



NATIONS UNIES

ASSEMBLEE GENERALE



Distr. GENERALE

A/CN.9/332/Add.1

14 mars 1990

FRANCAIS

Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Vingt-troisième session
New York, 25 juin-6 juillet 1990

OPERATIONS INTERNATIONALES D'ECHANGES COMPENSES

Projet de guide juridique pour l'élaboration de contrats internationaux d'échanges compensés : exemples de chapitres*

Rapport du Secrétaire général

Additif

I. INTRODUCTION AU GUIDE JURIDIQUE

[Le guide juridique comportera un chapitre introductif décrivant l'origine, les objectifs, les orientations et la structure du guide. Il est proposé que ce chapitre soit rédigé en dernier, car c'est alors que la structure du guide juridique apparaîtra clairement : on saura en effet quels chapitres le guide comportera, si chaque chapitre sera précédé d'un résumé et si le guide présentera dans certains cas des exemples de dispositions contractuelles.]

Dans les projets de chapitres, le secrétariat a, lorsqu'il l'a jugé utile, suggéré 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. On n'y a recouru que lorsque ces mesures sont une nécessité logique ou juridique. Cette catégorie n'apparaît que rarement dans le guide juridique. La catégorie intermédiaire se caractérise par l'utilisation d'expressions telles qu'"il est souhaitable" ou "il serait bon", lorsque les mesures que peuvent adopter les parties ne répondent pas à une nécessité logique ou juridique. Des formulations telles que "les parties voudront peut-être envisager" ou "les parties voudront peut-être stipuler", ou encore "le contrat pourrait stipuler", se rattachent à la catégorie inférieure.

* Le texte ci-après est un premier projet établi par le secrétariat, que la Commission examinera dans le cadre des travaux préparatoires relatifs au projet de guide juridique pour l'élaboration de contrats internationaux d'échanges compensés; il ne doit pas être considéré comme reflétant nécessairement les vues de la Commission.

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.

II. PORTEE ET TERMINOLOGIE DU GUIDE JURIDIQUE

Table des matières

	<u>Paragraphes</u>
A. Opérations traitées dans le guide juridique	1 - 7
B. Terminologie	8 - 23
1. Types d'échanges compensés	9 - 13
2. Parties à l'opération d'échanges compensés	14 - 18
3. Contrats constitutifs d'une opération d'échanges compensés	19 - 23
C. Orientation du guide sur les questions propres aux échanges compensés	24 - 26
D. Réglementations nationales	27 - 28
E. Universalité du guide juridique	29

A. Opérations traitées dans le guide juridique

1. Les opérations d'échanges compensés traitées dans le guide juridique sont les arrangements contractuels internationaux aux termes desquels une partie fournit les marchandises, des services ou des techniques à une seconde partie et, en retour, la première partie achète ou fait acheter un volume convenu de marchandises, de services ou de techniques auprès de la seconde partie, ou d'une partie désignée par la seconde partie. (Pour plus de simplicité, le guide juridique ne fait référence qu'à des "marchandises" pour désigner l'objet des opérations d'échanges compensés, bien qu'il puisse parfois s'agir de services ou de techniques.) La caractéristique propre à ces opérations est l'existence d'un lien entre la fourniture de marchandises dans les deux directions, en ce sens que la conclusion du contrat ou des contrats de fourniture de marchandises 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 stipuler 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 stipulant, sous forme contractuelle, l'existence d'un lien entre les contrats constituant l'opération d'échanges compensés.

2. Au-delà de cette définition de base, les opérations d'échanges compensés peuvent présenter un certain nombre de caractéristiques divergentes. Ces divergences peuvent porter sur des questions telles que la structure contractuelle de l'opération, le calendrier de la conclusion des contrats constitutifs de l'opération, les intérêts commerciaux sous-jacents des parties et d'autres caractéristiques commerciales ou techniques. Le guide juridique tient compte du fait que les opérations d'échanges compensés peuvent comporter des caractéristiques divergentes et que ces divergences ont des incidences sur l'élaboration des divers contrats.

3. L'opération d'échanges compensés peut reposer sur des structures contractuelles différentes. Souvent, la fourniture de marchandises dans chaque direction fait l'objet d'un contrat distinct, auquel cas le lien entre les deux segments, découlant du fait que la conclusion du contrat de fourniture dans une direction est fonction de la conclusion du contrat de fourniture dans l'autre direction, peut être spécifié dans un accord distinct desdits contrats. Dans d'autres cas, ce lien peut faire l'objet d'une clause contractuelle intégrée à l'un des contrats. Dans d'autres cas encore, l'ensemble de l'opération, c'est-à-dire la fourniture réciproque de marchandises et la stipulation du lien entre les segments de l'opération, est incorporé dans un contrat (par exemple un contrat de troc). Le guide juridique traite des incidences du choix d'une structure contractuelle donnée ou du choix d'une formule contractuelle donnée (voir le chapitre III, "Approche contractuelle").

4. En outre, les contrats de fourniture de marchandises dans les deux directions peuvent être conclus à des dates différentes ou simultanément. Lorsqu'ils sont conclus à des dates différentes, ce qui est souvent le cas, les parties concluent un accord par lequel elles s'engagent à conclure le ou les contrats futurs de fourniture de marchandises. Cet accord peut être conclu en même temps que le contrat initial de fourniture de marchandises dans une direction, ou il peut l'être avant la conclusion des contrats de fourniture. Lorsque les parties conviennent simultanément de la fourniture de marchandises dans les deux sens, l'accord qu'elles concluent ne comportera pas un engagement à conclure des contrats futurs, mais établira un lien entre les obligations de chaque partie. Le guide juridique fait référence au calendrier particulier de la conclusion des contrats de fourniture lorsque le contexte l'exige.

5. L'intérêt que les parties peuvent porter aux différents segments d'une opération d'échanges compensés varie également selon les types d'opérations. Dans certaines opérations, une partie n'est intéressée que par l'exportation de ses propres marchandises et préférerait être libre de décider d'importer ou non des marchandises de l'autre partie. Dans d'autres, 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. Le guide juridique tient compte du fait que les parties peuvent avoir un intérêt plus ou moins grand pour les différents segments de l'opération d'échanges compensés et des incidences que ces intérêts différents peuvent avoir sur le ou les contrats.

6. En outre, on peut établir en gros une distinction entre les opérations d'échanges compensés selon que les marchandises fournies dans une direction sont utilisées pour la production des marchandises à fournir dans l'autre direction ou qu'il n'existe pas un tel lien technique entre les fournitures réciproques. Le guide juridique traitera de ces deux variétés d'échanges compensés et fera référence à l'une ou l'autre selon le cas.

7. Une autre distinction peut être faite sur la base du nombre de parties à l'opération. Dans certains cas, les fournitures réciproques de marchandises au titre d'une opération sont effectuées par les deux mêmes parties. Dans d'autres cas, d'un côté ou des deux côtés de l'opération, les rôles du vendeur et de l'acheteur peuvent être joués par des personnes différentes. Le guide juridique traite des questions contractuelles qui se posent lorsque plus d'une partie est en présence d'un côté ou des deux côtés de l'opération.

B. Terminologie

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

9. Le guide juridique s'applique à différents types commerciaux d'échanges compensés. Dans la plupart des cas, les questions contractuelles traitées dans le guide sont les mêmes pour tous les types commerciaux d'opération d'échanges compensés et le guide juridique ne fait en général pas de distinction entre ces différents types. Toutefois, dans certains cas, le guide porte plus particulièrement sur un type donné d'échanges compensés. Aussi les termes utilisés pour décrire ces types d'échanges compensés sont-ils expliqués ci-après. Les critères permettant d'établir une distinction entre ces différents types se fondent sur les aspects commerciaux, techniques et juridiques de l'opération.

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.

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.

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 à l'acquéreur de ces moyens de production 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.

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. Dans le cadre d'une opération de "compensation industrielle directe", le contrat de fourniture de marchandises dans une direction est combiné à un accord aux

termes duquel le fournisseur s'engage à acheter à l'autre partie des composants de ces marchandises ou des produits connexes. Parfois, le fournisseur convient également de fournir des techniques ou des investissements pour la production de composants par l'autre partie. 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.

2. Parties à l'opération d'échanges compensés

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.

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.

16. Dans certains ouvrages, 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 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".

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.

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. Lorsqu'il fait référence à une partie qui s'est engagée à acheter ou fournir des marchandises, mais 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". Cette terminologie est employée lorsque le guide juridique traite de questions touchant la situation contractuelle d'une partie achetant ou fournissant des marchandises, que l'achat ou la fourniture dans une direction ait lieu avant ou après l'opération inverse. L'ordre dans lequel les expéditions ont lieu n'influe en rien sur la situation contractuelle des parties et les risques qu'elles encourent, lorsque ces parties s'engagent à conclure des contrats de fourniture de marchandises sans stipuler l'ordre dans lequel ces contrats devront être conclus. Cette terminologie s'applique également aux cas où les contrats de fourniture de marchandises dans les deux directions sont conclus simultanément et où l'ordre des contrats ne peut faire office de critère terminologique.

3. Contrats constitutifs d'une opération d'échanges compensés

19. Accord d'échanges compensés. L'accord d'échanges compensés est l'accord fondamental énonçant plusieurs dispositions concernant le type d'opération d'échanges compensés conclue ainsi que la manière dont celle-ci sera effectuée. Dans la pratique, l'accord d'échanges compensés reçoit des noms divers : "accord cadre", "protocole d'échanges compensés", "lettre d'intention", "memorandum d'accord", "lettre d'engagement", ou "accord de contre-achat". L'accord d'échanges compensés énonce en général 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 20 ci-dessous). Outre l'engagement d'échanges compensés, l'accord d'échanges compensés comporte en général d'autres dispositions concernant des 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, l'interdépendance des obligations dans le cadre de l'opération, 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.

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.

21. Contrats d'exportation, d'importation, de contre-exportation et de contre-importation. Les contrats de fourniture de marchandises conclus par les parties sont désignés par des appellations conformes aux noms des parties, c'est-à-dire contrats d'"exportation" ou d'"importation" pour le premier contrat conclu et contrats 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.

22. Contrats de fourniture. Dans les cas mentionnés ci-dessus où il n'existe par de critère clair permettant de distinguer entre l'exportateur et l'importateur, ou lorsque le contexte exige une référence générale à toute partie à l'opération d'échanges compensés et lorsque l'on peut utiliser les termes "partie" ou "parties" à l'opération d'échanges compensés, les contrats de fourniture de marchandises entre les parties peuvent être dénommés "contrats de fourniture".

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 et tout accord d'échanges compensés.

C. Orientation du guide sur les questions propres aux échanges compensés

24. Les contrats de fourniture de marchandises dans le cadre d'une opération d'échanges compensés 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. Aussi le guide ne traite-t-il pas des contrats de fourniture, sauf dans la mesure où ils contiennent des dispositions typiques des échanges compensés.

25. Les questions propres aux échanges compensés internationaux ou revêtant une importance particulière pour ces échanges compensés se retrouvent dans l'accord d'échanges compensés. Le guide juridique est donc axé sur les questions qui se posent lors de l'élaboration dudit accord. Le cas échéant, il est aussi fait référence à l'élaboration d'une disposition d'un contrat de fourniture pouvant être influencée par le fait que ledit contrat s'inscrit dans le cadre d'une opération d'échanges compensés.

26. Certaines des questions traitées dans le guide juridique sont essentielles pour la constitution d'une opération d'échanges compensés. Par exemple, les parties devront choisir une approche contractuelle, exprimer sous une forme appropriée leur engagement à effectuer des opérations commerciales réciproques et spécifier l'ampleur de l'engagement. Les solutions apportées à certaines autres questions traitées dans le guide juridique ne sont peut-être pas essentielles, mais elles contribueront à assurer la bonne marche de l'opération. Il s'agit des questions suivantes : délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés, type, qualité, quantité et prix des marchandises échangées, mécanismes de paiement, participation d'un tiers à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, restriction à la revente des marchandises échangées, garantie de bonne exécution, dommages-intérêts spécifiés et pénalités, influence possible sur l'opération de problèmes liés à l'exécution d'un des contrats de fourniture de marchandises, choix de la loi applicable et règlement des litiges. Il serait bon que les parties désireuses d'effectuer une opération d'échanges compensés examinent les questions essentielles. Pour ce qui est des autres questions, qui ne sont peut-être pas essentielles, mais qui peuvent contribuer à assurer la bonne marche de l'opération, les parties devront juger dans quelle mesure les solutions contractuelles examinées dans le guide juridique sont appropriées à leur cas.

D. Réglementations nationales

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. Cette réglementation peut favoriser ou limiter les échanges compensés de diverses manières. Par exemple, elle peut stipuler que certains types d'importations ne doivent être payés que par le biais d'un arrangement 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 les apports de devises dans le pays ne doivent pas être limités. D'autres règles peuvent avoir trait au contrôle des échanges ou stipuler 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. 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.

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.

E. Universalité du guide juridique

29. Le guide juridique traite des questions juridiques que posent les échanges compensés sur un plan universel, étant donné que la motivation à l'origine d'une opération d'échanges compensés, les intérêts des parties et les questions de droit privé ne font pas apparaître de particularités régionales. Dans la mesure où il existe de telles particularités, 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.