de contre-exportation) (voir le chapitre III, "Approche contractuelle", paragraphes *13 à 19*), les parties pourront examiner la question de savoir si le fait que l'exportateur (contre-importateur) ne prend pas une mesure nécessaire pour exécuter l'engagement d'échanges compensés devrait autoriser l'importateur à suspendre le paiement des marchandises importées ou même à résilier le contrat d'exportation. Une telle

interdépendance peut être accueillie favorablement par un importateur dont la capacité de s'acquitter de ses obligations de paiement liées au contrat d'exportation dépend du produit qu'il tirera du contrat de contre-exportation à conclure.

44. [43] Lors de l'examen de la question de savoir s'il faut énoncer cette interdépendance entre l'engagement d'échanges compensés et le contrat d'exportation, les parties pourront souhaiter tenir compte du montant que pourrait atteindre le préjudice subi par le contre-exportateur du fait du défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés et du montant que pourrait atteindre le préjudice subi par l'exportateur du fait de la suspension du paiement lié au contrat d'exportation ou de la résiliation du contrat d'exportation. Il ne serait pas souhaitable qu'un problème rencontré dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés perturbe l'exécution du contrat d'exportation. Les parties pourront faire une telle évaluation lorsque le prix à payer en vertu du contrat d'exportation ou la perte découlant de la résiliation du contrat d'exportation sont considérablement plus élevés que la perte imputable au fait que le contre-importateur n'exécute pas l'engagement d'échanges compensés. En outre, l'interdépendance peut être inopportune car il se peut que les parties ne soient pas d'accord quant à l'attribution des responsabilités en cas de défaut de conclusion d'un contrat de fourniture. La possibilité de suspendre le paiement lié au contrat d'exportation tant que ce désaccord ne serait pas résolu pourrait introduire un degré d'incertitude inacceptable dans l'opération. Par ailleurs, parce qu'il y aurait un risque que le paiement des montants dus en vertu du contrat d'exportation ne soit pas effectué en raison d'un problème rencontré dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, l'exportateur risquerait d'avoir des difficultés à trouver une institution financière disposée à financer l'exportation ou à assurer un risque de défaut de paiement. En effet, les difficultés que pourra rencontrer l'exportateur pourront être dues à des circonstances étrangères au contrat d'exportation, que l'institution financière pourra difficilement évaluer. Pour les raisons examinées aux paragraphes *40 à 42* ci-dessus, les parties pourront souhaiter indiquer dans l'accord d'échanges compensés que le contrat d'exportation est indépendant de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés.

45. [44] Cependant, afin de protéger les intérêts du contre-exportateur, il peut être opportun d'inclure dans l'accord d'échanges compensés une disposition concernant le dédommagement du préjudice que risque d'entraîner un défaut de conclusion du contrat de contre-exportation. L'obligation de dédommagement peut-être énoncée dans une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale figurant dans l'accord d'échanges compensés (voir plus haut, *paragraphes 11 et 12*, ainsi que le chapitre XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales" et le chapitre XII, "Garantie de bonne exécution"). En outre, l'accord d'échanges compensés peut donner au contre-exportateur le droit de déduire des paiements dus au titre du contrat d'exportation le montant des dommages-intérêts spécifiés ou d'une pénalité dus pour défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir le chapitre IX, "Paiement", *paragraphes 12 et 62*, et le chapitre XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", *paragraphe 22*).

46. [45] Dans le cas où un accord d'échanges compensés est conclu avant les contrats de fourniture dans l'une et l'autre direction (voir le chapitre III, "Approche contractuelle", *paragraphes 20 et 21*), les parties peuvent ne pas juger utile d'autoriser une partie à suspendre l'exécution d'un contrat de fourniture conclu dans une direction ou à résilier ledit contrat lorsque l'autre partie ne fait pas le nécessaire pour conclure un contrat de fourniture dans l'autre direction. L'accord d'échanges compensés, dans ces cas, prévoit souvent la conclusion d'une série de contrats de fourniture dans l'une et l'autre directions. En faisant dépendre l'exécution de contrats déjà conclus dans une direction de la conclusion de contrats dans l'autre direction, on perturberait le bon déroulement de l'opération au lieu de le faciliter. Par conséquent, pour les raisons examinées plus haut aux paragraphes *40 à 42*, les parties pourront souhaiter indiquer expressément dans l'accord d'échanges compensés que les obligations découlant des contrats de fourniture dans une direction sont indépendantes de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés dans l'autre direction.

47. [46] Dans certains cas, l'accord d'échanges compensés peut disposer que, lorsqu'une partie ne conclut pas de contrats de fournitures dans une direction, l'autre est en droit de suspendre la conclusion des contrats, ou de suspendre l'expédition des marchandises, dans l'autre direction. Une telle formule peut être utilisée en particulier lorsqu'il est convenu que, pendant la durée de l'opération d'échanges compensés la valeur des marchandises fournies dans une direction ne devrait pas dépasser de plus d'un certain pourcentage convenu la valeur des marchandises fournies dans l'autre direction. Cette approche peut être retenue lorsque les parties stipulent que leurs créances réciproques au titre des contrats de fourniture dans les deux directions doivent être compensées et que la différence de valeur des marchandises expédiées dans chaque direction ne devrait pas dépasser une limite convenue (voir le chapitre IX, "Paiement", *paragraphes 38 à 57*, en particulier le *paragraphe 53*). Afin de contrôler le niveau des échanges entre elles et de préciser les situations dans lesquelles une partie est autorisée à suspendre la conclusion de contrats ou les fournitures de marchandises, les parties peuvent décider que leurs fournitures mutuelles de marchandises doivent être consignées dans un "compte de relevés des opérations" (voir le chapitre *IV, "Engagement* d'échanges compensés", *paragraphes 68 à 74*).

48. [47] Même lorsque l'on dispose dans l'accord d'échanges compensés que l'engagement dans une direction ne devrait pas affecter les obligations découlant des contrats de fourniture existants dans l'autre direction, l'on peut énoncer des sanctions pour défaut d'exécution de l'engagement. Par exemple, lorsque les créances réciproques liées à la fourniture de marchandises dans les deux directions doivent être compensées, on peut disposer qu'une partie qui reçoit plus de marchandises qu'elle n'en expédie doit régler le solde, soit en effectuant des paiements en espèces soit en expédiant des marchandises supplémentaires (voir le chapitre *IX*, "Paiement", *paragraphes 53 à 56*). Lorsque les marchandises fournies dans les deux directions doivent être payées indépendamment, l'accord d'échanges compensés peut contenir une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale ou pré-

voir l'émission par une banque d'une garantie ou d'une lettre de crédit stand-by couvrant la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir le chapitre XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", et le chapitre XII, "Garantie de bonne exécution").

2. *Résiliation du contrat de fourniture*

49. [48] Un contrat de fourniture peut être résilié si, par exemple, l'une des parties ne le respecte pas ou s'il y a empêchement exonératoire. Pour les raisons examinées aux paragraphes *40 à 42* ci-dessus, les parties pourront souhaiter préciser dans l'accord d'échanges compensés si la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction doit affecter les obligations incombant aux parties de conclure ou d'exécuter un contrat de fourniture dans l'autre direction. On peut envisager diverses solutions :

i) Ne pas permettre que la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction affecte l'*engagement de conclure* un contrat de fourniture dans l'autre direction ou toutes obligations découlant d'un contrat de fourniture déjà conclu dans l'autre direction;

ii) Disposer que la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction doit libérer les parties de l'engagement d'échanges compensés prévoyant la conclusion d'un contrat de fourniture dans l'autre direction mais qu'un contrat de fourniture qui aurait déjà été conclu dans l'autre direction ne doit pas être affecté;

iii) Disposer que la résiliation du contrat de fourniture dans une direction doit avoir pour résultat de libérer les parties de l'obligation énoncée dans l'engagement d'échanges compensés de conclure un contrat de fourniture dans l'autre direction et entraîner en même temps la résiliation de tout contrat de fourniture déjà conclu dans l'autre direction, à moins que des mesures spécifiées n'aient déjà été prises pour exécuter celui-ci (si, par exemple, les marchandises ont été préparées pour l'expédition ou ont été expédiées).

50. [49] La solution i peut convenir dans les cas où l'accord d'échanges compensés prévoit la conclusion d'une série de contrats de fourniture dans les deux directions. Pour les opérations de contre-achat et d'achat en retour, il peut aussi être opportun de disposer que la résiliation d'un contrat de contre-exportation donné ne devrait pas affecter le contrat d'exportation. En pareil cas, il peut être possible aux parties de conclure un contrat de fourniture destiné à remplacer un contrat de fourniture résilié (voir plus loin, paragraphe *55*). Du fait de cette possibilité, ainsi que de la possibilité d'exercer les recours disponibles au titre du contrat de fourniture résilié, les parties pourront ne pas souhaiter que la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction affecte la conclusion ou l'exécution de contrats dans l'autre direction. *En outre, si la résiliation du contrat de contre-exportation peut affecter le contrat d'exportation, il pourra alors être impossible à l'exportateur d'obtenir une assurance couvrant le risque de non-paiement au titre du contrat d'exportation. Faute de pouvoir faire assurer ce risque, il lui sera sans doute difficile, voire impossible, d'obtenir un financement pour le contrat d'exportation (voir le chapitre III, section C).*

51. [50] Compte tenu des effets que pourrait avoir la résiliation d'un contrat d'exportation dans le cadre d'une opération de contre-achat, d'achat en retour ou de compensation industrielle indirecte, la solution i peut avoir la préférence de l'importateur (contre-exportateur). L'importateur a souvent pour principal objectif, lorsqu'il s'engage dans des opérations d'échanges compensés, de trouver un débouché pour ses marchandises et le besoin qu'il a de trouver un tel débouché ne sera généralement pas réduit par la résiliation du contrat d'exportation. La solution i peut aussi avoir la préférence d'un acheteur tiers engagé par l'exportateur pour s'acquitter de son engagement d'échanges compensés; le tiers peut souhaiter que l'engagement d'échanges compensés reste valide, afin de pouvoir obtenir les honoraires convenus avec l'exportateur ou pour récupérer les sommes dépensées en prévision de l'achat et de la revente des marchandises faisant l'objet d'échanges compensés (voir le chapitre VIII, "Participation de tiers", *paragraphe 35*). L'exportateur (contre-importateur), en revanche, préférera vraisemblement la solution ii, en particulier s'il n'attend pas un profit de l'achat et de la revente des marchandises faisant l'objet d'échanges compensés. Dans ces types d'opérations, l'exportateur prend généralement un engagement d'échanges compensés pour pouvoir exporter ses propres marchandises; il ne souhaitera donc pas rester lié par l'engagement d'échanges compensés si le contrat d'exportation est résilié, mais il ne souhaitera pas non plus résilier les contrats de contre-exportation existants. Dans les opérations de compensation industrielle indirecte, une raison supplémentaire d'adopter la solution ii est que l'exportateur (contre-importateur) conclut des contrats de contre-importation avec des tiers fournisseurs et qu'il serait inopportun de résilier ces contrats en raison de circonstances qui n'ont rien à voir avec ces tiers.

52. [51] La question peut se poser de savoir si, quand la partie qui s'était initialement engagée à acheter est libérée de l'engagement d'échanges compensés, conformément à la solution ii, un tiers acheteur engagé par l'exportateur (contre-importateur) pourrait continuer à prétendre au versement d'honoraires par l'exportateur (contre-importateur) pour les achats qu'il aurait fait auprès du contre-exportateur après que la partie qui s'est initialement engagée à acheter a été libérée de l'engagement d'échanges compensés. Comme on l'a indiqué au chapitre VIII, "Participation de tiers" (*paragraphe 35*), il est conseillé aux parties de répondre expressément à cette question dans l'accord d'échanges compensés.

53. [52] La solution iii pourrait être adoptée lorsque les parties considèrent que l'opération d'échanges compensés ne peut se poursuivre si un contrat de fourniture dans une direction est résilié. Ce pourrait notamment être le cas lorsque les parties conviennent de lier leurs obligations de paiement de sorte que le produit d'un contrat de fourniture dans une direction soit utilisé pour effectuer le paiement correspondant au contrat de fourniture dans l'autre direction (chapitre IX, "Paiement"), ou lorsque, comme dans une opération de compensation industrielle directe, les marchandises fournies par une partie doivent être intégrées

dans les marchandises qui doivent être fournies dans l'autre direction. La solution iii serait aussi indiquée pour les opérations d'achat en retour dans le cadre desquelles la possibilité d'exécuter l'engagement d'échanges compensés est fonction de l'éxécution du contrat d'exportation.

54. [53] Si elles adoptent les solutions ii ou iii, les parties pourront souhaiter préciser dans l'accord d'échanges compensés qu'une partie ne sera libérée de ses obligations découlant de l'engagement d'échanges compensés ou d'un contrat de contre-exportation existant, du fait de la résiliation du contrat d'exportation, que si elle n'est pas elle-même responsable de cette résiliation. L'accord d'échanges compensés peut en outre disposer que, lorsqu'une des parties est responsable de la résiliation du contrat d'exportation (par exemple, parce qu'elle a livré des marchandises défectueuses ou n'a pas réussi à obtenir l'autorisation administrative nécessaire pour le contrat, ou l'émission d'une lettre de crédit), l'autre partie aura le choix entre deux options : maintenir la validité de l'engagement d'échanges compensés ou du contrat de contre-exportation, ou être libérée des obligations qui en découlent.

55. [54] Les paragraphes *49 à 54* ci-dessus traitent de la question de savoir si la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction doit affecter l'obligation incombant aux parties de conclure ou exécuter un contrat de fourniture dans l'autre direction. Les parties peuvent aussi se demander si la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction donnée devrait les obliger à conclure un contrat de fourniture de remplacement dans cette même direction. Une telle obligation peut être jugée appropriée en particulier lorsque l'accord d'échanges compensés prévoit la conclusion de contrats de fourniture multiples ou énumère différents types de marchandises pouvant faire l'objet d'échanges compensés.

3. Défaut de paiement

56. [55] Dans de nombreuses opérations d'échanges compensés, il est convenu que le paiement au titre du contrat de fourniture dans une direction doit être effectué indépendamment du paiement correspondant au contrat de fourniture dans l'autre direction. Par suite, si, dans une opération de contre-achat ou d'achat en retour, l'importateur tardait à payer l'exportateur (contre-importateur), ce dernier ne serait pas autorisé à suspendre le paiement au titre du contrat de contre-importation ou à compenser sa créance correspondant au contrat d'exportation avec son obligation de paiement au titre du contrat de contre-importation. De manière similaire, si le contre-importateur tardait à payer le contre-exportateur (importateur), ce dernier ne serait pas autorisé à refuser d'effectuer le paiement correspondant au contrat d'exportation ou à compenser les créances dans les deux directions. Lorsqu'il y a accord sur l'indépendance des obligations de paiement, il est conseillé de l'indiquer dans l'accord d'échanges compensés.

57. [56] Il peut cependant être décidé qu'un fournisseur qui n'a pas été payé pour les marchandises livrées dans une direction est autorisé à refuser de payer les marchandises livrées dans l'autre direction à concurrence du montant non réglé de la créance, ou de compenser les créances réciproques.

58. [57] L'avantage que présente l'indépendance des obligations de paiement est qu'elle n'accroît pas le risque de défaut de paiement au titre d'un contrat de fourniture dans une direction, contrairement à ce qui se passerait si on liait l'obligation de paiement au titre dudit contrat à la bonne exécution d'un contrat de fourniture dans l'autre direction. Il peut être ainsi plus facile d'obtenir le financement d'un contrat de fourniture parce que l'établissement de financement n'aura pas, pour évaluer le risque de défaut de paiement, à tenir compte de circonstances étrangères audit contrat (voir aussi plus haut, paragraphe *44*).

59. [58] Le fait de rendre les obligations de paiement interdépendantes présente, de son côté, un avantage : la partie qui ne reçoit pas de paiement pour les marchandises qu'elle a fournies bénéficie d'une garantie supplémentaire. Si cette partie refuse de payer ou compense les créances au titre des contrats de fourniture dans les deux directions, le résultat sera similaire à celui que l'on obtiendra avec les mécanismes de paiements liés dont on a traité au chapitre IX, "Paiement" (c'est-à-dire rétention de fonds, blocage de fonds ou compensation des créances réciproques). La différence est que, dans le cas examiné dans la présente section, le refus de paiement ou la compensation des créances est un droit découlant du non-paiement, tandis que, dans le cadre des mécanismes de paiements liés examinés au chapitre IX, le lien entre les obligations de paiement est un élément de la méthode de paiement prévue.

60. [59] Lorsque l'on convient qu'une partie est autorisée à ne pas payer ou à compenser les deux créances réciproques, on décide parfois aussi que la partie qui a la première livré des marchandises (exportateur) est autorisée à prendre possession des marchandises qui doivent être livrées par l'autre partie (importateur), ce qui lui permet d'obtenir la valeur correspondante et d'établir une obligation de paiement qui pourra être compensée avec la créance non réglée. Une telle stipulation est possible lorsque l'accord d'échanges compensés précise les marchandises qui doivent être contre-exportées. Pour appliquer une telle formule, il est conseillé de déterminer clairement les marchandises et l'endroit où elles se trouvent et d'envisager des mesures additionnelles en octroyant par exemple à l'exportateur une sûreté réelle sur ces marchandises et en lui donnant un droit exprès de revendiquer leur possession. Les parties peuvent aussi convenir que le contre-exportateur doit déposer les marchandises auprès d'un tiers et stipuler que ces marchandises seront remises au contre-importateur dans des conditions spécifiées.

4. Défaut de livraison des marchandises

61. [60] Les parties pourront souhaiter préciser dans l'accord d'échanges compensés les conséquences qu'auront sur l'opération d'échanges compensés un défaut de livraison, une livraison tardive ou une livraison de marchandises non conformes dans le cadre d'un contrat de fourniture dans une direction. Pour les cas où des problèmes de livraison entraînent la résiliation d'un contrat de fourniture dans une direction, les parties pourront souhaiter préciser dans l'accord d'échanges compensés (voir plus haut, paragraphes *49 à 55*), si la résiliation doit affecter l'obligation qu'ont les parties de conclure ou d'exécuter des contrats de fourniture dans l'autre direction. Pour les cas où des

problèmes de livraison dans le cadre d'un contrat de fourniture dans une direction n'entraînent pas la résiliation dudit contrat, les parties pourront souhaiter, pour les raisons présentées plus haut aux paragraphes *40 à 42*, stipuler expressément dans l'accord d'échanges compensés que leurs obligations en ce qui concerne la conclusion ou l'exécution de contrats de fourniture dans l'autre direction ne doivent pas être affectées. Une telle indépendance des obligations concernant les expéditions peut être inopportune dans des opérations d'achat en retour pour lesquelles la contre-exportation de marchandises est tributaire de la bonne exécution du contrat d'exportation.

[A/CN.9/362/Add.14]

XIV. CHOIX DE LA LOI APPLICABLE

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
A.	Remarques générales	1-7
B.	Choix de la loi applicable	8-24
C.	Choix de la même loi nationale ou de lois nationales différentes pour régir l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture	25-29
D.	Règles juridiques impératives de caractère public	30-33

[*Note des rédacteurs*. Le présent projet de chapitre est une révision du projet de chapitre XIV, "Choix de la loi applicable", publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5. La note entre crochets placée au début de chaque paragraphe, soit indique le numéro sous lequel ce paragraphe figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5, soit signale que ce paragraphe est nouveau. Les modifications apportées aux paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5 sont en italique.]

A. Remarques générales

1. [3] Le présent chapitre porte sur le choix que font les parties à une opération d'échanges compensés quant à la loi applicable à l'accord d'échanges *compensés, aux* contrats de fourniture dans les deux directions, *et au contrat par lequel une partie tenue de s'acquitter d'un engagement d'échanges compensés fait appel à un tiers pour s'acquitter dudit engagement. Le chapitre traite également de la question de savoir si l'accord d'échanges compensés et les contrats constituant l'opération devraient être soumis à une loi nationale unique ou à des lois nationales différentes (section C).* On n'y examine pas la loi applicable aux arrangements connexes faisant intervenir une personne qui n'est pas partie à l'opération d'échanges compensés. Ces autres arrangements peuvent être une garantie assurant l'exécution d'un engagement d'échanges compensés, un accord conclu entre les parties aux échanges compensés et leurs banques au sujet de mécanismes de paiement liés ou un accord conclu entre des banques participant à la mise en œuvre des mécanismes de paiement prévus. Certains aspects de la question de la loi applicable à ces arrangements sont examinés au chapitre XII, "Garantie de bonne exécution", paragraphes *[3], [5] et [13]*, et au chapitre IX, "Paiement", paragraphes *[4], [7], [16], [18], [19], [24] et [37].*

2. [1] En vertu des règles de droit international privé de *nombreuses lois nationales*, les parties ont la possibilité de choisir la loi applicable par convention, bien que *certaines de ces lois* limitent cette faculté de choix (les *règles* de droit international privé sont dénommées, *dans certains systèmes juridiques*, règles de "conflit de lois" ou règles sur le "choix de la loi"). Si elle n'est pas choisie par les parties, la loi applicable est déterminée par application des règles de droit international privé.

3. [2] Il convient de noter qu'en choisissant la loi applicable, les parties ne déterminent pas la juridiction compétente pour trancher un litige éventuel. Les questions relatives à la juridiction compétente sont examinées au chapitre XV intitulé "Règlement des litiges".

4. [4] Quelle que soit la loi applicable à l'accord d'échanges compensés ou aux contrats de fourniture, des règles juridiques impératives à caractère administratif ou public en vigueur dans les pays des parties et dans le pays où elles doivent s'acquitter de leurs obligations peuvent influer sur tel ou tel aspect de l'opération d'échanges compensés. Ces règles juridiques impératives peuvent, dans l'intérêt public, régir certaines questions comme, par exemple, les transferts de fonds internationaux, les types de marchandises qui peuvent faire l'objet d'opérations d'échanges compensés et les pratiques commerciales restrictives (voir *section D ci-après*).

5. [5] De surcroît, la mesure dans laquelle les parties ont la faculté de décider que telle ou telle question sera

régie par la loi choisie peut être limitée. Par exemple, indépendamment du choix fait par les parties, la loi de l'Etat où se trouvent les marchandises peut régir le transfert de propriété desdites marchandises et la loi de l'Etat où se trouve la banque qui détient les fonds peut régir la disposition desdits fonds. La question de savoir quel est *l'Etat* dont les règles de procédure régiront la procédure arbitrale ou judiciaire de règlement des litiges liés à l'opération d'échanges compensés est examinée au chapitre XV, "Règlement des litiges".

6. [6] *Un contrat de vente faisant partie d'une opération d'échanges compensés peut être soumis à* la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). *En application de son article premier,* cette convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents : *a)* lorsque ces Etats sont des Etats contractants ou *b)* lorsque les règles de droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant. *Il convient de noter que, même si la loi d'un Etat qui est partie à la Convention est la loi applicable, les opinions divergent quant à la question de savoir si la Convention s'appliquerait à un accord d'échanges compensés énonçant un engagement de conclure ultérieurement un contrat de fournitures. Toutefois, il ne semble pas y avoir d'incertitude, dans la législation de certains Etats, quant à l'applicabilité de la Convention à un accord d'échanges compensés contenant tous les éléments essentiels du contrat de fourniture à conclure. Cela, parce que, dans ces Etats (comme il est noté au chapitre IV, par. 40), une partie refusant de s'acquitter d'un tel engagement peut être réputée avoir consenti au contrat de vente effectif.*

7. [7] Pour l'examen de la question de la rédaction du contrat en fonction de la loi applicable, on se reportera au *chapitre V,* "Remarques générales sur la rédaction", paragraphe 6.

B. Choix de la loi applicable

8. [8] Il est souhaitable que les parties choisissent expressément la loi qui régira l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture. Un tel choix est utile parce qu'il permet aux parties de déterminer, en fonction des règles énoncées dans la loi applicable, les mesures qu'elles prendront en exécution de leurs obligations contractuelles ou en vertu de leurs droits contractuels. Quand elles ne choisissent pas la loi applicable, il se peut qu'elles aboutissent, par application des règles du droit international privé, à un résultat qui ne les satisfait pas. Dans une opération de contre-achat ou de compensation industrielle par exemple, il est probable, que, faute de choix des parties, les contrats de vente seront, en vertu des règles du droit international privé, régis par loi de l'Etat du vendeur. Si, pour une telle opération, l'accord d'échanges compensés n'est pas, en vertu des règles du droit international privé, régi par la même loi que le contrat de vente à conclure en application dudit accord, les conditions contractuelles communes à l'accord d'échanges compensés et au contrat de fourniture risquent de ne pas être interprétées de la même façon (voir *par. 25* ci-après).

9. [9] Il est aussi conseillé de choisir expressément la loi applicable à l'accord d'échanges compensés et aux contrats de fourniture pour éviter toute incertitude quant à la loi à appliquer. Cette incertitude, faute de choix d'une loi, peut tenir à deux facteurs.

10. [10] Premièrement, la loi applicable est déterminée par l'application des règles de droit international privé *d'une législation nationale.* Lorsqu'un litige né de l'accord d'échanges compensés ou d'un contrat de fourniture est appelé à être réglé dans le cadre d'une procédure judiciaire, les règles de droit international privé appliquées par le tribunal qui tranche le litige détermineront la loi applicable. Tout tribunal appliquera les règles de droit international privé de son propre pays. Si les parties ne se sont pas mises d'accord sur une clause de compétence exclusive (voir chapitre XV, "Règlement des litiges", par. *[41]*), les tribunaux de plusieurs pays pourront être compétents pour trancher le litige (par exemple, les pays dans lesquels les parties en litige ont leur établissement, ou le pays dans lequel l'obligation en question doit être exécutée). Il se peut donc que plusieurs systèmes de droit international privé déterminent la loi applicable à l'accord d'échanges compensés ou au contrat de fourniture. Lorsque des litiges sont appelés à être réglés dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, le tribunal arbitral décidera de la loi applicable, à moins que les parties elles-mêmes ne l'aient déjà choisie. *Dans certains cas, le tribunal arbitral déterminera la loi applicable* en fonction des règles de droit international privé qu'il jugera appropriées; *dans d'autres cas, il déterminera directement la loi applicable qu'il considère appropriée en l'espèce, sans faire expressément référence aux règles de droit international privé. Il peut être difficile de prévoir sur quels critères ou règles le tribunal arbitral se fondera pour déterminer la loi applicable.*

11. [11] Le deuxième facteur d'incertitude quant à la loi applicable est que, même si l'on sait quel système de droit international privé déterminera la loi applicable à l'accord d'échanges compensés et aux contrats de fourniture, les *critères et notions appliqués dans* ce système risquent d'être trop généraux ou trop flous pour permettre aux parties de prévoir avec une certitude raisonnable quelle loi sera déterminée comme étant applicable. La difficulté est aggravée dans le cas d'un accord d'échanges compensés en raison des incertitudes possibles quant à la nature juridique de cet accord et des incertitudes qui en résultent quant à la règle de droit international privé qui devrait déterminer la loi applicable.

12. [12] [*Le paragraphe 13 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.5 a été incorporé au présent paragraphe*] La mesure dans laquelle les parties sont autorisées à choisir la loi applicable est fonction des *règles de droit international privé qui sont appliquées.* Dans certains systèmes de droit international privé, l'autonomie des parties est limitée, puisqu'elles ne sont autorisées à choisir *qu'une loi nationale* présentant un lien avec le contrat, comme par exemple *la loi* du pays de l'une des parties, ou *celle* du lieu d'exécution. *Cette limitation est parfois désignée sous le nom de règle du "lien juridique". Dans d'autres systèmes de droit international privé, les parties sont autorisées à choisir, sans ces restrictions, la loi applicable à l'accord d'échanges compensés et aux*

contrats de fourniture. Du fait qu'un tribunal appelé à trancher un litige appliquera les règles de droit international privé en vigueur dans son pays, les parties devraient choisir une loi qui serait confirmée par les règles de droit international privé des pays dont les tribunaux pourraient avoir à connaître de leurs litiges. Si les parties envisagent d'adopter une clause de compétence exclusive, il est important qu'elles déterminent si les tribunaux de la juridiction envisagée confirmeraient leur choix quant à la loi applicable. *Si un litige est réglé par voie d'arbitrage, le tribunal arbitral appliquera normalement la loi choisie par les parties. Afin d'éviter l'application de la règle du "lien juridique", les parties disposent parfois expressément dans la clause désignant la loi applicable que cette règle ne s'appliquera pas. On notera qu'une telle disposition risque d'être sans effet dans la mesure où la règle du lien juridique sera sans doute considérée comme impérative. Cette disposition aura plus de chances d'être confirmée dans le cadre d'une procédure arbitrale.*

13. [14] Il est généralement souhaitable que la loi choisie par les parties pour régir l'accord d'échanges compensés ou les contrats de fourniture soit celle d'un pays déterminé. Il est en effet possible que les règles de droit international privé d'un pays où une action en justice pourrait être engagée ne reconnaissent pas comme valable le choix de principes généraux de droit ou de principes communs à plusieurs *pays* (par exemple ceux des pays des deux parties). Quand bien même un tel choix serait valable, il pourrait être difficile de circonscrire des principes de droit de nature à régler des litiges du type de ceux auxquels un accord d'échanges compensés ou un contrat de fourniture peut donner lieu. Il n'en reste pas moins qu'un tel choix *pourrait* se révéler réalisable dans certaines circonstances.

14. [Nouveau paragraphe] Lorsqu'une convention internationale applicable à l'opération d'échanges compensés est en vigueur dans un Etat, il est généralement admis que le choix de la loi dudit Etat englobera ladite convention. Le choix d'une convention du fait du choix de la loi nationale est expressément reconnu à l'alinéa *b* de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). En effet, cet alinéa dispose que la Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant.

15. [Nouveau paragraphe] Dans certains Etats, il est admis que les parties peuvent convenir que leur opération ne sera pas régie par une loi nationale, mais par une convention internationale ou par d'autres règles de droit telles qu'un texte juridique international n'ayant pas valeur de traité international ou par un ensemble de principes juridiques relatifs au commerce international. Toutefois, d'autres Etats exigent que soit applicable une loi nationale, de sorte que toute convention internationale ou toutes autres règles choisies par les parties ne s'appliqueront que dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions impératives de la loi nationale applicable.

16. [15] Dans de *nombreuses législations nationales*, une clause désignant la loi applicable est interprétée comme ne s'étendant pas à l'application des règles de droit international privé *de la loi nationale choisie*, même si la clause ne prévoit pas expressément une telle interprétation. Si toutefois cette interprétation n'est pas évidente, les parties tiendront peut-être à préciser dans la clause que les règles juridiques de fond *de la loi nationale* qu'elles ont retenue s'appliqueront. Sinon, le choix *de la loi nationale* risque d'être interprété comme s'étendant aux règles de droit international privé de *cette loi*, qui pourraient prévoir que les règles de fond d'une autre *loi nationale* s'appliqueront.

17. [16] Les parties souhaiteront peut-être choisir comme loi applicable celle du pays de l'une des parties contractantes. Elles pourront aussi préférer retenir la loi d'un pays tiers connue des deux parties et traitant d'une manière pertinente des problèmes juridiques que peuvent poser l'accord d'échanges compensés ou le contrat de fourniture. Si l'accord d'échanges compensés ou un contrat de fourniture prévoient la compétence exclusive des tribunaux d'un pays déterminé pour ce qui est de régler des litiges entre elles, les parties tiendront peut-être à faire de la loi de ce pays la loi applicable. Cette décision pourrait diligenter la procédure judiciaire et la rendre moins onéreuse étant donné que, normalement, il sera plus aisé à un tribunal de déterminer et d'appliquer sa propre loi que celle d'un autre pays.

18. [17] S'agissant de pays *composés de plusieurs unités territoriales dans lesquelles des lois différentes sont applicables* (comme dans certains Etats fédéraux), il est conseillé, afin d'éviter toute incertitude, de préciser *laquelle de ces lois* devra s'appliquer.

19. [18] En choisissant la loi applicable, les parties souhaiteront peut-être aussi tenir compte des facteurs suivants : *a)* connaissance qu'ont les parties de cette loi ou possibilité qu'elles ont d'en prendre connaissance; *b)* capacité qu'a cette loi de régler comme il convient les problèmes juridiques qui peuvent découler des relations contractuelles établies entre elles (les parties pourront par exemple souhaiter que la loi choisie donne effet à l'engagement pris dans l'accord d'échanges compensés de conclure ultérieurement des contrats); *c)* mesure dans laquelle cette loi renferme des règles impératives empêchant les parties de régler par convention des questions qui peuvent découler de leurs relations contractuelles.

20. [19] Les modifications apportées à la loi choisie par les parties pour régir l'accord d'échanges compensés et le contrat de fourniture peuvent selon les cas affecter ou ne pas affecter les contrats déjà conclus. Si les parties tiennent à ce que seules les règles en vigueur à la date de la conclusion de l'accord d'échanges compensés ou du contrat de fourniture s'appliquent, il leur est conseillé de l'indiquer expressément. Elles devraient toutefois ne pas oublier que cette restriction ne sera pas opérante si l'application aux contrats existants des modifications apportées à la législation est obligatoire.

21. [20] Différentes conceptions peuvent présider à la rédaction d'une clause désignant la loi applicable. On peut, par exemple, se contenter de stipuler que *l'accord d'échanges compensés ou* le contrat sera régi par la loi choisie. Cette disposition peut suffire s'il est évident que l'instance

choisie pour régler les litiges entre les parties appliquera la loi choisie à l'ensemble des questions que les parties souhaitent lui voir régler. On peut aussi stipuler que la loi choisie régira *l'accord d'échanges compensés ou* le contrat en question et y énumérer à titre indicatif les questions qu'elle est censée régir *(par exemple, formation du contrat ou rupture, résiliation ou invalidité de l'accord d'échanges compensés ou du contrat)*. Cette disposition peut être utile si les parties jugent souhaitable que les questions, en particulier celles qui sont énumérées à titre indicatif, soient régies par la loi choisie.

22. [21] Selon *les règles* de droit international privé de certains pays, la clause désignant la loi applicable peut être considérée comme un accord distinct du reste du contrat conclu entre les parties. Selon ces *règles*, la clause désignant la loi applicable pourra rester valable quand bien même le reste du contrat serait nul, à moins que les motifs de nullité ne s'étendent également à ladite clause. Dès lors que le contrat est nul, mais que la clause désignant la loi applicable reste valide, la formation et la non-validité du contrat, ainsi que les conséquences de sa nullité seront régies par la loi choisie.

23. [22] Selon la plupart des systèmes de droit international privé, la loi choisie peut régir la prescription des droits, alors que dans d'autres systèmes les règles relatives à la prescription sont considérées comme des règles de procédure et ne sauraient être choisies par les parties dans leur contrat. En pareil cas, ce sont les règles du lieu où est engagée la procédure judiciaire qui s'appliquent. Conformément à l'article 3 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974) *modifiée par le Protocole de 1980*, sauf disposition contraire de ladite Convention, celle-ci s'applique sans égard à la loi qui serait applicable en vertu des règles du droit international privé. Ainsi qu'on l'a indiqué au paragraphe 6 ci-dessus, il n'est pas sûr que les accords d'échanges compensés par lesquels les parties s'engagent à conclure ultérieurement un contrat de vente entrent dans le champ d'application de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. De manière similaire, il n'est pas sûr que ces accords d'échanges compensés entrent dans le champ d'application de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises.

24. [23] Les parties peuvent inclure dans l'accord d'échanges compensés une clause désignant la loi applicable non seulement audit accord mais aussi aux contrats de fourniture à conclure en application de l'accord. De cette manière, les parties peuvent régler dans l'accord d'échanges compensés une question qu'il leur faudrait sinon traiter dans chaque contrat de fourniture.

C. Choix de la même loi nationale ou de lois nationales différentes pour régir l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture
[titre modifié]

25. [24] Lors du choix de la loi applicable, les parties peuvent souhaiter examiner la question de savoir si l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture à conclure dans une direction ou dans les deux directions en application de l'accord devraient être soumis à *une loi nationale* unique ou à *diverses lois nationales*. L'application d'*une loi nationale* unique peut être souhaitable lorsque l'accord d'échanges compensés énonce les conditions des futurs contrats de fourniture et que les parties souhaitent faire en sorte que la signification juridique des conditions stipulées dans l'accord ne change pas lorsque ces conditions sont ultérieurement intégrées dans le contrat de fourniture. Cette uniformité peut être souhaitable en particulier pour les conditions relatives aux mécanismes de paiement (voir le chapitre IX, "Paiement", par. *[16]*) et à la qualité des marchandises et pour les conditions de livraison.

26. [25] Si les parties ont structuré leurs obligations de manière telle que celles qui découlent des contrats de fourniture dans les deux directions sont fortement liées entre elles, elles peuvent juger bon que tous leurs droits et obligations mutuels soient régis par un système juridique national unique. C'est notamment le cas des opérations de troc (voir le chapitre III, "Approche contractuelle", par. *3 à 8*) et des opérations de compensation industrielle directe (voir le chapitre II, "Portée et terminologie du Guide juridique", par. *17*). L'application de plus *d'une loi nationale* à ces opérations peut conduire à des discordances entre les obligations des parties.

27. [26] Dans les cas d'opérations de contre-achat, d'achat en retour et de compensation industrielle indirecte, les obligations des parties découlant d'une part du contrat de fourniture dans une direction (contrat d'exportation) et d'autre part de l'accord d'échanges compensés et du contrat de fourniture dans l'autre direction (contrat de contre-exportation) ne sont généralement pas aussi interdépendantes que dans le cadre des opérations de troc ou de compensation industrielle directe. Dans de tels cas, on ne peut conseiller une formule qui serait systématiquement la meilleure pour les parties : soumettre leurs obligations à une seule ou à plusieurs *lois nationales*. Dans certains de ces cas, les parties pourront souhaiter qu'une loi unique régisse toutes leurs obligations, notamment parce qu'il peut être plus simple d'administrer l'opération d'échanges compensés et d'obtenir les conseils juridiques nécessaires en tenant compte *d'une loi nationale* unique plutôt que de plusieurs. Dans certaines situations, cependant, les parties peuvent décider qu'une loi régira le contrat d'exportation et une autre le contrat de contre-exportation. Les parties peuvent choisir des lois différentes lorsque, d'une part, elles ont des raisons particulières de soumettre l'un des contrats à la loi d'un Etat déterminé et que, d'autre part, elles ne souhaitent pas que cette loi régisse l'ensemble de l'opération. Ces "raisons particulières" peuvent être par exemple le fait qu'en vertu de règles impératives de l'Etat d'une partie, certains types de contrats doivent être régis par les lois dudit Etat, le fait que la pratique commerciale veuille que l'un des contrats soit traditionnellement soumis à une *loi nationale déterminée* ou le fait que les contrats soient conclus par différents groupes de parties. Si les parties décident de soumettre la fourniture de marchandises dans les deux directions à des *lois nationales différentes*, elles pourront envisager, comme il est noté au paragraphe *25* plus haut, de soumettre à la même loi l'accord d'échanges compensés et le contrat de fourniture à conclure en vertu de cet accord.

28. [27] Lorsque la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises fait appel à un tiers pour s'acquitter de cet engagement, ces deux parties peuvent souhaiter soumettre le contrat désignant le tiers à la loi qui régit l'accord d'échanges compensés. En faisant un tel choix, elles contribueraient à ce que les termes communs à l'accord d'échanges compensés et au contrat désignant le tiers soient interprétés de la même façon. (La nécessité d'une harmonisation entre le contrat désignant le tiers et l'accord d'échanges compensés est examinée au chapitre VIII, "Participation de tiers" (par. *[22] à [25]*). Certains autres aspects de la loi applicable à la participation de tiers sont mentionnés aux paragraphes *[7], [9], [13] et [16]* du chapitre VIII.)

29. [28] Lorsque l'accord d'échanges compensés est intégré dans un contrat d'exportation (voir le chapitre III, "Approche contractuelle", *par. 17*), et qu'une clause désignant la loi applicable figure dans le contrat d'exportation, cette clause sera aussi valable, sauf disposition contraire, pour l'accord d'échanges compensés.

D. Règles juridiques impératives de caractère public

30. [29] Outre la loi applicable, des règles impératives de caractère administratif ou public en vigueur dans les pays des parties et dans d'autres pays (par exemple, le pays d'un tiers acheteur ou d'un tiers fournisseur ou le pays dans lequel est détenu le produit de la fourniture dans une direction) peuvent influer sur certains aspects de l'opération d'échanges compensés. Ces règles impératives peuvent s'appliquer aux résidents ou aux nationaux de l'Etat qui les édicte ou à certaines activités commerciales réalisées ou ayant des incidences dans le territoire dudit Etat. Il appartient essentiellement aux pouvoirs publics de les mettre en œuvre. Leur objet est d'assurer l'application de la politique économique, sociale, financière et étrangère de l'Etat. Les parties devraient donc en tenir compte en établissant l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture. (La question des réglementations nationales impératives est aussi examinée au chapitre II, "Portée et terminologie du Guide juridique", par. *9 et 10*).

31. [30] Ces règles peuvent avoir un caractère général et être applicables à divers types d'opérations commerciales ou peuvent ne s'appliquer qu'aux échanges compensés. Les règles à caractère général ont souvent trait aux normes de sécurité, à la protection de l'environnement, aux conditions d'hygiène et de travail, à la protection du consommateur, à l'emploi de personnel local, aux pratiques commerciales restrictives (voir le chapitre X, "Restrictions à la revente des marchandises", par. 3), aux droits de douane, aux taxes et aux restrictions concernant les exportations, aux importations, aux transferts de technologie et au paiement en devises.

32. [31] Les règles impératives propres aux échanges compensés peuvent énoncer par exemple que : *a)* certains types d'opérations d'échanges compensés nécessitent l'approbation des pouvoirs publics; *b)* l'importation de certains types de marchandises ne peut être effectuée que dans le cadre de certaines formes d'échanges compensés; *c)* certains types seulement de marchandises peuvent être offerts dans le cadre d'une opération d'échanges compensés (voir le *chapitre VI*, "Type, qualité et quantité des marchandises", par. *3 et 40*); *d)* les marchandises achetées en exécution d'un engagement d'échanges compensés doivent répondre à certaines règles concernant l'origine géographique (voir le *chapitre VI, par. 4* et le *chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 26*); *e)* l'utilisation d'un compte de relevé des opérations n'est autorisée que dans certaines conditions (voir le *chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 69*); *f)* l'achat de certains types de marchandises doit être pris en compte pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés à des taux spécifiés (voir le *chapitre IV, "Engagement d'échanges compensés, par. 31 à 34*); *g)* une autorisation préalable des pouvoirs publics est requise pour les arrangements de paiements liés limitant les paiements en devises dans le pays (voir le chapitre IX, "Paiement", par. *[5] et [18]*); *h)* des institutions financières déterminées doivent être utilisées pour le paiement (voir le chapitre IX, par. *[24] et [37]*).

33. [32] Les parties peuvent souhaiter traiter dans l'accord d'échanges compensés du cas où l'exécution de l'engagement d'échanges compensés serait empêchée du fait de la promulgation ou de la modification d'une règle impérative après la conclusion de l'accord. De telles clauses sont examinées au chapitre XIII, *"Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", section D.*

[A/CN.9/362/Add.15]

XV. RÈGLEMENT DES LITIGES

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
A. Remarques générales	1-7
B. Négociation	8-11
C. Conciliation	12-15
D. Arbitrage	16-41
1. Champ de l'accord compromissoire et mandat du tribunal arbitral	18-23
2. Types d'arbitrage et règles de procédure appropriées	24-30

		Paragraphes
3.	Nombre d'arbitres	31-33
4.	Nomination des arbitres	34
5.	Lieu de l'arbitrage	35-39
6.	Langue de la procédure	40-41
E.	Procédure judiciaire	42-45
F.	Règlement des litiges multipartites et des litiges portant sur plusieurs contrats	46-53

[*Note des rédacteurs.* Le présent projet de chapitre est une version révisée du projet du chapitre XV, "Règlement des litiges", publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6. La note placée entre crochets au début de chaque paragraphe soit indique le numéro sous lequel le paragraphe figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6, soit signale que ce paragraphe est nouveau. Les modifications apportées aux paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.6 sont en italique. Un astérisque indique les passages qui ont été supprimés sans avoir été remplacés par un nouveau texte.]

A. Remarques générales

1. [1] Dans une opération d'échanges compensés, il peut apparaître des litiges à propos de l'accord d'échanges compensés ou des contrats de fourniture conclus comme suite audit accord. Il est bon que les parties conviennent de la manière dont tout litige né de l'accord d'échanges compensés et des contrats de fourniture connexes sera réglé.

2. [2] En général, il est souhaitable que les parties s'efforcent dans une première étape de régler leurs litiges par la négociation (*section B*). Si la négociation échoue, les parties voudront peut-être soumettre leur litige à un conciliateur indépendant, qui fera des recommandations aux parties sur la manière de régler le litige (*section C*). Si cette méthode de règlement échoue également, il y a pour l'essentiel deux méthodes auxquelles il peut être fait appel pour obtenir une décision exécutoire : l'arbitrage et la procédure judiciaire. L'arbitrage est une méthode par laquelle les parties soumettent *pour décision* les litiges qui peuvent apparaître entre elles, ou qui sont déjà apparus, à un tribunal arbitral, composé d'une ou plusieurs personnes impartiales (arbitres) choisies par elles, qui prend une décision ayant force obligatoire (*section D*). Une procédure arbitrale ne peut être ouverte que sur la base d'un accord compromissoire. En général, les parties sont tenues d'accepter la décision du tribunal arbitral (sentence arbitrale) comme définitive et impérative. La sentence arbitrale est en général exécutée de la même manière qu'une décision judiciaire. Faute d'un accord compromissoire, les litiges entre les parties devront être tranchés dans le cadre d'une procédure judiciaire (*section E*).

3. [3] Le présent chapitre ne traite pas des procédures convenues par les parties pour déterminer les conditions des contrats de fourniture à conclure qui n'ont pas été définies dans l'accord d'échanges compensés. Il s'agit notamment des procédures à suivre par les parties pour négocier les conditions des contrats de fourniture, des normes et directives à utiliser pour déterminer ces conditions, de la désignation d'un tiers chargé de déterminer une disposition contractuelle, ou de l'autorisation donnée à une des parties de déterminer une condition contractuelle sur la base de paramètres convenus. Ces méthodes sont traitées au chapitre *IV, "Engagement d'échanges compensés"*, paragraphes *38 à 60*, et, pour ce qui est de dispositions contractuelles particulières, au *chapitre VI*, "Type, qualité et quantité des marchandises", *Paragraphes 25, 26, 34 et 39, et au chapitre VII*, "Etablissement du prix des marchandises", paragraphes 11 *à 47*.

4. [4] L'exécution d'une opération d'échanges compensés suppose en général des discussions régulières entre les parties, afin de régler les nombreux problèmes et malentendus qui peuvent l'être sans recours à une procédure de règlement des litiges. *Si de telles discussions aboutissent à une modification de l'accord d'échanges compensés ou d'un contrat de fourniture, il est bon d'exprimer l'accord conclu par écrit (voir chap. V, "Remarques générales sur la rédaction", par. 3 à 5).*

5. [5] Lorsque les parties incluent toutes leurs obligations contractuelles dans les deux directions dans un contrat unique (voir le chapitre III, "Approche contractuelle", par. 2 *à 10*), une clause de règlement des litiges au libellé général qui serait incorporée dans ce contrat régirait, sauf disposition contraire, tous les litiges nés du contrat. Toutefois, les parties incorporent en général leurs obligations dans les deux directions dans plus d'un contrat (voir le chapitre III, par. *11 à 23*). Dans les opérations comportant plusieurs contrats, les parties jugeront peut-être utile de convenir d'une seule clause de règlement des litiges pour tous les contrats de fourniture, *le contrat par lequel un tiers est engagé pour acheter ou fournir des marchandises,* ainsi que pour l'accord d'échanges compensés.

6. [5] Lorsque l'accord d'échanges compensés prévoit que les contrats de fourniture seront conclus ultérieurement, les parties peuvent disposer dans l'accord que tous ces contrats seront soumis à une méthode donnée de règlement des litiges. Ainsi, l'accord d'échanges compensés peut régler une question qui, sinon, devrait l'être dans chaque contrat de fourniture.

7. [*Nouveau paragraphe*] Dans certains Etats, la liberté donnée à un organisme de l'Etat ou à tout autre organisme public de conclure un accord compromissoire ou de convenir qu'un tribunal d'un Etat étranger sera compétent est restreinte. Le droit d'adopter de telles clauses de règlement des litiges peut être limité à certains types d'opéra-

tions ou à des opérations avec une partie étrangère, ou encore de telles clauses peuvent être soumises à autorisation. Il est souhaitable que les parties étudient les divers aspects du règlement des litiges dans de tels cas, afin de s'assurer qu'elles sont libres d'adopter une clause impérative de règlement des litiges.

B. Négociation

8. [6] Le mode le plus satisfaisant de règlement *d'un litige entre les parties* est en général *le règlement à l'amiable du litige par la* négociation entre les parties. Le règlement amiable *peut permettre d'éviter* toute rupture des relations commerciales entre les parties. En outre, les parties économiseront ainsi les dépenses considérables et le temps *supplémentaire* qu'exige en général le règlement des litiges par d'autres moyens. De plus, la négociation peut être une méthode particulièrement attrayante dans le cadre d'opérations d'échanges compensés à long terme, lorsque l'accord d'échanges compensés ne décrit qu'en termes généraux les conditions des futurs contrats de fourniture.

9. [7] Même si les parties souhaitent s'efforcer de régler leurs litiges par la négociation avant de recourir à d'autres modes de règlement, il n'est peut-être pas souhaitable que la clause de règlement des litiges interdise à une partie *de recourir à* une autre procédure de règlement avant l'expiration du délai imparti à la négociation. Si, toutefois, la clause prévoit que d'autres procédures de règlement ne peuvent être entamées durant la négociation, il est souhaitable d'autoriser dans certains cas une partie à entamer une autre procédure avant l'expiration de la négociation, par exemple lorsqu'une partie déclare durant la négociation qu'elle n'est pas disposée à poursuivre celle-ci ou lorsqu'il est nécessaire d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire avant la fin de la négociation, afin de prévenir la perte ou la prescription d'un droit. Il est souhaitable de préciser que le règlement obtenu par voie de négociation devra être consigné par écrit.

10. [8] Comme le résultat d'un litige entre deux parties à une opération d'échanges compensés peut avoir des incidences sur les intérêts *d'une autre partie à l'opération*, il peut être *convenu que la partie qui n'est pas* directement mêlée au litige *devrait être* autorisée à participer aux négociations. Cela peut être le cas lorsqu'un tiers est engagé pour acheter des marchandises faisant l'objet d'une opération d'échanges compensés et que le tiers et le fournisseur sont en litige. Dans ce cas, la partie ayant pris l'engagement initial d'acheter les marchandises peut être tenue de payer une somme convenue lorsque le tiers n'effectue pas l'achat prévu et que l'engagement d'échanges compensés n'est donc pas exécuté. De même, une partie qui s'est engagée à fournir et qui recrute à cette fin un fournisseur tiers peut être intéressée aux résultats d'un litige entre le fournisseur tiers et l'acheteur. Ce droit de participation à la négociation peut être limité aux cas où la partie ayant engagé le tiers reste responsable de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. *Dans le cas d'une opération d'échanges compensés multipartite, il peut être convenu que toutes les parties à l'opération participeront aux négociations.*

11. [9] Dans les opérations d'échanges compensés à long terme, les parties peuvent constituer un comité mixte chargé de coordonner et de contrôler l'exécution de l'opération (voir le chapitre *IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 64*). *Un tel comité* peut permettre aux parties de détecter très tôt les difficultés et litiges pouvant se produire et *il peut* constituer un *mécanisme* approprié pour le règlement des litiges par la négociation.

C. Conciliation

12. [10] Si les parties ne peuvent régler leur litige par la négociation, elles voudront peut-être essayer la conciliation avant de recourir à une procédure arbitrale ou judiciaire. La conciliation a pour objet d'arriver à un règlement amiable du litige avec l'assistance d'un conciliateur neutre, respecté par les deux parties. Au contraire d'un arbitre ou d'un juge, le conciliateur ne tranche pas le litige, mais aide les parties à s'accorder sur un règlement, souvent en leur proposant des solutions.

13. [11] La conciliation *étant une procédure non contradictoire et confidentielle*, il est plus facile aux parties de préserver leurs bonnes relations commerciales que dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire. La conciliation peut même améliorer les relations entre les parties, car son champ, de même que l'accord définitif conclu par les parties, peut dépasser les strictes limites du litige à l'origine de la procédure de conciliation. Elle peut également permettre la participation de parties qui ne sont pas directement mêlées au litige, mais qui sont intéressées à son règlement. Par contre, la conciliation peut présenter un inconvénient : si elle échouait, l'argent et le temps dépensés l'auraient été en vain.* Il est souhaitable qu'avant d'entamer une procédure de conciliation, les parties étudient soigneusement s'il y a de bonnes chances d'arriver à un règlement.

14. [12] Si les parties disposent qu'elles pourront recourir à la conciliation, elles devront régler un certain nombre de questions pour que cette procédure soit efficace. Il n'est pas possible de régler toutes ces questions dans l'accord d'échanges compensés; il vaut mieux que les parties y incorporent par référence un règlement de conciliation établi par une organisation internationale, par exemple le Règlement de conciliation de la CNUDCI[1].

15. [13] *Il est souvent souhaitable d'entamer une procédure de conciliation avant de recourir à une procédure arbi-*

[1]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa treizième session (1980), *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 106 [*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XI : 1980, première partie, II, A (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.V.8)]. Le Règlement de conciliation de la CNUDCI a également été publié sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.V.6). Il comporte une clause de conciliation type libellée comme suit : "Quand, en cas de litige découlant du présent contrat ou lié audit contrat, les parties souhaitent rechercher un règlement amiable de ce litige par la conciliation, celle-ci se fera conformément au Règlement de conciliation de la CNUDCI actuellement en vigueur". L'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa résolution 35/52 du 4 décembre 1980, a recommandé l'utilisation du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

trale ou judiciaire. Si, durant la procédure de conciliation, une procédure arbitrale ou judiciaire a été entamée, les parties pourront néanmoins juger utile de poursuivre la conciliation. *Une procédure de conciliation peut également être ouverte après l'ouverture d'une procédure arbitrale ou judiciaire.*

D. Arbitrage

16. [14] Diverses raisons expliquent pourquoi l'arbitrage est si souvent utilisé pour le règlement de litiges nés d'opérations d'échanges compensés. La procédure arbitrale peut être structurée par les parties de manière à être moins formelle qu'une procédure judiciaire et à mieux répondre à leurs besoins et aux caractéristiques des litiges susceptibles de découler d'un accord d'échanges compensés ou d'un contrat annexe. Les parties peuvent choisir pour arbitres des personnes ayant une connaissance approfondie de l'objet du litige. Elles peuvent choisir le lieu où se déroulera la procédure arbitrale, de même que la langue ou les langues à utiliser dans la procédure. En outre, elles peuvent choisir la loi applicable, et ce choix sera dans presque tous les cas respecté par le tribunal arbitral, ce qui n'est pas toujours vrai de la procédure judiciaire (voir chap. XIV, "Choix de la loi applicable", *par. 12*). Lorsque les parties conviennent de recourir à l'arbitrage, aucune d'elles n'est tenue de se soumettre aux tribunaux du pays de l'autre partie. La procédure arbitrale portera sans doute moins atteinte aux relations commerciales entre les parties qu'une procédure judiciaire. La procédure et la sentence arbitrales peuvent rester confidentielles, alors que ce n'est en général pas possible pour une procédure et une décision judiciaires. L'arbitrage tend à être plus rapide et *peut être* moins onéreux qu'une procédure judiciaire. On notera toutefois que certains *Etats* prévoient des procédures judiciaires sommaires *pour des litiges portant sur une* somme ne dépassant pas un certain montant. *En vertu de certaines législations nationales, un tribunal arbitral peut avoir davantage de latitude qu'un tribunal judiciaire pour octroyer au demandeur l'exécution voulue plutôt que des dommages-intérêts.* Enfin, étant donné qu'il existe des conventions internationales favorisant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ces sentences sont en général reconnues et exécutées plus aisément que les décisions judiciaires étrangères. On notera en particulier la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), à laquelle de nombreux Etats sont parties[2].

17. [15] En revanche, une sentence arbitrale peut être annulée dans le cadre d'une procédure judiciaire. Si une telle procédure est engagée, le règlement définitif du litige en sera retardé. Toutefois, dans de nombreux systèmes juridiques, une sentence arbitrale ne peut être annulée que pour des motifs limités, par exemple si les arbitres n'étaient pas habilités à connaître du litige, si une partie n'a pu faire valoir ses moyens dans le cadre de la procédure arbitrale, si les règles applicables à la nomination des arbitres ou à la procédure arbitrale n'ont pas été respectées, ou si la sentence est contraire à l'ordre public. On notera également que, dans certains systèmes juridiques, il n'est pas possible aux parties d'exclure les tribunaux judiciaires du règlement de certains types de litiges. *En outre, un tribunal peut prononcer et imposer des mesures provisoires ou conservatoires dans une plus large mesure qu'un tribunal arbitral.*

1. Champ de l'accord compromissoire et mandat du tribunal arbitral

18. [16] En général, la procédure arbitrale ne peut être organisée que sur la base d'un accord entre les parties. Cet accord peut prendre la forme soit d'une clause compromissoire incluse dans l'accord d'échanges compensés ou dans le contrat *connexe*, soit d'un accord compromissoire distinct conclu par les parties avant ou après la naissance du litige. Comme il peut être plus difficile d'arriver à un accord à ce propos après qu'un litige est apparu, il est souhaitable de conclure un accord compromissoire dès le début de l'opération d'échanges compensés. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, un accord compromissoire n'est valable, pour ce qui est de la procédure comme du fond, que s'il est conclu *ou confirmé* après qu'un litige est apparu.

19. [17] L'accord compromissoire devrait indiquer quels litiges doivent être réglés par arbitrage. Par exemple, la clause compromissoire peut disposer que tous les litiges nés de l'accord d'échanges compensés ou liés à cet accord, ou nés de la violation, résiliation ou nullité de l'accord, ou liés à cette violation, résiliation ou nullité, doivent être réglés par arbitrage. Dans certains cas, les parties voudront peut-être exclure de ce vaste champ de compétence certains litiges dont elles ne souhaitent pas qu'ils soient réglés par arbitrage.

20. [18] Si la loi applicable à la procédure arbitrale le permet, les parties voudront peut-être autoriser le tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires en attendant le règlement définitif du litige. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, les tribunaux arbitraux ne sont pas habilités à ordonner de telles mesures. Dans d'autres systèmes juridiques autorisant le tribunal arbitral à ordonner de telles mesures, celles-ci ne peuvent être exécutées; dans ces cas, il est peut-être préférable que les parties se tournent vers un tribunal judiciaire, qui pourra ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Dans de nombreux systèmes juridiques, un tribunal judiciaire peut ordonner de telles mesures, même si le litige doit être ou a été soumis à l'arbitrage.

21. [19] Il est souhaitable que l'accord compromissoire dispose que les parties doivent exécuter les décisions arbitrales, y compris les décisions ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires, l'avantage en étant que dans certains systèmes juridiques, lorsqu'une sentence arbitrale n'est pas exécutoire dans le pays d'une partie, un défaut d'exécution de la sentence par une partie, malgré l'obligation qui lui en est faite dans l'accord, pourra être considéré, dans le cadre d'une procédure judiciaire, comme un défaut d'exécution d'une obligation contractuelle.

22. [20] Si une procédure judiciaire est entamée pour un litige couvert par un accord compromissoire reconnu comme valide, le tribunal judiciaire renverra normalement

[2]Organisation des Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 330, n° 4739 (1959).

le litige à l'arbitrage si une demande à cette fin lui est présentée en temps voulu. Toutefois, le tribunal judiciaire peut conserver le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et sera normalement habilité à contrôler certains aspects de la procédure arbitrale (il pourra, par exemple, prendre une décision en cas de récusation des arbitres) et à annuler la sentence arbitrale pour certains motifs (voir plus haut, *par. 17*).

23. [21] Il est souhaitable que les parties soient prudentes en ce qui concerne l'autorisation donnée au tribunal arbitral de trancher les litiges *ex aequo et bono* ou de faire office d'amiable compositeur, car les arbitres ne sont pas habilités à le faire dans certains systèmes juridiques. En outre, de telles autorisations peuvent être interprétées de diverses manières et être sources d'incertitudes juridiques. Par exemple, ces termes peuvent être interprétés comme autorisant les arbitres à se guider soit uniquement sur les principes de l'impartialité, de la justice ou de l'équité, soit aussi sur les dispositions de la loi applicable considérées comme fondamentales dans le système juridique auquel se rattache ladite loi. Si les parties souhaitent autoriser le tribunal arbitral à trancher des litiges sans appliquer toutes les règles juridiques d'un Etat, elles voudront peut-être spécifier les normes ou règles en application desquelles le tribunal arbitral devra prendre une décision quant au fond du litige. *En outre*, afin d'éviter tout malentendu, les parties voudront peut-être préciser que le tribunal arbitral doit respecter les clauses du contrat *de fourniture ou de l'accord d'échanges compensés* et tenir compte des usages pertinents du commerce international.

2. *Types d'arbitrage et règles de procédure appropriées*

24. [22] Les parties peuvent choisir le type d'arbitrage qui répond le mieux à leurs besoins. Il est bon qu'elles conviennent de règles appropriées qui régiront la procédure arbitrale. Il existe une gamme étendue de modes d'arbitrage prévoyant une participation plus ou moins active d'organes permanents (par exemple, des institutions d'arbitrage, des tribunaux arbitraux, des associations professionnelles ou commerciales et des chambres de commerce) ou de tiers (par exemple, des présidents de tribunaux arbitraux ou de chambres de commerce). A une extrémité de cet éventail, on trouve l'arbitrage ad hoc proprement dit, qui ne suppose en aucune manière la participation d'un organe permanent ou d'un tiers. C'est-à-dire, en termes pratiques, qu'aucune aide extérieure ne sera disponible (sauf, peut-être, celle d'un tribunal national) si, par exemple, les parties se heurtent à des difficultés pour nommer ou récuser un arbitre. En outre, tous les arrangements administratifs nécessaires devront être pris par les parties ou par les arbitres eux-mêmes. A l'autre extrémité de l'éventail, on trouve les arbitrages entièrement organisés et supervisés par un organe permanent, qui peut revoir le mandat des arbitres et le projet de sentence et modifier la forme de la sentence et faire des recommandations quant au fond.

25. [23] Entre ces deux types d'arbitrage, il existe une variété considérable de systèmes qui tous font appel à une autorité de nomination, mais qui diffèrent quant aux services administratifs fournis. La fonction essentielle, mais non nécessairement exclusive, des autorités de nomination consiste à constituer le tribunal arbitral ou à contribuer à sa constitution (par exemple, en nommant les arbitres, en prenant une décision en cas de récusation ou en remplaçant un arbitre). Les services administratifs ou logistiques, qui peuvent être offerts en bloc ou séparément, sont notamment les suivants : transmettre les communications écrites d'une partie ou des arbitres; aider le tribunal arbitral à fixer et à notifier la date, l'heure et le lieu des audiences et autres séances; fournir, directement ou indirectement, des salles de réunion pour les audiences ou délibérations du tribunal arbitral; organiser la transcription sténographique des audiences et l'interprétation durant les audiences et, le cas échéant, la traduction de pièces; aider à classer ou enregistrer la sentence arbitrale, le cas échéant; détenir les consignations et gérer les comptes relatifs aux honoraires et dépenses; assurer les tâches administratives (secrétariat, etc.).

26. [24] A moins que les parties ne choisissent l'arbitrage ad hoc proprement dit, elles souhaiteront peut-être convenir de l'organe ou de la personne qui s'acquittera des fonctions requises. Pour ce faire, il serait bon de tenir compte des facteurs suivants : volonté de s'acquitter des fonctions requises; compétence, notamment en ce qui concerne les questions internationales; adéquation des honoraires eu égard aux services requis; siège ou résidence de l'organe ou de la personne; limitation possible des services fournis à une zone géographique donnée. Ce dernier point devra être examiné compte tenu du lieu probable ou convenu de l'arbitrage (voir plus loin, *par. 35 à 39*). Toutefois, certaines fonctions (par exemple, la nomination) ne doivent pas nécessairement être assurées sur le lieu de l'arbitrage et certaines institutions d'arbitrage sont disposées à fournir des services dans des pays autres que ceux où elles ont leur siège.

27. [25] Dans la plupart des cas, la procédure arbitrale sera régie par *les règles de procédure* de l'Etat où elle se déroule. De nombreux Etats ont adopté des lois régissant divers aspects de la procédure arbitrale. Certaines de ces dispositions sont impératives, d'autres non. Lorsqu'elles choisiront le lieu de l'arbitrage (voir plus loin, par. 33 à 37), les parties voudront peut-être rechercher dans quelle mesure la loi du lieu envisagé reconnaît les exigences et caractéristiques particulières de l'arbitrage commercial international et, notamment, si cette loi est suffisamment libérale pour autoriser les parties à adapter les règles de procédure à leurs besoins et désirs particuliers, tout en garantissant que la procédure sera équitable et efficace. Des progrès ont été enregistrés dans cette voie, comme il ressort de la législation moderne de certains Etats, et cette tendance est favorisée et renforcée par la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[3]. Cette loi est acceptée par de plus en plus d'Etats appartenant à

[3]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session (1985), *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), par. 332 et annexe I [*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XVI : 1985, troisième partie, I (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.4)]. Dans sa résolution 40/72 du 11 décembre 1985, l'Assemblée générale des Nations Unies a recommandé "que tous les Etats prennent dûment en considération la Loi type sur l'arbitrage commercial international en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international".

des régions différentes et ayant des systèmes juridiques et économiques différents.

28. [26] Comme les règles de procédure de la législation en la matière de certains Etats ne répondent pas nécessairement aux caractéristiques et exigences particulières de l'arbitrage commercial international et comme, en tout cas, cette législation ne contient pas de règles régissant toutes les questions de procédure pouvant se poser dans le cadre d'une procédure arbitrale, les parties voudront peut-être adopter un ensemble de règles régissant la procédure arbitrale dans le cadre de leur accord. Si les parties souhaitent que leur arbitrage soit organisé par une institution, cette institution peut demander aux parties d'appliquer son propre règlement et refuser de s'occuper d'une affaire si les parties ont modifié certaines règles que l'institution considère comme fondamentales pour son système d'arbitrage. La plupart des institutions d'arbitrage donnent toutefois le choix entre deux ensembles de règles, ou parfois plus, et autorisent *souvent* les parties à modifier telle ou telle règle. Si les parties ne sont pas priées par une institution d'appliquer un ensemble de règles donné ou de choisir parmi des règlements donnés, ou si elles optent pour l'arbitrage ad hoc, elles sont libres de choisir leur règlement. Pour ce faire, elles voudront peut-être se demander si ce règlement convient aux litiges internationaux et si les procédures énoncées dans le règlement sont acceptables.

29. [27] Parmi les nombreux règlements d'arbitrage promulgués par des organisations internationales ou des institutions d'arbitrage, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[4] mérite une mention particulière. Ce règlement s'est révélé acceptable pour les divers systèmes juridiques et économiques et il est connu et utilisé dans toutes les régions du monde. Les parties peuvent y recourir aussi bien dans les arbitrages ad hoc proprement dits que dans les arbitrages prévoyant une autorité de nomination fournissant ou ne fournissant pas de services administratifs additionnels. Un nombre considérable d'institutions d'arbitrage du monde entier ont adopté le Règlement comme leur règlement propre pour les litiges internationaux ou se sont proposées comme autorités de nomination dans le cadre de ce règlement. La plupart d'entre elles sont disposées à fournir des services administratifs dans les arbitrages menés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

30. [28] Lorsqu'une clause type accompagne le règlement d'arbitrage devant régir l'arbitrage de litiges nés de l'accord d'échanges compensés, ou est proposée par une institution d'arbitrage, l'adoption de cette clause par les parties peut contribuer à éviter les incertitudes et à renforcer l'efficacité de l'accord compromissoire. Certaines clauses types, telles que celle qui est jointe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, autorisent les parties à régler par convention certaines questions pratiques. Il s'agit de la participation d'une autorité de nomination, ainsi que du nombre des arbitres (voir *par. 31 à 33* ci-après), de la nomination des arbitres (voir plus loin, *par. 34*), du lieu de l'arbitrage (voir plus loin, *par. 35 à 39*) et de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale (voir plus loin, *par. 40 et 41*)[5] [*nouvelle note*].

3. Nombre d'arbitres

31. [29] Les parties voudront peut-être spécifier dans la clause compromissoire le nombre des arbitres qui constitueront le tribunal arbitral. Si elles ne le font pas, le règlement d'arbitrage choisi ou, dans certains cas, la loi applicable en matière d'arbitrage spécifiera leur nombre, ou la manière dont ce nombre doit être déterminé. En s'accordant sur le nombre d'arbitres, les parties pourront s'assurer que ce nombre répond à leurs besoins et désirs particuliers, et il n'y aura plus d'incertitude quant à cet aspect de la procédure de nomination. Toutefois, les parties doivent être conscientes du fait que certaines lois nationales limitent leur liberté de convenir du nombre d'arbitres en interdisant, par exemple, un nombre pair.

32. [30] Outre les restrictions juridiques éventuelles mentionnées ci-dessus, les considérations à prendre en compte pour déterminer le nombre des arbitres sont essentiellement de caractère pratique. Pour que la procédure arbitrale et la prise de décisions soient efficaces, il est en général souhaitable de choisir un nombre impair, par exemple un ou trois, bien que, dans la pratique, les parties chosissent parfois deux membres et adjoignent un mécanisme permettant de faire *intervenir* un tiers arbitre, ou surarbitre, pour trancher en cas de blocage.

33. [31] Pour ce qui est du choix entre un ou trois arbitres, les parties voudront peut-être considérer qu'une procédure arbitrale menée par un arbitre unique est en général moins onéreuse et tend à être plus rapide qu'une procédure avec trois arbitres, auxquels il faut verser des honoraires et dont les calendriers doivent être pris en considération. Par contre, avec un groupe de trois arbitres, on dispose de davantage de compétences et d'expérience. Puisque les compétences et l'expérience souhaitables peuvent être de types différents, on peut envisager différents modes de nomination des arbitres.

[4]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa neuvième session (1976), *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57 [*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. VII : 1976, première partie, II, A (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.V.1)]. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a également été reproduit sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.V.6). L'Assemblée générale, dans sa résolution 31/98 du 15 décembre 1976, a recommandé l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

[5][*Nouvelle note*] La clause ci-après est recommandée dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI : "Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur.

Note. Les parties voudront peut-être ajouter les indications suivantes :

a) L'autorité de nomination sera ... (nom de la personne ou de l'institution);

b) Le nombre d'arbitres est fixé à ... (un ou trois);

c) Le lieu de l'arbitrage sera ... (ville ou pays);

d) La langue (les langues) à utiliser pour la procédure d'arbitrage sera (seront) ...".

4. Nomination des arbitres

34. [32] Dans un arbitrage international, chaque partie peut vouloir choisir un arbitre qui connaisse bien le cadre économique et juridique dans lequel elle fonctionne. Aussi les parties pourront-elles convenir d'une méthode par laquelle chacune choisira un arbitre, le troisième étant choisi par les deux arbitres ou par une autorité de nomination. En revanche, dans des litiges complexes portant sur des questions juridiques, techniques et économiques, il peut être très avantageux de recourir à des arbitres ayant des compétences et une expérience différentes dans les domaines pertinents. Lorsque les parties attachent une importance particulière à cette question, elles peuvent charger une autorité de nomination de nommer les trois arbitres et peuvent éventuellement spécifier les qualifications ou l'expérience requises des arbitres.

5. Lieu de l'arbitrage

35. [33] Les parties voudront peut-être spécifier dans l'accord compromissoire le lieu où se déroulera la procédure et où la sentence arbitrale sera rendue. Le choix d'un lieu approprié pour l'arbitrage peut être d'une importance essentielle pour le bon fonctionnement de la procédure et pour l'exécution de la sentence. Les considérations ci-après peuvent guider le choix du lieu de l'arbitrage.

36. [34] Premièrement, les parties pourront juger souhaitable de choisir un lieu tel que la sentence rendue en ce lieu soit exécutoire dans les pays où les parties ont leur établissement ou des avoirs substantiels. Dans de nombreux Etats, les sentences arbitrales ne sont directement exécutoires qu'en application de traités multilatéraux ou bilatéraux et souvent uniquement sur la base de la réciprocité. Dans certains Etats, l'exécution est possible en application d'une législation prévoyant l'exécution réciproque des sentences prononcées dans certains autres Etats. Les parties voudront donc peut-être choisir un lieu se situant dans un Etat qui ait conclu un tel traité ou de tels arrangements de réciprocité avec les Etats où l'exécution pourra être demandée ultérieurement.

37. [35] Deuxièmement, les parties pourront juger souhaitable de choisir un lieu où la législation de l'arbitrage offre un cadre juridique approprié pour les litiges internationaux. Il se peut que certaines législations ne conviennent pas si, par exemple, elles limitent indûment l'autonomie des parties ou n'offrent pas, en matière de procédure, des règles permettant d'assurer une procédure efficace et équitable.

38. [36] D'autres considérations sont de caractère plus pratique : le lieu convient-il aux parties et aux autres participants à la procédure ? Les moyens nécessaires, y compris les salles de réunion, services d'appui et moyens de communication, y sont-ils disponibles ? Une institution d'arbitrage ou une chambre de commerce pourront-elles y fournir les services nécessaires, si les parties souhaitent en bénéficier ? Quels seront les coûts et dépenses pertinents, y compris les frais liés au logement, aux salles de réunion et aux services d'appui ? Les conseils des parties pourront-ils les représenter sans qu'il soit nécessaire de recourir à des conseils locaux ? Il faut en outre noter qu'il peut être avantageux que la procédure arbitrale se déroule dans un lieu proche de l'objet du litige.

39. [37] Toutefois, d'autres considérations conduisent parfois les parties à convenir d'un lieu extérieur aux Etats où elles ont leur établissement. Par exemple, elles peuvent choisir un Etat tiers lorsque aucune d'entre elles ne souhaite que l'arbitrage ait lieu dans le pays de l'autre partie; en effet, si la procédure doit se dérouler dans l'Etat d'une partie, l'autre pourra juger que cette dernière bénéficiera d'un environnement juridique et psychologique familier et aura pour diverses raisons plus de facilités pour faire valoir ses moyens.

6. Langue de la procédure

40. [38] Les parties voudront peut-être également spécifier la langue à utiliser dans la procédure arbitrale. Le choix de la langue peut influer sur l'efficacité de la procédure et sur son coût. Dans toute la mesure possible, il est souhaitable de ne spécifier qu'une langue, par exemple la langue dans laquelle *les documents relatifs à l'opération sont rédigés*. Lorsque plus d'une langue est retenue, les coûts de la traduction et de l'interprétation d'une langue dans l'autre sont en général considérés comme faisant partie du coût de l'arbitrage et sont répartis de la même manière que les autres coûts.

41. [39] Les parties voudront peut-être spécifier quelles pièces ou communications devront être soumises ou traduites dans la langue spécifiée. Elles peuvent, par exemple, stipuler que les pièces écrites, les témoignages oraux lors d'une audience et toute sentence, décision ou autre communication du tribunal arbitral seront dans la langue spécifiée. Le tribunal peut être laissé libre de décider dans quelle mesure les pièces constituant des éléments de preuve doivent être traduites. Cette liberté peut être appropriée, étant entendu que les pièces soumises par les parties peuvent être volumineuses et qu'elles se rattachent rarement dans leur intégralité au litige.

E. Procédure judiciaire

42. [40] Si les parties ne peuvent convenir de soumettre leurs litiges à l'arbitrage, les litiges qui ne sont réglés ni par la négociation, ni par la conciliation devront l'être par voie judiciaire. Les tribunaux de deux pays ou plus peuvent parfois connaître d'un litige donné entre les parties, et la manière dont le litige sera tranché peut différer selon que tel ou tel tribunal en sera saisi. Par exemple, la validité et les conséquences du choix par les parties de la loi applicable au contrat dépendront des règles de droit international privé dans le pays du tribunal saisi du litige (voir chap. XIV, "Choix de la loi applicable", *par. 12*).

43. [41] Les incertitudes imputables au fait que plus d'un tribunal peut connaître du litige peuvent être atténuées si les parties incluent dans le contrat une clause de compétence exclusive par laquelle elles sont tenues de soumettre leurs litiges à un tribunal donné, en un lieu donné d'un pays donné. Toutefois, les parties devraient garder

présent à l'esprit que, dans de nombreux systèmes juridiques, une clause conférant compétence exclusive à un tribunal n'est valide que si ledit tribunal *serait habilité, en l'absence d'une clause de compétence exclusive*, à connaître du type de litige qui lui est soumis en vertu de la clause. Par suite, avant de choisir un tribunal, les parties devraient s'assurer que ce tribunal est habilité à connaître des types de litiges qui lui seront soumis. Il est souhaitable que la clause spécifie un tribunal dans le pays choisi, au lieu de faire simplement référence à "*un tribunal compétent*" dudit pays, afin d'éviter toute incertitude quant au tribunal habilité à connaître du litige. La clause peut spécifier les types de litiges auxquels elle s'applique, de la même manière que l'accord compromissoire (voir plus haut, *par. 19*).

44. [42] Lorsqu'elles souhaitent soumettre leurs litiges aux tribunaux d'un Etat donné, les parties devraient étudier dans quelle mesure une décision judiciaire prise dans ledit Etat serait exécutoire dans le pays des parties, ou dans tout autre pays où l'exécution pourrait être demandée (voir plus haut, *par. 36*).

45. [43] Une clause de compétence exclusive peut certes réduire les incertitudes à propos de questions telles que la loi applicable et le caractère exécutoire d'une décision et faciliter le règlement multipartite des litiges (voir *par. 50 à 53* ci-après), mais elle peut aussi présenter certains inconvénients. Si un tribunal d'un pays de l'une des parties s'est vu conférer compétence exclusive et que la clause de compétence exclusive n'est pas valide aux termes de la loi du pays du tribunal choisi, alors qu'elle est valide aux termes de la loi du pays de l'autre partie, il risque d'être difficile d'entamer une procédure judiciaire dans l'un ou l'autre de ces pays. Il se peut que les difficultés liées à la mise en route de la procédure judiciaire se trouvent amplifiées si les parties confèrent compétence exclusive au tribunal d'un pays tiers.

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

46. [44] Les opérations d'échanges compensés font souvent intervenir plusieurs contrats dans les deux directions, outre l'accord d'échanges compensés. Dans ces opérations à contrats multiples, les parties voudront peut-être étudier s'il serait souhaitable de convenir d'une instance unique chargée du règlement de tous les litiges pouvant découler de l'opération, c'est-à-dire le même conciliateur, le même tribunal arbitral ou le même tribunal judiciaire. Si les litiges doivent être réglés par voie judiciaire, les parties voudront peut-être conférer compétence exclusive à un tribunal donné (voir plus haut, *par. 43 à 45*). Si les parties optent pour l'arbitrage ou la conciliation, elles voudront peut-être convenir que le tribunal arbitral ou le conciliateur nommé pour régler le premier litige sera également nommé pour régler tout litige qui pourrait découler ultérieurement de l'opération d'échanges compensés.

47. [45] Le choix d'une instance unique pour régler les litiges est recommandé lorsque les litiges en question posent des problèmes factuels ou juridiques similaires. Une telle solution est favorable à l'économie et à l'efficacité du règlement des litiges, facilite la fusion des procédures de règlement des litiges et réduit le risque de voir prendre des décisions contradictoires. Même si les litiges pouvant découler de l'opération d'échanges compensés ne soulèvent pas les mêmes problèmes factuels ou juridiques, le choix d'une instance unique peut être avantageux, car il permettra aux parties de réduire le coût des services juridiques requis et facilitera la gestion de l'opération.

48. [46] Dans certains cas, toutefois, les parties conviennent de soumettre leurs litiges découlant d'un contrat de fourniture donné à une instance donnée de règlement des litiges, mais décident de soumettre des litiges découlant d'autres contrats à une instance différente. Cela peut être le cas, par exemple, lorsqu'il est habituel pour la partie ou pour sa branche d'activité, ou lorsque des règles impératives l'exigent, de soumettre un litige découlant d'un contrat de fourniture donné à une méthode ou une instance données pour son règlement et lorsque les parties ne souhaitent pas soumettre les litiges découlant d'autres contrats à cette même méthode ou à cette même instance.

49. [47] Il n'est pas rare que des litiges découlant de plus d'un contrat posent des questions factuelles ou juridiques similaires. C'est par exemple le cas lorsque l'objet d'un contrat de fourniture dans une direction est lié à celui d'un contrat de fourniture dans l'autre direction. Cela peut aussi être le cas dans une opération d'achat en retour dans laquelle, par exemple, un litige relatif à la qualité des marchandises contre-exportées, fabriquées au moyen d'équipements fournis dans le cadre du contrat d'exportation, est lié à un litige relatif à la qualité de ces équipements. De même, dans une opération de compensation industrielle directe, dans laquelle les marchandises fournies dans une direction sont incorporées dans les marchandises à fournir dans l'autre direction, un litige relatif à la qualité des marchandises ou au délai de livraison dans une direction peut être lié à un litige relatif à la qualité des marchandises ou au délai de livraison dans l'autre direction. Il peut également y avoir des litiges connexes dans le cas où l'accord d'échanges compensés établit un mécanisme de paiement lié, par lequel le produit de l'expédition de marchandises dans une direction doit être utilisé pour payer l'expédition de marchandises dans l'autre direction (voir chap. IX, "Paiement"). Par exemple, lorsque l'importateur, conformément à l'accord d'échanges compensés, retient le produit du contrat d'exportation, un litige quant à la responsabilité pour défaut de conclusion d'un contrat de contre-exportation peut entraîner un litige connexe concernant le transfert à l'exportateur du produit du contrat d'exportation. Lorsque l'accord d'échanges compensés prévoit la compensation des créances relatives aux contrats de fourniture conclus dans les deux directions, un litige relatif à un déséquilibre de ces créances peut poser des problèmes factuels ou juridiques se rattachant aux contrats de fourniture conclus dans les deux directions. Des litiges connexes se rencontrent aussi lorsque l'accord d'échanges compensés dispose qu'un problème lié à la conclusion ou à l'exécution de contrats de fourniture dans une direction doit avoir des incidences sur les obligations des parties concernant la conclusion ou l'exécution de contrats de

fourniture dans l'autre direction (voir chap. XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", *par. [38] à [60]*).

50. [48] Dans une opération d'échanges compensés, il peut naître des litiges mettant en jeu ou intéressant non seulement l'exportateur et l'importateur, mais également d'autres parties, notamment des tiers engagés en tant qu'acheteurs ou fournisseurs de marchandises *(voir ci-dessus, par. 10)*. Par exemple, lorsqu'il y a un litige entre le contre-exportateur et *la partie s'étant initialement engagée à acheter* portant sur la question de savoir si des dommages-intérêts spécifiés sont payables pour défaut d'achat de marchandises, un tiers acheteur *recruté par la partie s'étant initialement engagée à* acheter ces marchandises sera intéressé au litige si une clause d'"indemnisation" a été conclue entre lui et *ladite partie* (voir chap. VIII, "Participation de tiers", *par. [33]*). De même, *la partie s'étant initialement engagée à acheter sera intéressée* au résultat d'un litige entre un acheteur tiers et le contre-exportateur *si elle* reste responsable de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, bien qu'elle ait fait appel à un acheteur tiers. Il peut enfin se produire un litige multipartite lorsque à la fois la partie ayant pris l'engagement initial d'acheter et l'acheteur tiers sont responsables envers le fournisseur de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés et que ce dernier décide d'intenter une action contre ces deux parties.

51. [49] Dans les cas mentionnés au paragraphe précédent, il peut être souhaitable que toutes les questions connexes soient réglées dans le cadre de la même procédure de règlement des litiges. Cette solution permettrait d'éviter que ne soient prises des décisions contradictoires, faciliterait la présentation de pièces et réduirait les coûts. Toutefois, une procédure de règlement des litiges multipartites tend à être plus complexe et plus difficile à gérer, et une partie éprouvera sans doute davantage de difficultés à préparer et à présenter ses arguments.

52. [49] De nombreux systèmes juridiques prévoient des mécanismes grâce auxquels les litiges mettant en jeu plusieurs parties peuvent être réglés dans le cadre d'une même procédure judiciaire multipartite. Afin que cette solution puisse être appliquée, il est souhaitable que des contrats connexes comportent une clause conférant compétence exclusive à un tribunal habilité à mener des procédures multipartites (voir plus haut, par. *43 à 45*)*.

53. [*Nouveau paragraphe*] Des procédures arbitrales multipartites ne sont en général possibles que si toutes les parties concluent un accord compromissoire soumettant leur litige au même groupe d'arbitres. Les parties peuvent souhaiter conclure un tel accord compromissoire multipartite dès le début de l'opération, ou elles peuvent décider de le faire après que le litige est apparu, lorsque les questions en jeu appellent un tel arbitrage multipartite. Dans certains Etats, après qu'un litige est apparu, les tribunaux peuvent aider les parties à mettre en œuvre l'accord compromissoire multipartite en décidant de questions de procédure dont ne peuvent convenir les parties (par exemple, déterminer si une question est régie par la clause compromissoire multipartite, nommer un tribunal arbitral unique, déterminer le lieu de l'arbitrage). Dans certains Etats également, les tribunaux peuvent, dans certaines conditions, ordonner la jonction de plusieurs procédures arbitrales en une procédure arbitrale unique, même si toutes les parties en jeu n'ont pas convenu de soumettre le litige à un groupe unique d'arbitres. Toutefois, on peut douter qu'une sentence rendue après qu'un tribunal a prononcé la jonction des procédures pourra être imposée à une partie n'ayant pas consenti à une telle procédure.

[A/CN.9/362/Add.16]

PROJETS D'EXEMPLES DE DISPOSITIONS

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
INTRODUCTION		199
Chapitre VI.	Type, qualité et quantité des marchandises	199
Chapitre VII.	Etablissement du prix des marchandises	199
Chapitre VIII.	Participation de tiers	199
Chapitre X.	Restrictions à la revente des marchandises	200
Chapitre XI.	Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales	200
Chapitre XIII.	Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés	201
Chapitre XIV.	Choix de la loi applicable	202
Chapitre XV.	Règlement des litiges	202

Introduction

1. Le Groupe de travail des paiements internationaux a décidé que le Guide juridique devrait comporter un nombre limité d'exemples de dispositions (A/CN.9/357, par. 93 et 94). Il a approuvé le choix fait, dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, des questions qui devraient être assorties d'exemples de dispositions. Le présent document contient le texte révisé des exemples de dispositions publiés sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7.

2. On propose d'inclure les exemples de dispositions dans le Guide juridique sous forme d'annotations.

3. Comme l'indique le paragraphe 2 du document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, pour formuler ces exemples, on s'est fondé sur les considérations suivantes. En premier lieu, le projet de guide juridique examine les diverses options contractuelles de manière à aider le lecteur à rédiger les clauses d'un accord d'échanges compensés. En second lieu, les exemples de dispositions sont nécessairement de nature générale et peuvent donc ne pas tenir compte des circonstances réelles d'une opération donnée. Ces considérations réduisent le nombre des exemples de dispositions qui peuvent être utilement ajoutés au Guide juridique.

4. Durant la réunion du Groupe de travail, il a été proposé que, pour chaque exemple de disposition, mention soit faite de l'avertissement figurant au paragraphe 13 du chapitre I, "Introduction", selon lequel les exemples de dispositions ne devraient pas être nécessairement considérés comme des dispositions types convenant à tous les accords (A/CN.9/357, par. 93). Pour donner suite à cette suggestion, on a proposé de donner le titre suivant à chaque ensemble d'exemples de dispositions figurant à la fin d'un chapitre : *"Exemples de dispositions relatives au chapitre ... (à utiliser avec discernement, voir 'Introduction', par. 13)".*

Chapitre VI. Type, qualité et quantité des marchandises

[*Note des rédacteurs.* L'annotation du paragraphe 25 ci-après, à l'exception des modifications en italique, figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, sous le titre "Chapitre V. Type, qualité et quantité des marchandises, Annotation du paragraphe 13".]

Annotation du paragraphe 25

Si l'on suppose que la *"société Y" s'est engagée à acheter des marchandises à la "société X"*, la clause figurant *dans l'accord d'échanges compensés peut comporter les éléments suivants* :

"*Lorsque la société X fait, conformément à l'accord d'échanges compensés, une offre en vue de la conclusion d'un contrat de fourniture, les marchandises offertes à l'achat doivent* :

"*a)* Etre propres aux usages auxquels serviraient habituellement des marchandises du même type;

"*b)* Etre propres à tout usage spécial qui a été porté expressément ou tacitement à la connaissance de la société X au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés;

"*c)* Posséder des qualités *correspondant à celles de l'échantillon ou du modèle présenté par la société X à la société Y*;

"*d)* Etre emballées ou conditionnées selon le mode habituel pour les marchandises du même type ou, faute de *mode habituel établi*, d'une manière propre à les conserver et à les protéger."

(Cette clause est inspirée de l'article 35 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980).)

Chapitre VII. Etablissement du prix des marchandises

[*Note des rédacteurs.* L'annotation suivante du paragraphe 48, à l'exception de l'ajout en italique, figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, sous le titre "Chapitre VI. Etablissement du prix des marchandises, Annotation du paragraphe 37".]

Annotation du paragraphe 48

Si l'on suppose que la monnaie de paiement est le schilling autrichien et que la monnaie de référence est le franc suisse, la clause peut être rédigée comme suit :

"Si, à la date du paiement effectif, le taux de change entre le schilling autrichien et le franc suisse diffère du taux de change ... [indiquer le taux de change en vigueur en un lieu donné] en vigueur à la date de la conclusion de l'accord d'échanges compensés dans une proportion supérieure à ... [5 % par exemple, ou quelque autre pourcentage précisé par les parties], le prix en schillings autrichiens est augmenté ou diminué de sorte que ce prix, converti en francs suisses, demeure inchangé par rapport au prix exprimé en francs suisses à la date de la conclusion de l'accord d'échanges compensés." *(Il convient de noter que cette clause peut aboutir à un résultat imprévu et inopportun si le taux de change applicable est fixé par décision administrative indépendamment de l'évolution du marché des changes (voir par. 49).)*

Chapitre VIII. Participation de tiers

[*Note des rédacteurs.* Les annotations suivantes des paragraphes 12, 18 et 23 sont les versions révisées des annotations des paragraphes 10, 16 et 21, qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, sous le titre "Chapitre VIII. Participation de tiers". Les modifications sont en italique. La troisième phrase de l'annotation du paragraphe 18 est nouvelle.]

Annotation du paragraphe 12

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui s'est *initialement* engagée à acheter, la clause peut être rédigée comme suit :

"La société Y est autorisée à désigner un acheteur tiers pour effectuer les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés." *(A cette clause, les parties peuvent ajouter la disposition visée au para-*

graphe 18 indiquant si, une fois que le tiers est engagé, la partie initialement engagée reste ou non responsable de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés.)

Annotation du paragraphe 18, troisième phrase

[*Nouvelle annotation*] Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui s'est initialement engagée à acheter et la "société X" le fournisseur, la clause figurant dans l'accord d'échanges compensés peut être rédigée comme suit :

"Le fait que la société Y désigne un tiers pour effectuer les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés et que le tiers s'engage envers la société X à effectuer ces achats ne libère pas la société Y de sa responsabilité en cas de non-exécution de l'engagement d'échanges compensés."

Annotation du paragraphe 18, sixième phrase

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui s'est *initialement* engagée à acheter *et la "société X" le fournisseur*, la clause *figurant dans l'accord d'échanges compensés* peut être rédigée comme suit :

"La société Y est libérée de sa responsabilité concernant l'exécution de l'accord d'échanges compensés *lorsque, du fait de la désignation par elle d'un acheteur tiers, son engagement d'acheter des marchandises à la société X est transféré à l'acheteur tiers. [Le transfert porte également sur l'obligation de payer les dommages-intérêts spécifiés en cas de défaut d'achat des marchandises.] Pour qu'un tel transfert prenne effet, la société Y, la société X et l'acheteur tiers doivent y avoir consenti."*

Annotation du paragraphe 18, septième phrase

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui s'est *initialement* engagée à acheter *et la "société X" le fournisseur*, la clause *figurant dans l'accord d'échanges compensés* peut être rédigée comme suit :

"La société Y entreprend de libérer la société X de sa responsabilité concernant l'exécution de l'engagement d'échanges compensés *lorsque, du fait de la désignation par la société d'un acheteur tiers, la société X et l'acheteur tiers concluent un accord en vertu duquel le tiers assume l'obligation d'effectuer* les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés *de la société Y."*

Si cette disposition est incluse dans l'accord d'échanges compensés, la libération effective de la société X de sa responsabilité d'exécuter l'engagement d'échanges compensés *peut s'exprimer comme suit :*

"La société X, *ayant convenu avec la société Z (acheteur tiers) que celle-ci assume l'obligation d'effectuer* les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés *de la société Y, consent à ce que la société Y soit libérée de sa responsabilité concernant l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. La libération de la société Y devient effective lorsque l'accord entre la société X et la société Z prend effet."*

Annotation du paragraphe 23

Si l'on suppose que la "société Z" est l'acheteur tiers, la "société Y" la partie qui s'est initialement engagée à acheter et la "société X" le fournisseur, la clause *figurant dans le contrat entre la société Y et la société Z* peut être rédigée comme suit :

"La société Z *conclut avec la société X un accord en vertu duquel elle* accepte d'effectuer les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés énoncé dans l'accord conclu entre la société Y et la société X, dont copie est jointe au présent contrat. La société Z accepte d'être liée par tous les termes et conditions de l'accord et accepte en particulier de payer des dommages-intérêts spécifiés conformément audit accord si elle n'effectue pas les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés."

Chapitre X. Restrictions à la revente des marchandises

[*Note des rédacteurs.* L'annotation suivante du paragraphe 10 figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, sous le titre "Chapitre X. Restrictions à la revente des marchandises, Annotation du paragraphe 9". Aucune modification importante n'a été apportée au texte de l'annotation.]

Annotation du paragraphe 10

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui achète les marchandises conformément à l'accord d'échanges compensés et que la "société X" est le fournisseur, la clause peut être rédigée comme suit :

"La société Y doit informer la société X

[*Option A* :] de la revente de ces marchandises; l'information sera donnée dans les ... jours suivant la conclusion du contrat de revente.

[*Option B* :] des négociations menées en vue de la revente des marchandises; la société Y donne à la société X [... jours] [suffisamment de temps] pour formuler toutes observations ou suggestions sur la revente envisagée et la société Y s'abstient de conclure le contrat de revente faisant l'objet de négociations avant l'expiration de ce délai.

Les renseignements donnés doivent comprendre ... [quelques-uns ou la totalité des points suivants : pays, région d'un pays ou ville où les marchandises doivent être envoyées; établissement de la personne à laquelle les marchandises sont revendues; prix de revente; remarquage ou réemballage éventuels des marchandises avant la revente et, le cas échéant, type d'emballage ou de marquage utilisés]."

Chapitre XI. Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales

[*Note des rédacteurs.* Les annotations suivantes des paragraphes 6, 12 et 26 du projet de chapitre XI figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, sous le titre "Chapitre XI. Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales" en tant qu'annotations des paragraphes 5, 12 et 22. Les modifications sont en italique.]

Annotation du paragraphe 6

Si l'on suppose que la "société X" est le fournisseur, que la "société Y" est la partie qui s'est engagée à acheter et que le schilling autrichien est la monnaie de paiement, la clause peut être rédigée comme suit :

[*En cas de défaut d'achat des marchandises*]

"1. Si la société Y n'effectue pas les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés avant l'expiration du délai fixé pour l'exécution, elle est tenue de payer à la société X un montant en schillings autrichiens équivalant à ... pour cent de la portion non exécutée de l'engagement d'échanges compensés. Le paiement de ce montant libère la société Y de la partie de l'engagement non exécuté pour laquelle la somme convenue est demandée.

"2. Si le défaut d'exécution par la société Y est dû au fait que la société X n'a pas mis les marchandises à sa disposition conformément au présent accord d'échanges compensés, le paragraphe 1 ne s'applique pas."

[*En cas de défaut de livraison des marchandises*]

"1. Si la société X ne met pas les marchandises à disposition pour permettre l'exécution de l'engagement d'échanges compensés avant l'expiration du délai fixé pour l'exécution, elle est tenue de verser à la société Y un montant en schillings autrichiens équivalant à ... pour cent de la portion non exécutée de l'engagement. Le paiement de ce montant libère la société X de la partie de l'engagement non exécuté pour laquelle la somme convenue est demandée.

"2. Si le défaut d'exécution par la société X tient au fait que la société Y n'a pas rempli ses obligations au titre du présent accord d'échanges compensés, le paragraphe 1 ne s'applique pas."

Annotation du paragraphe 12 (disposition pouvant être ajoutée à toute clause de dommages-intérêts spécifiés ou clause pénale)

"Aucun montant à titre de dommages-intérêts n'est recouvrable en sus de la somme convenue pour le défaut d'exécution ouvrant droit au paiement de cette somme."

Annotation du paragraphe 26 (disposition pouvant être ajoutée à toute clause de dommages-intêrêts spécifiés ou clause pénale)

Si l'on suppose que la "société X" est le bénéficiaire de la clause et la "société Y" la partie tenue de payer la somme convenue, la clause peut être rédigée comme suit :

"Si le paiement de la somme convenue est dû conformément au paragraphe 1, la *société X* a le droit de déduire *la somme convenue de fonds de la société Y détenus par la société X ou de déduire la valeur de la somme convenue d'une créance qu'a la société Y sur la société X. [La déduction ou compensation n'est autorisée que si les fonds détenus par la société X ou la créance qu'a la société Y résultent des contrats suivants ...]*"

Chapitre XIII. Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés

[*Note des rédacteurs.* Les annotations suivantes des paragraphes 7, 21, 23, 44 et 50 figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7, sous le titre "Chapitre XIII. Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés" en tant qu'annotations des paragraphes 6, 22, 24, 43 et 49. Les modifications rédactionnelles mineures qui ont été apportées sont en italique.]

Annotation du paragraphe 7

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui s'est engagée à acheter et que la "société X" est le fournisseur, la clause peut être rédigée comme suit :

"Si la société X n'accepte pas une commande passée par la société Y conformément au présent accord d'échanges compensés [ou une commande passée par un acheteur tiers désigné par la société Y conformément au présent accord d'échanges compensés], la société Y est en droit de déclarer que le montant de l'engagement non réglé est réduit du montant de la commande non acceptée."

Lorsqu'il est convenu que la société Y doit accorder un délai supplémentaire à la société X, la clause suivante peut être ajoutée à la précédente :

"Pour se prévaloir du *droit de déclarer* réduit l'engagement d'échanges compensés non réglé, la société Y doit remettre à la société X une notification écrite indiquant que la non-acceptation de la commande constitue une rupture de l'engagement d'échanges compensés et que l'engagement non réglé sera réduit du montant de l'ordre de paiement non accepté si la société X ne met pas les marchandises à disposition dans le délai supplémentaire de [par exemple, 30] jours."

Annotation du paragraphe 21

Si l'on suppose que la "société Y" est la partie qui s'est engagée à acheter et que la "société X" est le fournisseur, la clause peut être rédigée comme suit :

"1. La [société Y] [société X] est exemptée de verser des dommages-intérêts ou une somme convenue en cas de défaut d'exécution de ses obligations en vertu de l'accord d'échanges compensés si elle établit que l'inexécution est due à un empêchement matériel ou juridique indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, qu'elle le prévienne ou le surmonte, ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences.

"2. Le délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés est prolongé d'une période de temps correspondant à la durée de l'empêchement. Si l'empêchement dure plus de [six mois, par exemple], [la partie contre laquelle il est invoqué] [l'une ou l'autre des parties] peut résilier l'accord d'échanges compensés par une notification écrite."

Annotation du paragraphe 23

[*Définition générale d'un empêchement exonératoire suivie d'une liste indicative ou exhausive*]

"1. [Même texte que le paragraphe 1 de la clause donnée à titre d'exemple pour le *paragraphe 21.*]

"2. [*Liste indicative* :] Les faits suivants sont des exemples de faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires, à condition qu'ils satisfassent aux critères énoncés au paragraphe 1 : ... [*Liste exhaustive* :] Les faits suivants, à l'exclusion de tout autre, doivent être considérés comme des empêchements exonératoires, à condition qu'ils satisfassent aux critères énoncés au paragraphe 1."

Annotation du paragraphe 44

Si l'on suppose que la "société Y" est l'exportateur (contre-importateur) et que la "société X" est l'importateur (contre-exportateur), la clause peut être libellée comme suit :

"Le fait que la société Y n'achète pas les marchandises conformément au présent accord d'échanges compensés n'autorise pas la société X à suspendre ou retenir les paiements dus à la société Y en vertu du contrat de fourniture de ..."

Annotation du paragraphe 50, première phrase

"En cas de résiliation d'un contrat de fourniture de marchandises dans une direction, aucune des parties n'est autorisée, quelle que soit la cause de la résiliation, à suspendre la conclusion de contrats dans l'autre direction ou à suspendre ou arrêter l'exécution des obligations découlant des contrats conclus dans l'autre direction."

Annotation du paragraphe 50, deuxième phrase

"Si un contrat prévoyant la fourniture de marchandises par la société X à la société Y, conclu au titre du présent accord d'échanges compensés, est résilié, aucune des parties n'est autorisée, quelle que soit la cause de la résiliation, à suspendre ou arrêter l'exécution des obligations découlant du contrat prévoyant la fourniture de marchandises par la société Y à la société X."

Chapitre XIV. Choix de la loi applicable

[*Note des rédacteurs*. Les annotations du paragraphe 21 (deuxième et quatrième phrases) figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.7 en tant qu'annotations du paragraphe 20. Les modifications apportées au texte de l'annotation du paragraphe 21, deuxième phrase, sont en italique. Les annotations des paragraphes 15 et 24 sont nouvelles.]

Annotation du paragraphe 15

[*Nouvelle annotation*] "Le présent accord d'échanges compensés, ainsi que les contrats conclus en application dudit accord, sont régis par les règles de (préciser l'ensemble de règles, par exemple la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises)."

Annotation du paragraphe 21, deuxième phrase (exemple de disposition pour l'accord d'échanges compensés et pour un contrat de fourniture)

"*Le présent ... (indiquer l'accord d'échanges compensés ou le contrat de fourniture) est régi par la* loi de ... (indiquer un pays ou une unité territoriale donnée) [en vigueur au ... (indiquer la date de conclusion de l'accord d'échanges compensés ou du contrat de fourniture)]. [*La présente disposition fait référence aux règles de fond de (indiquer le même pays ou la même unité territoriale) et non à ses règles de conflit de lois.*]"

Annotation du paragraphe 21, quatrième phrase (exemple de disposition pour l'accord d'échanges compensés et pour un contrat de fourniture)

[Même texte que celui de l'annotation du *paragraphe 21*, deuxième phrase, avec l'ajout, après la première phrase, du texte suivant :] "La loi choisie régit en particulier la formation et la validité du contrat, ainsi que les conséquences de sa nullité."

Annotation du paragraphe 24

[*Nouvelle annotation*] "Le présent accord d'échanges compensés est régi par la loi de ... (indiquer un pays ou une unité territoriale donnée) [en vigueur au ... (indiquer la date de conclusion de l'accord d'échanges compensés ou du contrat de fourniture)]. Les contrats conclus en vertu du présent accord d'échanges compensés seront régis par (indiquer la loi mentionnée dans la phrase précédente ou une loi différente). [Les règles de droit international privé de ... (indiquer le même pays ou la même unité territoriale que dans les deux phrases précédentes) ne s'appliquent pas.]" (Sur la question de savoir s'il faut retenir la même loi nationale ou différentes lois nationales, on se reportera aux paragraphes 25 à 29.)

Chapitre XV. Règlement des litiges

Les clauses types recommandées dans le Règlement de conciliation de la CNUDCI et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sont incluses dans les annotations des paragraphes 14 et 30 du chapitre XV (A/CN.9/362/Add.15). Pour appliquer la décision du Groupe de travail des paiements internationaux, selon laquelle le Guide juridique devrait indiquer qu'il existe un certain nombre de règlements de conciliation et d'arbitrage différents (A/CN.9/357, par. 101), on propose d'apporter les modifications suivantes au texte du projet de chapitre XV (A/CN.9/362/Add.15) :

A la dernière phrase du paragraphe 14, supprimer les mots "établi par une organisation internationale" et ajouter à la fin du paragraphe la phrase suivante : "D'autres règlements de conciliation ont été établis par diverses organisations internationales et nationales."

A la fin de la note 1, ajouter la phrase suivante : "L'utilisation d'autres règlements de conciliation peut aussi être appropriée dans certains cas."

A la deuxième phrase du paragraphe 30, supprimer les mots : "telles que celle qui est jointe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI".

A la fin de la note 4, ajouter la phrase suivante : "L'utilisation d'autres règlements d'arbitrage peut aussi être appropriée dans certains cas."

Au début de la note 5, ajouter le texte suivant : "Il existe un certain nombre de clauses compromissoires types. De manière générale, il est conseillé d'utiliser la clause type se rattachant au règlement d'arbitrage choisi."

[A/CN.9/362/Add.17]

RÉSUMÉS DE CHAPITRES

Le Groupe de travail des paiements internationaux a décidé, afin de faciliter l'utilisation du Guide juridique, que chaque chapitre serait précédé d'un résumé (A/CN.9/357, par. 15). Comme suite à cette décision, on trouvera dans le présent additif les résumés des chapitres II à XV du projet de Guide juridique.

II. Portée et terminologie du Guide juridique

Les opérations d'échanges compensés traitées dans le Guide juridique sont les opérations dans lesquelles une partie fournit des biens, des services, des techniques ou une autre contrepartie économique à la deuxième partie, en retour de quoi la première partie achète à la seconde un volume convenu de marchandises, de services, de techniques ou d'une autre contrepartie économique. La caractéristique propre à ces opérations est l'existence d'un lien entre les contrats de fourniture dans les deux directions, en ce sens que la conclusion du contrat ou des contrats de fourniture dans une direction dépend de la conclusion du contrat ou des contrats de fourniture dans l'autre direction (par. 1). Le Guide juridique traite des opérations portant sur des marchandises, mais il s'applique également en général aux opérations portant sur des services et peut faire office de modèle, dans ses grandes lignes, pour des opérations portant sur des techniques (par. 2). Il traite essentiellement des opérations d'échanges compensés dans lesquelles les marchandises sont livrées d'un pays à un autre (par. 3).

Les opérations d'échanges compensés prennent diverses formes et ont diverses caractéristiques. Le Guide juridique s'applique dans la plupart des cas à tous les types d'échanges compensés, sauf indication contraire (par. 4 à 6).

Le Guide est axé sur l'élaboration de clauses contractuelles propres aux opérations internationales d'échanges compensés ou revêtant une importance particulière dans ce contexte (par. 7). En règle générale, il ne traite pas de la teneur des contrats de fourniture de marchandises dans le cadre d'une opération d'échanges compensés, car ces contrats ressemblent dans leurs grandes lignes aux contrats conclus en tant qu'opérations séparées et indépendantes (par. 8).

Dans certains pays, les échanges compensés font l'objet d'une réglementation qui peut avoir pour objet de favoriser ou de limiter ces opérations de diverses manières. En outre, divers aspects des opérations d'échanges compensés peuvent être soumis à des règles qui ne visent pas expressément des échanges compensés. Ces règles étant disparates et souvent modifiées, les parties sont avisées le cas échéant, sous la forme d'une mise en garde, qu'une question examinée peut faire l'objet d'une réglementation impérative (par. 9 et 10). Les questions de droit privé intervenant dans les opérations internationales d'échanges compensés ne varient en général pas d'une région à l'autre (par. 11).

La terminologie utilisée dans les opérations d'échanges compensés est très diverse et une terminologie reconnue ne s'est pas fait jour. Le chapitre présente la terminologie utilisée dans le Guide juridique pour désigner divers types d'opérations d'échanges compensés, ainsi que les parties, les contrats et les questions en jeu (par. 12 à 28).

Les termes utilisés pour décrire les divers types d'échanges compensés sont les suivants : "troc" (par. 14); "contre-achat" (par. 15); "achat en retour" (par. 16); "compensation industrielle directe" et "compensation industrielle indirecte (par. 17).

Les termes utilisés pour désigner les parties aux opérations d'échanges compensés sont les suivants : "acheteur"; "fournisseur" ou "partie" (par. 18); "exportateur" ou "contre-importateur" (par. 19); et "importateur" ou "contre-exportateur" (par. 20).

Le terme "opération d'échanges compensés" est utilisé pour désigner l'ensemble de l'arrangement d'échanges compensés (par. 23). Les expressions utilisées pour désigner les différents contrats constituant une opération d'échanges compensés sont les suivantes : "accord d'échanges compensés" [accord énonçant diverses dispositions relatives à la manière dont l'opération d'échanges compensés sera mise en œuvre (par. 24)]; "engagement d'échanges compensés" [engagment pris par les parties de conclure ultérieurement un contrat (par. 25)]; "contrats de fourniture" (par. 26); "contrat d'exportation", "contrat d'importation", "contrat de contre-exportation" et "contrat de contre-importation" (par. 27).

L'utilisation du mot "marchandises" est expliquée au paragraphe 28.

III. Approche contractuelle

Les parties peuvent regrouper en un seul contrat leurs obligations liées aux expéditions de marchandises dans les deux directions ou les énoncer dans des contrats séparés. Un contrat unique peut prendre la forme d'un contrat de troc, qui est un contrat prévoyant un véritable échange de marchandises, ou d'un "contrat fusionné", arrangement par lequel les deux contrats, l'un pour la livraison de marchandises dans une direction et l'autre pour la livraison de marchandises dans l'autre direction sont fusionnés en un contrat unique. La différence entre un contrat de troc et un contrat fusionné est que, dans un contrat de troc, la livraison des marchandises dans une direction vaut paiement pour la livraison des marchandises dans l'autre direction, alors que, dans un contrat fusionné, chaque livraison de marchandises crée une obligation de paiement pécuniaire (par. 1 à 10).

Lorsque les expéditions dans les deux directions font l'objet de contrats séparés, les parties peuvent utiliser diverses approches contractuelles. Selon une approche, le contrat d'exportation et l'accord d'échanges compensés sont conclus simultanément et le contrat de contre-exportation est conclu ultérieurement (par. 11 à 19). C'est la méthode utilisée lorsque les parties souhaitent finaliser un contrat d'expédition dans une direction (contrat d'exportation) avant de convenir du contrat d'expédition dans l'autre direction (contrat de contre-exportation). L'objet de l'accord d'échanges compensés dans un tel cas est d'exprimer l'engagement de conclure un ou des contrats de contre-exportation et, dans la mesure du possible, de tracer les grandes lignes des contrats futurs et de mettre en place des procédures pour la conclusion et l'exécution des contrats de fourniture. Les questions qui peuvent être traitées dans un tel accord d'échanges compensés sont énumérées aux paragraphes 29 à 39.

Selon une autre approche, l'accord d'échanges compensés est conclu avant la conclusion des contrats de fourniture. Cette solution est en général retenue lorsque les parties souhaitent établir un cadre contractuel qui permettra un certain volume d'échanges réciproques durant un délai donné. Dans ce cas, l'accord d'échanges compensés a pour but d'exprimer l'engagement des parties à conclure des contrats de fourniture dans les deux directions et, dans la mesure du possible, d'énoncer les termes des contrats futurs et d'établir des procédures pour la conclusion et l'exécution desdits contrats (par. 11, 12, 20 et 21). Les questions pouvant être traitées dans le cadre d'un tel accord d'échanges compensés sont énumérées aux paragraphes 29 à 39.

Selon une autre approche encore, les parties concluent simultanément les contrats de fourniture distincts pour les expéditions dans chaque direction, ainsi que l'accord d'échanges compensés établissant une relation entre lesdits contrats (par. 11, 12, 40 et 41). Comme cette approche ne suppose pas un engagement à conclure ultérieurement des contrats, elle pose un nombre limité de problèmes. La principale question à traiter dans l'accord d'échanges compensés est la manière dont les obligations des parties relatives aux expéditions dans les deux directions doivent être liées. D'autres questions pouvant se poser sont traitées aux paragraphes 41 et 42.

Dans de nombreux pays, une partie exportant des biens, des services ou des technologies peut s'assurer contre le risque que la créance née de l'exportation ne soit pas honorée. Parmi les risques assurables figurent des risques commerciaux et des risques non commerciaux. Quant aux principes sur lesquels se fonde l'assurance-crédit à l'exportation, certains revêtent une importance particulière pour les opérations d'échanges compensés (par. 43 à 52, en particulier 49 à 52).

Les parties ont souvent besoin d'un financement pour pouvoir mener à bien l'opération. La capacité de la partie demandant un financement à assurer le risque de non-paiement de la créance découlant des livraisons qu'elle a effectuées constitue un facteur important pour l'institution financière qui doit décider d'octroyer ou non un financement. Ce financement peut prendre la forme d'un crédit au fournisseur ou d'un crédit à l'acheteur (par. 53 à 55).

IV. Engagement d'échanges compensés

L'engagement d'échanges compensés est un engagement à conclure ultérieurement un contrat ou une série de contrats de fournitures dans une direction ou dans les deux (par. 1). L'engagement peut être "ferme" ou plus limité, du type d'un engagement "à faire de son mieux". Le guide juridique est axé sur les engagements d'échanges compensés fermes (par. 2).

L'ampleur de l'engagement d'échanges compensés, c'est-à-dire le montant des marchandises à acheter, peut être exprimée en valeur monétaire absolue, en pourcentage de la valeur des marchandises fournies ou en unités d'un type donné de marchandises (par. 3 et 4). L'accord d'échanges compensés peut disposer que seuls les achats dépassant les quantités habituellement achetées seront pris en compte dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés (notion de "quantités additionnelles") (par. 5 et 6).

Les parties peuvent spécifier dans l'accord d'échanges compensés que le délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés doit commencer à date fixe et expirer à date fixe (par. 7), ou que le délai d'exécution d'une durée convenue doit commencer à courir lorsque se produit un fait spécifié dans l'accord d'échanges compensés (par. 8). Un certain nombre de facteurs sont à prendre en compte pour la détermination de la durée du délai d'exécution (par. 9 à 12). Ce délai peut être prolongé dans certaines circonstances (par. 13 à 16). Lorsque l'exécution de l'engagement d'échanges compensés suppose de nombreuses expéditions durant une longue période, les parties voudront peut-être diviser le délai en sous-périodes (par. 17 à 20).

Les parties devraient définir les contrats de fournitures qui seront pris en considération pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés ("contrats de fournitures à prendre en considération"). Ces contrats peuvent être définis sur la base de certains critères : type de marchandises à acheter (par. 21 à 25), origine géographique des marchandises (par. 26 et 27), identité du fournisseur ou type de fournisseur (par. 28), ou identité de l'acheteur ou type d'acheteur (par. 29). Il peut être convenu que, dans certaines circonstances, des achats non conformes seront pris en compte pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés (par. 30).

Dans de nombreuses opérations d'échanges compensés, le prix d'achat total d'un contrat de fourniture est déduit de l'engagement d'échanges compensés non encore exécuté (le montant déduit est appelé "crédit d'exécution"). Parfois, il est convenu qu'un crédit d'exécution sera accordé à un taux supérieur ou inférieur par rapport au prix d'achat total, selon le type de marchandises achetées, l'identité du fournisseur ou le moment où l'achat est effectué (par. 31 à 34).

Il est bon que l'accord d'échanges compensés indique les mesures qui doivent être prises pour que soit exécuté l'engagement d'échanges compensés. Les parties peuvent convenir qu'il y a exécution soit lors de la conclusion d'un contrat de fourniture, soit lors de l'exécution d'un tel contrat (par. 35 à 37).

Il est bon que les parties incluent dans l'accord d'échanges compensés, d'une manière aussi précise que possible, les conditions du contrat futur (par. 38 à 43) ou prévoient les moyens de les déterminer ultérieurement. Elles peuvent énoncer des normes ou directives à utiliser pour déterminer les dispositions contractuelles données (par. 44 à 46), convenir de faire appel à un tiers pour déterminer une condition contractuelle (par. 47 à 54) ou laisser à une partie contractuelle le soin de déterminer une telle disposition (par. 55 et 56). En outre, l'accord d'échanges compensés peut prévoir des procédures de négociation pour la conclusion d'un contrat de fourniture (par. 57 à 60).

Les parties peuvent souhaiter envisager d'énoncer des procédures pour le contrôle et l'enregistrement des progrès réalisés dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés (par. 61). Ces procédures peuvent porter sur les éléments suivants : échange d'informations (par. 62 à 64), confirmation de l'exécution d'un engagement d'échanges compensés (par. 65 à 67) et "compte de relevé des opérations" (par. 68 à 74).

V. Remarques générales sur la rédaction

Les parties jugeront peut-être souhaitable d'établir une liste récapitulative des mesures à prendre lors de la négo-

ciation et de l'élaboration des contrats constitutifs de l'opération (l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture) (par. 1 et 2). Les règles juridiques applicables peuvent exiger que les contrats soient sous forme écrite; même si cette forme n'est pas obligatoire, il est recommandé que les contrats soient établis par écrit (par. 3).

Lors de l'élaboration des contrats constitutifs de l'opération d'échanges compensés, il faudrait tenir compte des questions suivantes : la relation entre les documents contractuels, d'une part, et les échanges verbaux, échanges de correspondance et projets de document, d'autre part (par. 4); la désignation d'une personne chargée avant tout de superviser l'établissement des projets de documents (par. 5); les dispositions de la loi applicable sur l'interprétation des contrats et les présomptions quant au sens à donner à certaines expressions (par. 6); les dispositions impératives (par. 7); les exposés introductifs (par. 8); l'utilisation de formules types, conditions générales, clauses types et contrats conclus précédemment (par. 9); l'utilisation d'une ou plusieurs langues pour les documents contractuels (par. 10 à 12); l'identification et la description des parties dans un document principal venant en premier dans l'ordre logique des différents documents (par. 13); les fondements du statut juridique des parties qui sont des personnes morales et toute condition particulière à prendre en compte lorsqu'une partie est un organisme public (par exemple autorisation requise pour la conclusion d'un contrat ou d'une convention d'arbitrage) (par. 14); le nom, l'adresse, le statut et les pouvoirs de tous représentants (par. 15).

Il est souhaitable que les parties envisagent la forme que doivent prendre les notifications dans le cadre de l'opération d'échanges compensés et les moyens d'acheminement de ces notifications (par. 16 et 17), le moment où une notification est réputée exercer ses effets (par. 18), les destinataires des notifications (par. 19) et les conséquences d'un défaut de notification et d'un défaut de réponse à une notification (par. 20).

Il est bon de définir certaines expressions ou notions clefs qui sont fréquemment utilisées dans l'accord d'échanges compensés ou dans les contrats de fourniture (par. 21 à 24).

VI. Type, qualité et quantité des marchandises

Les considérations relatives aux "marchandises" dans le Guide juridique s'appliquent également, de manière générale, aux services et à la technologie (par. 1).

Les parties peuvent soit déterminer dans l'accord d'échanges compensés le type de marchandises qui fera l'objet du contrat de fourniture ultérieur, en ne faisant peut-être référence qu'à de grandes catégories de marchandises, soit ne pas énoncer le type de marchandises. Plus le type, la qualité et la quantité des marchandises seront précisés, plus le contrat de fourniture aura de chances d'être conclu. Parfois, bien que le type de marchandises soit déterminé dans l'accord d'échanges compensés, la détermination de la qualité et de la quantité est laissée à plus tard, parce que les éléments sur lesquels les parties souhaitent fonder leur décision en la matière ne sont pas encore pleinement connus (par. 2).

Diverses considérations commerciales sont prises en compte pour le choix du type de marchandises à fournir dans le cadre de l'opération. La liberté qu'ont les parties de convenir du type de marchandises à échanger peut être limitée par des règlements nationaux (par. 3 à 6).

Lorsque les parties concluent un accord d'échanges compensés sans déterminer le type de marchandises, elles peuvent souhaiter inclure dans l'accord une liste de marchandises possibles dont l'achat s'inscrira dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés. Lorsqu'elles établissent une telle liste, les parties peuvent régler des questions telles que la disponibilité des marchandises figurant sur la liste, l'obligation faite à l'acheteur de fournir des spécifications et conditions, la notion de "quantité additionnelle" et la procédure de détermination du type de marchandises (par. 7 à 14). Les questions qui se posent lorsque des services et des technologies sont l'objet de l'opération d'échanges compensés sont traitées aux paragraphes 15 à 23.

La question de la qualité des marchandises pose deux grands problèmes que les parties pourront traiter dans l'accord d'échanges compensés : détermination du niveau de qualité de marchandises offertes à l'achat (par. 24 à 28) et mise en place de procédures pour vérifier, avant la conclusion du contrat de fourniture, si les marchandises offertes sont conformes au niveau de qualité spécifié (par. 29 à 32).

La quantité des marchandises achetées peut être spécifiée dans l'accord d'échanges compensés ou n'être déterminée qu'au moment de la conclusion des contrats de fourniture. La quantité peut être exprimée en valeur pécuniaire ou en nombre d'unités, ou être déterminée sur la base des besoins de l'acheteur ou de la production du fournisseur (par. 33 à 39).

Notamment dans le cadre d'opérations à long terme, il peut être prévu qu'à intervalles réguliers ou comme suite à une modification spécifiée des circonstances, les parties réexamineront les dispositions de l'accord d'échanges compensés relatives au type, à la qualité ou à la quantité des marchandises. Les parties voudront peut-être convenir dans l'accord d'échanges compensés que, dans certaines conditions, un crédit d'exécution pourra être accumulé grâce à l'achat de marchandises autres que celles qui avaient été convenues dans l'accord d'échanges compensés (par. 40 et 41).

VII. Etablissement du prix des marchandises

Ce chapitre traite des méthodes de détermination du prix des marchandises qui feront l'objet du contrat de fourniture à conclure comme suite à l'engagement d'échanges compensés. Il traite également de certaines questions qui se posent en la matière dans le cas de la fourniture de services et du transfert de technologie. Il traite en outre de la monnaie dans laquelle le prix est exprimé et de la révision du prix.

Il est bon que les parties spécifient dans l'accord d'échanges compensés le prix des marchandises qui feront l'objet du futur contrat de fourniture. Lorsqu'elles ne sont pas à même de le faire, il est bon de prévoir dans l'accord d'échanges compensés une méthode de détermination du prix au moment où le contrat de fourniture sera conclu (par. 1 à 6).

La monnaie dans laquelle le prix doit être payé peut entraîner certains risques en raison de la fluctuation du taux

de change de la monnaie retenue par rapport à d'autres monnaies. Lorsqu'elles conviennent de la monnaie à retenir, les parties devraient tenir compte des réglementations en matière de change. Elles souhaiteront peut-être libeller le prix dans une monnaie stable ou une unité de compte (par. 7 à 10).

L'accord d'échanges compensés peut prévoir la détermination du prix au moyen d'une norme, méthode qui permet d'établir le prix au moment de la conclusion d'un contrat de fourniture sans qu'intervienne la volonté des parties. Les normes de prix suivantes peuvent être retenues : prix sur le marché de biens ou services de qualité standard; coût de production des marchandises; prix pratiqué par un concurrent; prix du client le plus favorisé (par. 11 à 20).

Les parties peuvent convenir dans l'accord d'échanges compensés que le prix à payer au titre du futur contrat de fourniture sera négocié après la conclusion de l'accord d'échanges compensés. Il est souhaitable que, dans la mesure du possible, les parties arrêtent des directives pour la négociation du prix (par. 21 à 24).

Parfois, les parties prévoient que le prix sera fixé par un tiers indépendant (par exemple, un spécialiste du marché des marchandises en question) (par. 25 et 26). Parfois, il est convenu que le prix sera déterminé par l'une des parties à l'accord d'échanges compensés, auquel cas la plus grande prudence est recommandée (par. 27).

Les prix des services peuvent être fixés sur la base de taux unitaires pour des unités de travail ou sur la base d'un montant forfaitaire ou encore selon la méthode des travaux en régie (par. 28 à 31).

Pour ce qui est de la détermination du prix d'un transfert de technologie, les deux principales méthodes sont le paiement d'un montant forfaitaire et le paiement de redevances (par. 32 à 38).

Lorsque les expéditions s'étalent sur une certaine durée, il peut être nécessaire de réviser le prix pour tenir compte de l'évolution des conditions économiques. Le prix peut être révisé à des dates déterminées ou comme suite à certaines modifications des conditions économiques (par. 39 à 43). Les méthodes possibles de révision des prix sont les suivantes : nouvelle application de la méthode utilisée pour déterminer le prix original (par. 44); clause d'indexation, méthode par laquelle le prix des marchandises échangées évolue en fonction du niveau des prix de biens et services spécifiés (par. 45 à 47); clause sur la monnaie de paiement ou clause sur l'unité de compte, en vertu desquelles le prix est lié à un taux de change entre la monnaie dans laquelle le prix est libellé et une autre monnaie spécifiée (par. 48 à 52).

VIII. Participation de tiers

Ce chapitre traite des cas où une partie qui s'est engagée à acheter ou à fournir des marchandises, au lieu de les acheter ou de les fournir elle-même, confie cette tâche à un tiers (sect. B et C). La section D traite des opérations "multipartites" qui sont distinctes des cas examinés aux sections B et C.

Il arrive souvent qu'une partie qui s'est engagée à acheter des marchandises (partie "initialement" engagée à acheter des marchandises) dans le cadre d'un accord d'échanges compensés engage un tiers ("acheteur tiers") pour réaliser ces achats (par. 4 à 7). Lorsque la participation d'un acheteur tiers est envisagée, il est souhaitable de traiter dans l'accord d'échanges compensés la question du choix de cet acheteur et de préciser qui est responsable vis-à-vis du fournisseur si le tiers n'effectue pas les achats nécessaires à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés (par. 9 à 20). En outre, la partie qui s'est initialement engagée à acheter des marchandises et l'acheteur tiers doivent conclure un contrat où seront traitées des questions telles que la nature de l'engagement du tiers (engagement "ferme" ou engagement "à faire de son mieux") (par. 22); les honoraires du tiers (par. 30 à 36); la clause d'indemnisation (par. 37); et la question de savoir si le tiers doit avoir un mandat exclusif ou non exclusif pour l'achat et la revente des marchandises (par. 38 à 40).

Il arrive que les parties à un accord d'échanges compensés conviennent que la partie effectuant des achats en sus de ce qu'exige l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sera autorisée à utiliser le crédit ainsi constitué en vue d'acquitter des engagements d'échanges compensés qu'elle ou un tiers pourra devoir assumer à l'avenir (par. 8).

La partie qui s'est engagée à fournir des marchandises (partie "initialement" engagée à fournir) désigne parfois un tiers ("acheteur tiers") pour fournir les marchandises (par. 41 à 44). Lorsqu'est envisagée la participation d'un fournisseur tiers, il est bon de traiter dans l'accord d'échanges compensés la question du choix dudit tiers et de préciser quels sont les effets de son incapacité à mettre les marchandises convenues à disposition. Dans certaines opérations, le choix du fournisseur tiers est laissé à la partie qui s'engage à acheter les marchandises (par. 45 et 46). Dans d'autres cas, ce choix est laissé à la partie qui s'est engagée initialement à fournir des marchandises (par. 47 à 52).

Pour ce qui est des opérations d'échanges compensés "multipartites", trois types sont décrits dans le chapitre, à savoir : *a)* l'opération tripartite qui met en jeu l'exportateur (qui ne s'engage à aucun moment à effectuer une contre-importation), l'importateur et le contre-importateur tiers; *b)* l'opération tripartite qui met en jeu l'exportateur, l'importateur (qui ne s'engage à aucun moment à effectuer une contre-exportation) et un contre-exportateur tiers; et *c)* une opération quadripartite dans laquelle le contrat de fourniture dans une direction est conclu par deux parties et le contrat de fourniture dans l'autre direction est conclu par deux autres parties (par. 53 à 58).

IX. Paiements

Les parties à une opération d'échanges compensés peuvent décider de lier les paiements pour les contrats de fourniture dans les deux directions, de manière que le produit du contrat dans une direction soit utilisé pour payer le prix du contrat dans l'autre direction, ce qui permet d'éliminer ou de réduire les transferts de fonds entre les parties (par. 1 à 8).

Les parties conviennent parfois que l'expédition dans une certaine direction (contrat d'exportation) précédera l'expédition dans l'autre direction (contrat de contre-exportation) de manière à dégager des fonds pour l'opération de contre-exportation. Dans une telle opération, parfois qualifiée d'"achat préalable" les parties peuvent décider que les sommes provenant de l'exportation seront détenues par l'importateur jusqu'à ce que le prix de la contre-exporta-

tion soit exigible (par. 9 à 13). Lorsque dans une opération d'achat préalable, les fonds obtenus au titre du contrat d'exportation ne sont pas laissés sous le contrôle de l'importateur, les parties peuvent décider d'utiliser un "compte bloqué" ou des "lettres de crédit croisées" (par. 14 à 18). Lorsque les parties choisissent la méthode du compte bloqué, les fonds obtenus au titre du contrat d'exportation sont déposés sur un compte d'une banque convenue, et le retrait des fonds, qui doivent servir à payer les marchandises faisant l'objet de l'opération de contre-exportation est régi par des conditions convenues (par. 19 à 30). Lorsque les parties utilisent des lettres de crédit croisées, les fonds payables au titre de la lettre de crédit émise par l'importateur en faveur de l'exportateur ("lettre de crédit d'exportation") sont bloqués de manière à être utilisés pour couvrir la lettre de crédit émise par le contre-importateur en faveur du contre-exportateur ("lettre de crédit de contre-exportation") (par. 31 à 37).

Les parties peuvent convenir que leurs créances découlant des expéditions effectuées dans les deux directions feront l'objet d'une compensation. Si un solde apparaît lors de cette compensation, il peut être réglé par livraison de marchandises supplémentaires ou par un versement. Pour faciliter la compensation des créances, notamment dans le cas d'expéditions multiples, les parties peuvent souhaiter utiliser un mécanisme appelé dans le Guide "compte de compensation". Un compte de compensation peut être administré par les parties elles-mêmes ou par une ou plusieurs banques (par. 38 à 57).

Certaines questions communes à tous les mécanismes de paiements liés (monnaie, désignation des banques, accords interbancaires, fonds inutilisés ou excédentaires, paiements ou livraisons supplémentaires et frais bancaires) sont examinées aux paragraphes 58 à 65.

Dans le cas d'une opération d'échanges compensés multipartites (c'est-à-dire tripartite ou quadripartite; voir chap. VIII), les parties peuvent convenir que les fonds résultant du contrat de fourniture entre deux parties données doivent être utilisés pour payer un contrat entre deux parties dont l'une au moins est différente. Dans une opération tripartite comprenant un tiers contre-importateur, l'importateur, au lieu de transférer des fonds à l'exportateur dans le cadre du contrat d'exportation, livre des marchandises au contre-importateur et est réputé avoir payé les importations à concurrence de la valeur des marchandises qu'il a ainsi livrées; le contre-importateur, quant à lui, paie à l'exportateur une somme correspondant à la valeur des marchandises qu'il a reçues du contre-exportateur. De même, dans une opération tripartite comprenant un tiers contre-exportateur, l'importateur effectue un virement au profit du contre-exportateur en paiement des marchandises expédiées au contre-importateur et ce dernier (exportateur) accepte que sa créance au titre du contrat d'exportation soit compensée jusqu'à concurrence de la valeur des marchandises qui lui ont été livrées. Dans une opération quadripartite, l'exportateur expédie des marchandises à l'importateur et ce dernier, au lieu de payer l'exportateur, paie au contre-exportateur un montant équivalent à la valeur des marchandises qu'il a reçues de l'exportateur. Le contre-exportateur est payé pour les marchandises expédiées au contre-importateur par les sommes qu'il reçoit de l'importateur. Le contre-importateur paie à l'exportateur un montant correspondant à la valeur des marchandises reçues du contre-exportateur (par. 66 à 73).

Comme lorsqu'il n'y a que deux parties, les systèmes de comptes bloqués et de lettres de crédit croisées peuvent être utilisés dans les opérations d'échanges compensés multipartites (par. 74 à 77).

X. Restrictions à la revente des marchandises

Parfois, les parties conviennent, dans l'accord d'échanges compensés ou dans un contrat de fourniture, de restrictions concernant la vente des marchandises achetées conformément à l'engagement d'échanges compensés (par. 1 et 2).

Les parties devraient être conscientes du fait que de nombreux systèmes juridiques énoncent des règles impératives concernant les pratiques commerciales restrictives et elles devraient veiller à ce que les restrictions qu'elles envisagent ne soient pas contraires à ces règles. Ces règles impératives peuvent énoncer des interdictions de caractère général touchant les pratiques qui limitent indûment la concurrence et désavantagent donc les consommateurs ou les concurrents, ou qui nuisent à l'économie nationale. En outre, elles interdisent souvent expressément des types donnés de pratiques commerciales restrictives (contre des accords fixant un prix minimum, par exemple) (par. 3).

Lorsque les parties envisagent une restriction à la revente, il leur est conseillé d'être aussi précises que possible dans l'accord d'échanges compensés quant à la teneur de la restriction (par. 4 à 7).

Les parties à une opération d'échanges compensés font parfois figurer dans l'accord d'échanges compensés des dispositions restreignant la liberté du fournisseur des marchandises de compensation de commercialiser le type de marchandises faisant l'objet de l'opération d'échanges compensés (par. 8).

L'accord d'échanges compensés peut disposer que la partie achetant les marchandises doit informer le fournisseur de certains aspects de la revente des marchandises, tels que le territoire où s'effectuera la revente, le prix de revente, ou l'emballage ou le marquage des marchandises (par. 9 et 10).

Les parties à une opération d'échanges compensés conviennent parfois de restrictions quant au territoire sur lequel la partie achetant les marchandises dans le cadre de l'accord pourra les revendre (par. 11 à 16).

Parfois, les accords d'échanges compensés comportent des dispositions relatives au prix minimum de revente des marchandises. Il convient de noter que, dans de nombreux Etats, les règles impératives relatives aux pratiques commerciales restrictives n'autorisent pas la fixation d'un prix de revente minimum ou ne l'autorisent que dans des circonstances limitées (par. 17 à 20).

L'accord d'échanges compensés peut énoncer des conditions quant au type d'emballage ou de marquage à utiliser pour la revente des marchandises. Les parties devraient veiller à ce que les conditions énoncées dans l'accord à propos de l'emballage et du marquage ne soient pas contraires aux règles impératives du lieu où les marchandises doivent être revendues (par. 21 et 22).

Lorsqu'il est possible à la partie qui s'est engagée à acheter les marchandises de faire appel à un tiers pour effectuer les achats, le fournisseur voudra peut-être veiller à ce que la restriction à la revente énoncée dans l'accord d'échanges compensés soit respectée par le tiers (par. 23 et 24).

Il peut être bon, pour le cas où les circonstances commerciales évoluent, de prévoir dans l'accord d'échanges compensés une révision des restrictions convenues (par. 25 et 26).

XI. Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales

Les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales prévoient qu'en cas d'inexécution par une partie d'une obligation spécifiée, ou d'exécution tardive, la partie lésée a droit au versement par la partie en faute d'une somme convenue au moment où les parties ont établi leur relation contractuelle. Le versement de la somme convenue peut avoir pour objet, soit de stimuler l'exécution de l'obligation, soit de dédommager du préjudice causé par le défaut d'exécution, soit les deux (par. 1).

Le chapitre traite des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales couvrant les défauts d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (par. 2), qui peuvent prendre la forme d'une non-exécution ou d'une exécution tardive (par. 3 et 4). La clause peut couvrir l'engagement pris par l'acheteur d'acquérir les marchandises ou l'engagement pris par le fournisseur de mettre les marchandises à disposition (par. 5 et 6).

De nombreuses législations nationales comportent des dispositions sur les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales. Ces dispositions comprennent : nullité, dans certains systèmes juridiques, des clauses fixant une somme convenue pour encourager l'exécution de l'engagement, la partie à laquelle s'applique la clause n'étant tenue qu'à verser des dommages-intérêts en application du droit commun (par. 7); règles donnant aux tribunaux le pouvoir de réduire le montant convenu ou d'accorder des dommages-intérêts supplémentaires lorsque le préjudice effectif dépasse la somme convenue (par. 7); règle selon laquelle la somme convenue n'est pas due si la partie qui n'a pas exécuté l'obligation en question n'est pas responsable de la non-exécution (par. 8); autres règles sur la relation entre le recouvrement de la somme convenue et le recouvrement de dommages-intérêts (par. 12).

Il faut distinguer les clauses de dommages-intérêts spécifiés ou les clauses pénales des clauses limitant le montant des dommages-intérêts recouvrables, des clauses instituant des obligations alternatives et des clauses instituant l'obligation de corriger par des paiements en espèces tout déséquilibre des échanges dans le cas de contrats de troc, ou prévoyant que les créances réciproques doivent être compensées (par. 9 et 10).

Lorsqu'une partie qui s'est initialement engagée à acheter ou à fournir des marchandises recourt à un tiers pour s'acquitter de cet engagement, les parties peuvent convenir que le tiers doit verser des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité à la partie ayant pris l'engagement initial, au cas où il ne s'acquitterait pas de son engagement d'acheter ou de fournir des marchandises (par. 11).

Les parties doivent traiter d'une importante question : en réclamant la somme convenue, le bénéficiaire de la clause renonce-t-il à obtenir l'exécution de l'obligation principale ? Souvent, les parties à des opérations d'échanges compensés considèrent que le bénéficiaire qui choisit de réclamer la somme convenue ne peut alors réclamer aussi l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Parfois, les parties disposent que la somme convenue est payable en cas de retard dans l'exécution de l'engagement, auquel cas l'engagement d'échanges compensés reste à exécuter malgré le paiement de la somme convenue. Il est souhaitable que les parties précisent, dans l'accord d'échanges compensés, les effets du paiement de la somme convenue (par. 13 à 16).

Le montant des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité peut être un montant absolu ou un pourcentage de la valeur de l'engagement non exécuté (par. 17). Lorsque la clause s'applique également en cas de retard, la somme convenue est souvent fixée de manière graduelle, un montant spécifié étant dû pour un retard spécifié (par. 18). Les questions concernant la détermination du montant approprié de la somme convenue sont examinées aux paragraphes 19 à 23.

Les questions relatives au recouvrement de la somme convenue qui peuvent être traitées dans un accord d'échanges compensés sont notamment les suivantes : délai de recouvrement de la somme convenue (par. 24); paiement de la somme convenue lorsque le délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés est divisé en sous-périodes (par. 25); droit du bénéficiaire à déduire la somme convenue des fonds de l'autre partie qui lui ont été remis ou droit du bénéficiaire à compenser la créance correspondant à la somme convenue par une créance équivalente (par. 26); garantie indépendante pour couvrir l'obligation de verser la somme convenue (par. 27). L'accord d'échanges compensés peut aussi prévoir la possibilité de résilier l'engagement d'échanges compensés lorsque la clause de dommages-intérêts spécifiés ou la clause pénale couvre les retards (par. 28), et l'effet de la résiliation de l'engagement d'échanges compensés sur l'obligation de payer la somme convenue (par. 29).

XII. Garantie de bonne exécution

Les parties à une opération d'échanges compensés peuvent convenir d'utiliser une garantie pour assurer l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Une garantie peut être utilisée pour assurer l'obligation d'acheter des marchandises, l'obligation de fournir des marchandises ou ces deux obligations à la fois (par. 1).

Une garantie peut être soit indépendante de l'obligation principale, soit accessoire. Dans une garantie indépendante, le garant est tenu de payer lorsque le bénéficiaire de la garantie lui présente la demande de paiement et tout autre document supplémentaire requis selon les conditions de la garantie; un tel document peut être, par exemple, la déclaration du bénéficiaire selon laquelle la partie qui a fait établir la garantie (le "donneur d'ordre") n'a pas respecté l'obligation principale, la déclaration du bénéficiaire précisant les circonstances qui constituent la non-exécution, ou un certificat ou une décision d'un tiers indiquant que l'obligation principale n'a pas été respectée. Pour déterminer s'il doit ou non payer, le garant n'a pas à enquêter pour savoir si l'obligation principale n'a effectivement pas été exécutée, mais doit seulement vérifier si la demande de paiement et tout document justificatif sont conformes aux conditions spécifiées dans la garantie. Même si l'obligation de payer incombant au garant est indépendante de l'obligation principale, la demande de paiement formulée au titre de la garantie peut être, dans des circonstances exceptionnelles, exclue, notamment lorsque la demande du bénéficiaire est frauduleuse (par. 3).

Dans le cas d'une garantie accessoire, le garant doit, avant de payer, vérifier si l'obligation principale a été exécutée et il est normalement habilité à invoquer tous les moyens de défense que le donneur d'ordre peut invoquer à l'encontre du bénéficiaire (par. 4).

Le chapitre ne traite que des garanties indépendantes, ce qui ne doit pas être interprété comme une préférence pour ce type de garantie. Il traite aussi des garanties sous forme de lettres de crédit stand-by, qui sont un équivalent fonctionnel des garanties indépendantes (par. 5 et 6).

En cas d'utilisation d'une garantie, les parties devraient inclure dans l'accord d'échanges compensés des dispositions portant notamment sur les questions suivantes : partie devant fournir la garantie (par. 8); libération du donneur d'ordre de son obligation d'exécuter l'engagement d'échanges compensés par un paiement au titre de la garantie (par. 9); identité du garant ou manière de le choisir (par. 10 à 16); documents à présenter par le bénéficiaire pour que le garant soit tenu de payer (par. 17 à 22); montant de la garantie et possibilité d'instaurer un mécanisme pour réduire ce montant au fur et à mesure de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés (par. 23 à 26); moment où la garantie doit être établie (par. 27 à 30); expiration de la garantie (par. 31 à 33); renvoi de l'instrument de garantie (par. 34); obligation de prolonger la garantie du fait de la prolongation du délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (par. 35 et 36); modification de l'engagement principal et modification de la garantie (par. 37 à 39).

Dans les opérations où les marchandises expédiées dans les deux directions ne sont pas payées en espèces, des garanties peuvent être utilisées pour assurer l'élimination par un paiement en espèces d'un éventuel déséquilibre des échanges (par. 40 à 48).

XIII. Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés

Ce chapitre traite de la question des recours en cas de défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (sect. B) et des circonstances dans lesquelles une partie est libérée de sa responsabilité pour défaut d'exécution de l'engagement (sect. C). Il examine en outre les conséquences d'un défaut de conclusion ou d'exécution d'un contrat de fourniture dans une direction sur l'obligation incombant aux parties de conclure ou d'exécuter des contrats de fourniture dans l'autre direction (sect. D). L'analyse s'inscrit dans le contexte des engagements "fermes" d'échanges compensés (par. 1 à 3).

Il est souhaitable d'énoncer dans l'accord d'échanges compensés les recours disponibles pour défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés car les législations nationales ne comportent généralement pas de règles visant expressément les échanges compensés (par. 4 et 5). Les recours à envisager sont la libération d'une partie de l'engagement d'échanges compensés (par. 6 à 10) ou une compensation pécuniaire, en particulier sous forme de dommages-intérêts spécifiés ou de pénalité (par. 11 et 12).

Durant la période d'exécution de l'engagement d'échanges compensés, il peut se produire des faits d'ordre juridique ou matériel qui empêchent, de façon permanente ou temporaire, une partie de conclure, comme elle s'y était engagée, un contrat de fourniture envisagé. La partie qui ne s'acquitte pas de ses obligations en raison d'un tel empêchement peut, selon la loi applicable ou les dispositions de l'accord d'échanges compensés, obtenir un délai supplémentaire pour s'acquitter de ses obligations ou en être totalement libérée. Les empêchements qui donnent lieu à une telle exemption sont appelés "empêchements exonératoires" (par. 13).

Nombre de législations nationales comportent des règles concernant les empêchements exonératoires. Cependant, ces règles peuvent avoir des résultats incompatibles avec les exigences d'une opération donnée et les parties peuvent donc souhaiter inclure dans leur accord d'échanges compensés une clause précisant les conséquences juridiques d'un empêchement exonératoire (par. 14 à 18) et une clause définissant les empêchements exonératoires (par. 19 à 34). L'accord d'échanges compensés peut aussi contenir une clause par laquelle la partie invoquant un empêchement exonératoire doit en aviser par écrit l'autre partie (par. 35 et 36).

Dans la mesure où dans une opération d'échanges compensés la conclusion du contrat de fourniture de marchandises dans une direction dépend de la conclusion du contrat de fourniture dans l'autre direction, la question peut se poser de savoir si un défaut de conclusion ou d'exécution d'un contrat dans une direction devrait avoir un effet sur l'obligation de conclure ou d'exécuter un contrat dans l'autre direction. En général, les législations nationales ne donnent pas de réponses précises à cette question d'interdépendance des obligations dans des opérations d'échanges compensés. Pour éviter toute incertitude ou désaccord, les parties peuvent donc souhaiter inclure dans l'accord d'échanges compensés des clauses indiquant dans quelle mesure les obligations sont interdépendantes (par. 37 à 42). Ces clauses peuvent porter en particulier sur les problèmes ci-après, qui peuvent se poser dans le cadre de l'exécution de l'opération d'échanges compensés : défaut de conclusion d'un contrat de fourniture comme prévu dans l'accord d'échanges compensés (par. 43 à 48), résiliation d'un contrat de fourniture (par. 49 à 55), défaut d'exécution d'une obligation de paiement liée à un contrat de fourniture (par. 56 à 60), défaut de livraison de marchandises faisant l'objet d'un contrat de fourniture (par. 61).

XIV. Choix de la loi applicable

Ce chapitre porte sur le choix que font les parties à une opération d'échanges compensés quant à la loi applicable à l'accord d'échanges compensés, aux contrats de fourniture dans les deux directions, et au contrat par lequel une partie tenue de s'acquitter d'un engagement fait appel à un tiers pour s'acquitter dudit engagement. Le chapitre traite également de la question de savoir si l'accord d'échanges compensés et les contrats constituant l'opération devraient être soumis à une loi nationale unique ou à des lois nationales différentes (par. 1).

En vertu des règles de "droit international privé" (ou règles de "conflit de lois") de nombreux Etats, les parties ont la possibilité de choisir par convention la loi applicable, bien que certaines de ces lois limitent cette faculté de choix. Si les parties ne choisissent pas la loi applicable, celle-ci est déterminée par l'application des règles du droit international privé (par. 2). En choisissant la loi applicable, les parties ne déterminent pas la juridiction compétente

(par. 3). Quelle que soit la loi choisie, certains aspects de l'opération d'échanges compensés peuvent être régis par des règles impératives (par. 4 et 30 à 33). La mesure dans laquelle les parties ont la faculté de décider que telle ou telle question sera régie par la loi choisie peut être limitée (par. 5). L'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises à une opération d'échanges compensés est examinée au paragraphe 6.

Pour éviter toute incertitude quant à la loi qui s'applique, il est souhaitable que les parties choisissent expressément la loi qui régira l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture (par. 8 à 11). La mesure dans laquelle les parties sont autorisées à choisir la loi applicable est fonction des règles de droit international privé qui sont appliquées. Dans certains systèmes de droit international privé, l'autonomie des parties est limitée, puisqu'elles ne sont autorisées à choisir qu'une loi nationale présentant un lien avec le contrat (règle du "lien juridique"). Dans la plupart des systèmes de droit international privé, les parties sont autorisées à choisir la loi applicable sans ces restrictions (par. 12).

Il est généralement souhaitable que la loi choisie par les parties soit la loi d'un pays déterminé (par. 13 à 18). En choisissant la loi applicable, les parties voudront peut-être tenir compte des facteurs suivants : connaissance qu'ont les parties de cette loi ou possibilité qu'elles ont d'en prendre connaissance; capacité qu'a cette loi de régler comme il convient les problèmes juridiques qui peuvent découler des relations contractuelles établies entre elles; mesure dans laquelle cette loi renferme des règles impératives empêchant les parties de régler par convention des questions qui peuvent découler de leur relation contractuelle (par. 19). Les autres questions que les parties pourraient garder à l'esprit sont les suivantes : modifications éventuelles apportées à la loi choisie par les parties (par. 20); conception pouvant présider à la rédaction de la clause désignant la loi applicable (par. 21); séparation entre la clause concernant la loi applicable et le reste du contrat (par. 22); applicabilité de la loi choisie à la prescription des droits (limites des recours) (par. 23); utilité de désigner la loi applicable non seulement à l'accord d'échanges compensés mais aussi aux futurs contrats de fourniture (par. 24).

Lors du choix de la loi applicable, les parties peuvent souhaiter examiner la question de savoir si l'accord d'échanges compensés et les contrats de fourniture à conclure devraient être soumis à une loi nationale unique ou à diverses lois nationales (par. 25 à 29).

XV. Règlement des litiges

Il est souhaitable que les parties conviennent de la manière de régler tous litiges qui pourront naître de l'accord d'échanges compensés et des contrats de fourniture connexes. Il y a notamment la négociation, la conciliation, l'arbitrage et la procédure judiciaire (par. 1 à 6). Dans certains Etats, la liberté donnée à un organisme de l'Etat de conclure un accord compromissoire ou de convenir qu'un tribunal d'un Etat étranger sera compétent est restreinte (par. 7).

En général, le mode le plus satisfaisant de règlement d'un litige entre les parties est le règlement amiable par la négociation entre les parties (par. 8 à 11).

Si les parties ne peuvent régler leur litige par la négociation, elles voudront peut-être essayer la conciliation avant de recourir à une procédure arbitrale ou judiciaire. La conciliation a pour objet d'arriver à un règlement amiable du litige avec l'assistance d'un conciliateur neutre. Si les parties disposent qu'elles pourront recourir à la conciliation, elles peuvent régler les questions de procédure pertinentes en convenant d'un ensemble de règles de conciliation telles que le Règlement de conciliation de la CNUDCI (par. 12 à 15).

Diverses raisons expliquent pourquoi l'arbitrage est fréquemment utilisé pour le règlement de litiges nés d'opérations d'échanges compensés (par. 16 et 17). En général, la procédure arbitrale ne peut être organisée que sur la base d'un accord entre les parties. Comme il peut être plus difficile d'arriver à un accord à ce propos après qu'un litige est apparu, il est souhaitable de conclure un accord compromissoire dès le début de l'opération d'échanges compensés (par. 18 et 23). Les parties peuvent choisir le type d'arbitrage qui répond le mieux à leurs besoins (par. 24 à 26).

La procédure arbitrale sera normalement régie par les règles de procédure de l'Etat où elle se déroule. Il est souhaitable que les parties conviennent d'adopter un ensemble de règles régissant la procédure arbitrale dans le cadre de leur accord. Lorsque les parties choisissent de faire arbitrer leurs litiges par une institution, cette institution peut leur demander d'appliquer son propre règlement (par. 27 à 29). Certaines règles d'arbitrage contiennent une clause d'arbitrage type qui invite les parties à régler dans le cadre de cette clause des questions telles que la participation d'une autorité de nomination et le nombre des arbitres (par. 30 à 34), le lieu de l'arbitrage (par. 35 à 39) et la ou les langue(s) à utiliser dans la procédure arbitrale (par. 40 et 41).

Si les parties ne peuvent convenir de soumettre leur litige à l'arbitrage, les litiges qui ne sont réglés ni par la négociation ni par la conciliation devront l'être par voie judiciaire. Les tribunaux de deux Etats ou plus peuvent parfois connaître d'un litige donné entre les parties. Les parties peuvent convenir d'adopter une clause conférant compétence dans laquelle elles s'obligent à soumettre leur litige à un tribunal donné (par. 42 à 45).

Les opérations d'échanges compensés font souvent intervenir plusieurs contrats, outre l'accord d'échanges compensés. Dans ces opérations à contrats multiples, les parties voudront peut-être étudier s'il serait souhaitable de convenir d'une instance unique chargée du règlement de tous les litiges pouvant découler de l'opération, c'est-à-dire le même conciliateur, le même tribunal arbitral ou le même tribunal judiciaire (par. 46 à 49).

Dans une opération d'échanges compensés, il peut naître des litiges mettant en jeu ou intéressant non seulement l'exportateur et l'importateur, mais également d'autres parties, notamment des tiers engagés en tant qu'acheteurs ou fournisseurs de marchandises. Dans de tels litiges, il peut être souhaitable que toutes les questions connexes soient réglées dans le cadre de la même procédure de règlement des litiges (par. 50 à 53).