



NATIONS UNIES

ASSEMBLEE
GENERALE



Distr. GENERALE

A/CN.9/362/Add.3
14 février 1992

FRANCAIS

Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

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

OPERATIONS INTERNATIONALES D'ECHANGES COMPENSES

Projet de Guide juridique pour les opérations internationales
d'échanges compensés

Rapport du Secrétaire général

Additif

III. APPROCHE CONTRACTUELLE

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>
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 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 soulignées. 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 : "Païement", 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 où 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 : "Paielement", 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 oeuvre 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 V.

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 VI.

[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] Dommages-intérêts spécifiés et pénalités. 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 qu'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.