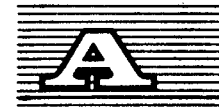


FILE COPY

REFERENCE AND TERMINOLOGY UNIT
please return to room



NATIONS UNIES

ASSEMBLEE
GENERALE



Distr. GENERALE
A/CN.9/332/Add.2
22 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

III. APPROCHE CONTRACTUELLE

Table des matières

	<u>Paragraphes</u>
A. Choix de la structure contractuelle	1 - 21
1. Contrat unique	2 - 9
a) Contrat de troc	3 - 7
b) Contrat "fusionné"	8 - 9
2. Contrats séparés	10 - 21
a) Conclusion simultanée du contrat d'exportation et de l'accord d'échanges compensés	12 - 18
b) Conclusion de l'accord d'échanges compensés avant la conclusion des contrats de fourniture	19
c) Conclusion simultanée du contrat d'exportation, du contrat de contre-exportation et de l'accord d'échanges compensés	20 - 21
B. Teneur de l'accord d'échanges compensés	22 - 36
1. Accord d'échanges compensés énonçant un engagement d'échanges compensés	22 - 33
2. Accord d'échanges compensés sans engagement d'échanges compensés	34 - 36

* 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.

Table des matières (suite)

	<u>Paragraphes</u>
C. Engagement d'échanges compensés	37 - 61
1. Procédures de négociations	39 - 42
2. Degré de précision de l'engagement d'échanges compensés	43 - 61
a) Remarques générales	43 - 48
b) Mécanismes contractuels permettant de préciser les dispositions des contrats	49 - 61
i) Normes ou directives	50 - 52
ii) Détermination d'une disposition contractuelle par un tiers	53 - 60
iii) Détermination de la disposition contractuelle par une partie au contrat	61

A. Choix de la structure contractuelle

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 conclure à cette fin des contrats séparés.

1. Contrat unique

2. Selon l'approche du contrat unique, les parties concluent un contrat couvrant les expéditions de marchandises dans les deux directions. Un contrat unique peut prendre la forme d'un contrat de troc, ou celle d'un contrat "fusionné" énonçant toutes les conditions contractuelles régissant les expéditions réciproques.

a) Contrat de troc

3. Comme il est noté au paragraphe 10 du chapitre II, "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 peuvent exprimer ou ne pas exprimer la valeur monétaire des marchandises. Si elles le font, l'attribution d'un prix aux marchandises permet de comparer la valeur des fournitures. Les parties sont parfois tenues d'indiquer la valeur monétaire des expéditions en raison de règlements douaniers ou d'autres règles administratives.

4. L'une des principales raisons de recourir au troc tient au fait que cette méthode élimine ou réduit la nécessité d'effectuer des transferts de devises. On notera toutefois que l'on peut également éviter de tels transferts en utilisant d'autres formes contractuelles : les parties peuvent conclure des contrats de vente séparés dans chaque direction et convenir d'une compensation de leurs créances réciproques (la compensation des créances réciproques est traitée au chapitre IX, "Paiement", paragraphes à).

5. Avant de décider de donner à leurs opérations d'échanges compensés la forme d'un contrat de troc, les parties pourront tenir compte de plusieurs considérations. La conclusion d'un contrat de troc suppose une comparaison de la valeur des marchandises à échanger, ce qui signifie que le type, la qualité et la quantité des marchandises doivent être spécifiés au moment de la conclusion du contrat. Il ne sera donc pas possible aux parties de conclure un tel contrat si elles ne sont pas à même de convenir simultanément du type, de la qualité et de la quantité des marchandises à expédier dans les deux directions.

6. Un autre facteur peut devoir être pris en considération : une partie répugnera peut-être à expédier les marchandises avant d'être certaine que l'autre partie fera de même. Dans le cas du troc, on ne peut 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, car aucune des livraisons n'est payable en espèces. Des livraisons simultanées, qui pourraient constituer une solution à ce type de préoccupation, sont rarement possibles dans le commerce international. Aussi une partie pourra-t-elle retarder son expédition jusqu'à ce que l'autre partie ait expédié ses marchandises, de crainte que cette autre partie n'effectue pas l'expédition prévue. Ce retard peut présenter des inconvénients pour les deux parties : pour celle qui avait envisagé de fournir les marchandises dans les délais convenus et qui est obligée de les conserver plus longtemps en sa possession et pour celle qui ne reçoit pas les marchandises à temps. Les parties peuvent surmonter cet obstacle en prévoyant qu'une garantie ou une lettre de crédit stand-by assurera à la partie ayant expédié ses marchandises un dédommagement au cas où l'autre partie ne ferait pas de même (l'utilisation à cette fin des garanties ou des lettres de crédit stand-by est traitée au chapitre XII, "Garantie de bonne exécution", paragraphes 38 et 45).

7. Il faut également noter que, dans le cadre d'un contrat de troc, la valeur des marchandises à expédier dans une direction est souvent fonction des marchandises à expédier dans l'autre direction, plutôt que du prix sur le 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 risquent 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 d'une référence au prix du marché, ou à quelque prix que ce soit, risque de conduire à des désaccords sur le montant du dédommagement. 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.

b) Contrat "fusionné"

8. L'expression "contrat fusionné" est utilisée pour décrire les cas où les parties rassemblent en un seul contrat toutes les conditions régissant leurs obligations en ce qui concerne les expéditions mutuelles de marchandises et le paiement des marchandises reçues. Si les parties conviennent d'équilibrer leurs demandes de paiement mutuelles dans le cadre d'un contrat fusionné, la

différence entre un tel contrat et un contrat de troc, dans lequel une expédition représente la compensation de l'autre expédition, sera réduite. Comme dans le troc, il n'est pas nécessaire que le contrat fusionné énonce un engagement d'échanges compensés, puisque les fournitures à effectuer dans les deux directions sont régies par des dispositions contractuelles précises.

9. De nombreux systèmes juridiques semblent donner de l'importance à la structure contractuelle de l'opération lorsqu'il s'agit de déterminer si les obligations sont interdépendantes. Dans de tels systèmes, si les obligations mutuelles sont fusionnées en un seul contrat, elles seront sans doute considérées comme interdépendantes, de sorte que la non-livraison, le refus de prendre possession ou le non-paiement d'une expédition dans une direction pourront être invoqués 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 une partie à résilier l'obligation dans l'autre direction. Si les parties recourant à la méthode du contrat fusionné souhaitent que l'obligation d'expédier des marchandises dans une direction et l'obligation de paiement correspondante soient indépendantes des obligations liées à l'expédition de marchandises dans l'autre direction, elles devraient énoncer des dispositions sans ambiguïté à cet effet. On trouvera au chapitre XIII un examen plus détaillé de la question de l'interdépendance des obligations.

2. Contrats séparés

10. Lorsque les parties concluent des contrats séparés pour les expéditions dans les deux directions, elles utilisent 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; et 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.

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 dans le présent chapitre. Ainsi, il est fait référence au singulier à un contrat de fourniture ainsi qu'à un contrat d'exportation ou de contre-exportation, mais le guide couvre également les cas où plus d'un contrat est conclu pour l'expédition de marchandises dans une direction donnée.

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

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). Si elles utilisent cette approche contractuelle, elles peuvent devoir 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 énonçant l'engagement de conclure le contrat de contre-exportation. L'objet essentiel de l'accord d'échanges compensés est, dans de tels cas, non seulement d'énoncer

l'engagement d'échanges compensés, mais également 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 pourront être traitées dans le cadre d'un tel accord d'échanges compensés sont énumérées aux paragraphes 22 à 33 ci-après.

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. Dans la mesure où 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, ainsi que des procédures de négociation (les questions des procédures de négociation et du degré de précision de l'engagement d'échanges compensés sont traitées ci-après, aux paragraphes 39 à 61).

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 avant tout conclure le contrat d'exportation et, s'il accepte l'engagement d'échanges compensés, c'est avant tout pour obtenir le contrat d'exportation. Dans d'autres cas, l'importateur achète des marchandises à l'exportateur afin de permettre à ce dernier de 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 pourra également varier selon les cas, en ce qui concerne des 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.

15. Dans les opérations de contre-achat, d'achat en retour ou de compensation industrielle, il est fréquent de conclure simultanément un contrat d'exportation et un accord d'échanges compensés. Dans le cas d'une opération de contrat-achat, les parties peuvent ne pas encore savoir quels types de marchandises seront contre-exportés. Dans une opération 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 une opération de compensation industrielle, les parties ne sauront peut-être pas quels types de marchandises feront l'objet de la contre-exportation ou ne connaîtront pas l'identité des contre-exportateurs.

16. Dans le cadre de cette approche contractuelle, il faut se demander si l'on doit inclure les conditions de l'accord d'échanges compensés dans le contrat d'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 la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés pourront donner à l'importateur un motif pour suspendre le paiement des montants dus en vertu 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 en vertu du contrat d'exportation.

17. Si les obligations relatives à l'exportation et à l'engagement d'échanges compensés font l'objet de contrats séparés, de nombreux systèmes juridiques considéreront les deux ensembles d'obligations comme indépendantes, à moins que des dispositions contractuelles précises n'établissent l'interdépendance des obligations. Dans d'autres systèmes juridiques, le contrat d'exportation et l'accord d'échanges compensés pourront, malgré la présence de contrats distincts, être considérés comme interdépendants au motif que les obligations des parties énoncées dans les deux contrats s'inscrivent dans une opération unique. Lorsque les parties souhaitent éviter qu'il y ait interdépendance des obligations entre le contrat d'exportation et l'accord d'échanges compensés, ou lorsqu'elles souhaitent restreindre l'interdépendance à des obligations données, il leur est recommandé d'incorporer le contrat d'exportation et l'accord d'échanges compensés dans des instruments séparés. Lorsque, malgré la conclusion de contrats séparés, il n'apparaît pas clairement si 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 desdites obligations soit exprimée clairement dans l'accord d'échanges compensés.

18. Les parties voudront peut-être établir, par des clauses contractuelles expresses, une relation 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 le refus de prendre livraison dans le cadre du contrat d'exportation ou la résiliation du contrat d'exportation autorisent l'exportateur à résilier l'accord d'échanges compensés et que la non-exécution 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 dûs en vertu du contrat d'exportation. La question de l'interdépendance des obligations est traitée plus en détail au chapitre XIII.

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

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. Afin que les expéditions dans les deux directions puissent atteindre le niveau envisagé, 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 (les questions des procédures de négociations et de degré de précision de l'accord d'échanges compensés sont traitées ci-après aux paragraphes 39 à 61). Les parties voudront peut-être également établir des mécanismes de contrôle et d'enregistrement des échanges et prévoir des sanctions en cas de non-exécution de l'engagement d'échanges compensés. 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 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 des échanges envisagé dans l'accord d'échanges compensés. En effet, une partie ayant expédié des marchandises et ayant donc un excédent commercial sera incitée à commander des marchandises à l'autre partie afin de recevoir compensation pour ses propres fournitures. Ces questions, et d'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 traitées aux paragraphes 22 à 33 ci-après.

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

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 une relation entre eux, ceux-ci seront considérés a 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 contrat. Toutefois, lorsque les parties souhaitent spécifier 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 devraient conclure un accord d'échanges compensés exprimant cette relation.

21. Une telle approche contractuelle pose un nombre limité de questions, car elle ne nécessite pas un 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 libératoires 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 indiquées ci-après aux paragraphes 34 à 36.

B. Teneur de l'accord d'échanges compensés

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

22. Engagement d'échanges compensés. L'engagement d'échanges compensés a pour caractéristique essentielle de stipuler que les parties s'engagent à négocier pour conclure un ou plusieurs contrats de fourniture. Afin que cet engagement soit aussi précis que possible et que son exécution soit aussi sûre que possible, les parties incluent souvent dans l'accord des dispositions concernant les conditions des contrats ultérieurs, des procédures de négociation visant à faciliter l'exécution de l'opération d'échanges compensés, des sanctions en cas de non-conclusion d'un contrat et d'autres dispositions permettant d'assurer la bonne marche de l'opération. Les procédures de négociation et les moyens de préciser l'engagement sont traités aux paragraphes 37 à 61. D'autres types de dispositions que les parties voudront peut-être envisager d'inclure dans l'accord sont énumérés ci-après (paragraphes 23 à 33) et traités plus en détail dans les autres chapitres du guide juridique.

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 échangées. Les dispositions de l'accord d'échanges compensés traitant de ces questions sont examinées au chapitre V.

24. Prix des marchandises. Puisque les parties ne sont 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. Exécution de l'engagement d'échanges compensés. Une des questions essentielles à traiter dans l'accord d'échanges compensés est le délai alloué pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Dans certains cas, les parties mettent en place des mécanismes de contrôle et d'enregistrement de l'exécution de l'engagement. Le chapitre VII traite des dispositions relatives à la durée du délai d'exécution et aux mécanismes de contrôle et d'enregistrement.

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, l'accord d'échanges compensés peut comporter des dispositions régissant la participation de tiers. Celles-ci pourront préciser la manière dont ces tiers seront choisis, ainsi que les incidences juridiques de la participation de tiers à l'exécution des obligations acceptées par les parties à l'accord. Les questions à traiter dans l'accord d'échanges compensés en ce qui concerne la participation de tiers sont traitées au chapitre VIII.

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 types de mécanismes permettant de lier les paiements.

28. Restrictions à la revente des marchandises. La liberté qu'a une partie de revendre les marchandises achetées dans le cadre d'une opération d'échanges compensés peut parfois être limitée par un contrat entre le fournisseur et l'acheteur. Les restrictions imposées à l'acheteur peuvent être d'ordre territorial, ou concerner les conditions de revente (par exemple, prix de revente ou conditionnement). Les clauses des accords d'échanges compensés concernant de telles restrictions sont examinées au chapitre X.

29. Domages-intérêts spécifiés et pénalités. Afin de limiter les désaccords quant au montant des dommages-intérêts à payer en cas de non-exécution de l'engagement d'échanges compensés, l'accord peut stipuler une somme d'argent qui sera due par une partie en cas de non-exécution 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.

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 libératoires ou d'une clause pénale pose des questions qui doivent être traitées dans l'accord d'échanges compensés. Dans les opérations dans lesquelles les parties limitent les paiement en espèces en échangeant des marchandises contre des marchandises, ou en assurant l'équilibre des demandes de paiement 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 examinées au chapitre XII.

31. Interdépendance des obligations. Les parties voudront peut-être traiter dans l'accord d'échanges compensés la question de l'interdépendance de leurs obligations relatives aux expéditions dans chaque direction. Cette question est pertinente lorsqu'il se pose un problème lors de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat de fourniture. Les dispositions de ce type sont traitées au chapitre XIII.

32. Choix de la loi applicable. Les parties voudront peut-être convenir de la loi applicable à l'accord d'échanges compensés ou aux contrats de fourniture. Les dispositions de cet ordre sont traitées au chapitre XIV.

33. Règlement des litiges. Le chapitre XV traite des questions à examiner lors de l'élaboration d'une clause de règlement des litiges à inclure dans l'accord d'échanges compensés.

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

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 assurant l'engagement d'échanges compensés.

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 stipuler 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 examinées au chapitre XIII). Les parties peuvent également établir un lien entre les contrats en structurant les paiements au titre des deux contrats, de manière 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 examinés au chapitre IX.

36. En outre, l'accord d'échanges compensés peut traiter de questions telles que les restrictions à la revente des marchandises échangées (chapitre X), la participation de tiers à l'opération d'échanges compensés (chapitre VIII), le choix de la loi applicable (chapitre XIV) et le règlement des litiges (chapitre XV).

C. Engagement d'échanges compensés

37. La mesure dans laquelle les parties s'engagent à conclure un contrat de fourniture peut aller d'un simple engagement à "faire de son mieux" pour conclure un contrat de fourniture jusqu'à un engagement ferme. Dans le cas de l'engagement à "faire de son mieux", que l'on appelle aussi "intention sérieuse", l'engagement se limite à négocier de bonne foi et les parties conservent le droit de refuser toutes les offres de contrat qu'elles considèrent comme inacceptables.

38. Si les parties souhaitent augmenter les chances de conclusion d'un contrat de fourniture, elles devront inclure dans l'accord d'échanges compensés les procédures à suivre pour la négociation des contrats (voir les paragraphes 39 à 42 ci-après), ainsi que des clauses énonçant, avec autant de précision que possible, les conditions des contrats futurs (paragraphes 43 à 61).

1. Procédures de négociation

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.

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).

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 manoeuvres 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.

42. Toutefois, des stipulations de cet ordre ne suffisent pas à elles seules à garantir que les négociations aboutiront ou que la partie désireuse de conclure le contrat pourra être dédommée au cas où les négociations n'aboutiraient pas. Une partie qui refuse de conclure un contrat peut se soustraire à sa responsabilité tout en se montrant respectueuse des procédures de négociation. Le moyen le plus efficace d'accroître les chances de succès des négociations et de pouvoir obtenir un dédommagement en cas d'échec des négociations serait d'augmenter la précision de l'engagement d'échanges compensés. Pour ce faire, il faudrait énoncer, dans toute la mesure du possible, les conditions du contrat futur dans l'accord d'échanges compensés.

2. Degré de précision de l'engagement d'échanges compensés

a) Remarques générales

43. Les engagements à conclure les contrats de fourniture énoncent rarement de manière précise les conditions de ces contrats. Souvent, les parties ne savent pas 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 futur contrat 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.

44. L'imprécision de l'accord 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. En outre, il peut être difficile de déterminer si une partie ayant refusé une offre de contrat a violé ou non son engagement d'échanges compensés.

45. 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.

46. Les conditions du futur contrat de fourniture peuvent être spécifiées dans l'accord d'échanges compensés, ou ce dernier peut énoncer des directives pour la détermination de ces conditions. 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 signature même dudit contrat.

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" (article 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.

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, des tribunaux arbitraux ou des parties dans la détermination des dispositions manquantes, ou quant au contrôle judiciaire des résultats de l'opération de complètement. Quoi qu'il en soit, le recours à de tels mécanismes tend à être plus utile aux fins de régler un litige que pour l'application d'un contrat. 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.

b) Mécanismes contractuels permettant de préciser les dispositions des contrats

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 alinéas i) à iii) ci-dessous. Dans d'autres parties du guide juridique, il sera fait référence à ces mécanismes dans des contextes précis.

i) Normes ou directives

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.

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". 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 V, "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.

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.

ii) Détermination d'une disposition contractuelle par un tiers

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 chapitre VI, paragraphes à). Les parties seront peut-être disposées à convenir d'une telle méthode si des directives claires 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.

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.

55. On trouvera ci-après une liste des questions que les parties voudront peut-être traiter dans une stipulation habilitant un tiers à déterminer une disposition contractuelle.

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.

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.

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 VI, "Etablissement du prix des marchandises", paragraphes à

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.

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).

iii) Détermination de la disposition contractuelle par une partie au contrat

61. Parfois, l'accord d'échanges compensés confie à l'une des parties à l'accord la détermination d'une disposition. Si elles envisagent une telle approche, les parties devront tenir compte des restrictions qu'imposent les systèmes juridiques quant à la validité de clauses habilitant une partie au contrat à déterminer une disposition dudit contrat. En général, un droit arbitraire donné à l'une des parties de déterminer une disposition n'est pas reconnu. 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 ambigus comme faisant référence à une telle norme. Dans d'autres systèmes, la liberté de déterminer le prix doit être limitée par une norme plus précise.