



NATIONS UNIES
ASSEMBLEE
GENERALE



Distr. GENERALE
A/CN.9/362/Add.4
17 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

IV. ENGAGEMENT D'ECHANGES COMPENSES

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>
A. Remarques générales	1 - 2
B. Ampleur de l'engagement d'échanges compensés	3 - 6
C. Délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés	7 - 20
1. Durée du délai d'exécution	7 - 12
2. Prolongation du délai d'exécution	13 - 16
3. Sous-périodes du délai d'exécution	17 - 20
D. Définition des contrats de fourniture à prendre en considération	21 - 30
1. Critères relatifs au type des marchandises	22 - 25
2. Critère de l'origine géographique	26 - 27
3. Critère de l'identité du fournisseur	28
4. Critère de l'identité de l'acheteur	29
5. Achats non conformes	30
E. Taux du crédit d'exécution	31 - 34
F. Moment où l'engagement est exécuté	35 - 37

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphes</u>
G. Définition des conditions des futurs contrats de fourniture	38 - 60
1. Condition des futurs contrats de fourniture	38 - 56
a) Normes ou directives	44 - 46
b) Détermination d'une disposition contractuelle par un tiers	47 - 54
c) Détermination de la disposition contractuelle par une partie au contrat	55 - 56
2. Procédures de négociation	57 - 60
H. Contrôle et enregistrement de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés	61 - 74
1. Echange d'informations	62 - 64
2. Confirmation de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés	65 - 67
3. Comptes de relevés des opérations	68 - 74

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

A. Remarques générales

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

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

B. Ampleur de l'engagement d'échanges compensés

3. [Nouveau paragraphe] L'ampleur de l'engagement d'échanges compensés est fréquemment exprimée en une valeur monétaire. Dans les opérations de contre-achat, d'achat en retour ou de compensation industrielle indirecte, où les parties concluent d'abord un contrat de fourniture dans une direction (contrat d'exportation) (voir chap. III, par. ...), l'ampleur de l'engagement d'échanges compensés est souvent exprimée en pourcentage de la valeur des marchandises livrées dans le cadre du contrat d'exportation. Dans les

opérations d'échanges compensés où les parties concluent l'accord d'échanges compensés avant de conclure un nombre non spécifié de contrats dans les deux directions (voir chap. III, par. 20 et 21), l'ampleur des achats à effectuer dans les deux directions est souvent définie par un montant monétaire absolu. Il arrive toutefois que l'engagement d'échanges compensés soit quantifié par référence à une quantité précise d'un type donné de marchandises. Il convient de noter que l'ampleur de l'engagement d'échanges compensés peut être régie par des réglementations nationales.

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

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

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

marchandises. Les parties peuvent stipuler dans l'accord d'échanges compensés que la partie qui s'est engagée à acheter peut considérer que ses achats entrent dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés une fois qu'il a été établi par les parties que les achats qu'il a été convenu de considérer comme habituels ou traditionnels ont été effectués.

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

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

1. Durée du délai d'exécution

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

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

9. Pour déterminer la durée du délai d'exécution, les parties devraient tenir compte d'un certain nombre de facteurs, notamment l'ampleur et le type de l'opération envisagée. Par exemple, lorsque l'engagement d'échanges compensés est important et prévoit une série d'expéditions, il faudra

normalement plus de temps pour exécuter l'engagement que dans le cas d'une opération relativement peu importante. Lorsque l'accord définit les marchandises dans des termes généraux, il faudra peut-être fixer un délai d'exécution plus long, afin que l'on puisse disposer de suffisamment de temps pour identifier des marchandises appropriées. La qualité des marchandises peut également avoir des incidences sur la durée du délai. Plus la qualité doit être élevée, plus il sera facile à l'acheteur de commercialiser ou d'utiliser lui-même les marchandises, ce qui permettra de fixer un délai d'exécution plus bref.

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

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

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

2. Prolongation du délai d'exécution

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

14. La loi applicable à l'accord d'échanges compensés peut prévoir une prolongation du délai d'exécution des obligations contractuelles d'une partie au cas où cette exécution serait affectée par des circonstances indépendantes

de la volonté de ladite partie. Les parties voudront peut-être inclure dans l'accord d'échanges compensés des clauses traitant de ces cas (on trouvera au chapitre XIII, par. ... à ..., un examen des clauses d'exonération*).

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

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

3. Sous-périodes du délai d'exécution

17. Lorsque l'exécution de l'engagement d'échanges compensés suppose de nombreuses expéditions pendant une longue période, les parties voudront peut-être diviser le délai en sous-périodes. Par exemple, un délai d'exécution de cinq ans pourrait être divisé en cinq sous-périodes annuelles, une proportion donnée de l'engagement total devant être exécutée durant chaque sous-période. Une telle méthode permet aux parties de planifier plus facilement la fourniture et la commercialisation des marchandises et de veiller à ce que l'exécution ne prenne pas un retard tel qu'elles ne puissent plus, durant les dernières étapes du délai d'exécution, s'acquitter de leur engagement non encore exécuté.

18. L'accord d'échanges compensés peut être relativement souple, pour ce qui est des retards dans l'exécution de l'engagement pour une sous-période donnée, en autorisant le report de tout ou partie du retard accumulé sur la sous-période suivante, auquel cas l'acheteur devra, durant ladite sous-période, s'acquitter de la partie de l'engagement prévue pour cette

sous-période, ainsi que de la partie de l'engagement reportée de la période précédente. Pour ce qui est de la partie non reportée, des sanctions pourront être prises pour défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés (voir les chapitres XI, "Dommages-intérêts spécifiés et pénalités", et XII, "Garantie de bonne exécution"). Cette solution permettra à l'acheteur d'ajuster la quantité à acheter durant une sous-période donnée, compte tenu de circonstances telles que les fluctuations à court terme sur le marché. Toutefois, une souplesse excessive risque de nuire aux intérêts du fournisseur si le produit des ventes durant chaque sous-période doit être utilisé pour effectuer des paiements au titre du contrat de fourniture dans l'autre direction.

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

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

D. Définition des contrats de fourniture à prendre en considération

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

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

1. Critères relatifs au type des marchandises

22. Lorsque les parties définissent les contrats à prendre en considération pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés en indiquant le type de marchandises à acquérir, il leur est recommandé d'être aussi précises que possible. La précision est particulièrement souhaitable lorsqu'il existe plusieurs variétés de ces marchandises. (Les clauses de l'accord d'échanges

compensés relatives aux types de marchandises sont traitées au chapitre V, "Type, qualité et quantité des marchandises", par. 3 à 23.)

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

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

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

2. Critère de l'origine géographique

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

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

3. Critère de l'identité du fournisseur

28. Les parties peuvent convenir que l'exportateur doit s'acquitter de son engagement en achetant des marchandises auprès de personnes autres que l'importateur. Cela est en général le cas dans la compensation industrielle indirecte (voir le chapitre II, par. 17). Dans de tels cas, il est bon que

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

4. Critère de l'identité de l'acheteur

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

5. Achats non conformes

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

achats qui ne sont pas conformes aux critères retenus seront pris en considération pour un montant inférieur à leur valeur totale (voir les paragraphes 32 et 33 ci-dessous).

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

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

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

32. L'accord d'échanges compensés peut disposer que les achats doivent être pris en compte pour l'exécution de l'engagement d'échanges compensés à des taux différents selon le type de marchandises achetées. Par exemple, un crédit d'exécution peut être accordé à un taux de 50 % de la valeur d'achat pour un type de marchandises et de 150 % pour un autre type. L'accord d'échanges compensés peut aussi disposer que des investissements ou des transferts de techniques seront crédités pour un montant supérieur au montant en capital de l'investissement ou à la valeur monétaire du transfert de techniques (par exemple, à 150 %). Ce taux variable peut être utilisé en particulier dans les opérations de compensation industrielle indirecte dans le cadre desquelles l'exportateur conclut des contrats avec des tiers et l'importateur est désireux de promouvoir l'achat de certains types de marchandises.* Dans la compensation industrielle directe, de même que dans les achats en retour, l'accord d'échanges compensés peut disposer qu'un certain crédit d'exécution sera accordé pour les ventes à l'exportation, autres que celles destinées au contre-importateur, qu'aura permises l'installation de production fournie par l'exportateur. Un crédit pourra également être accordé correspondant à un pourcentage de la valeur des ventes destinées à des acheteurs du pays du contre-exportateur. Un taux variable de crédit d'exécution pourrait aussi être utilisé pour les opérations dans le cadre desquelles les contrats de fourniture doivent être conclus entre les parties à l'accord d'échanges compensés, en particulier si l'acheteur a le choix entre plusieurs types de marchandises; en pareil cas, le taux variable peut favoriser l'achat d'un certain type de marchandises.

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

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

F. Moment où l'engagement est exécuté

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

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

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

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

G. Définition des conditions des futurs contrats de fourniture

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

1. Conditions des futurs contrats de fourniture

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

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

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

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

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

43. [A/CN.9/332/Add.2, par. 49] Les dispositions qui ne sont en général pas précisées dans l'accord d'échanges compensés et pour lesquelles il peut être particulièrement utile de disposer de mécanismes contractuels permettant de les préciser sont le type, la qualité, le prix et la quantité des marchandises

à échanger. Les mécanismes que les parties pourront envisager d'utiliser à ces fins sont examinés en termes généraux dans les alinéas a) à c) ci-dessous. Dans d'autres parties du guide juridique, il sera fait référence à ces mécanismes dans des contextes précis.

a) Normes ou directives

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

45. [A/CN.9/332/Add.2, par. 45 et 51] Les directives énoncent, quant à elles, des paramètres grâce auxquels une disposition doit être déterminée et laissent donc une certaine latitude. Par exemple, l'accord d'échanges compensés peut déterminer la fourchette dans laquelle devra se situer le prix que les parties négocieront, ou il peut être convenu que le prix sera "raisonnable" (de telles clauses relatives au prix sont examinées plus avant au chapitre VII, "Etablissement du prix des marchandises" par. ...). [Le texte souligné ci-après est repris du paragraphe 45 du document A/CN.9/332/Add.2 :] Parfois, les parties ne sont pas à même d'être plus précises quant aux conditions du contrat de fourniture prévu; elles ne peuvent que stipuler que les conditions du contrat doivent être équitables, ou conformes aux conditions du marché. De telles dispositions peuvent être utiles lorsque l'on convient d'échanger des marchandises de qualité standard, car elles permettent de déterminer un prix équitable. Toutefois, si le type des marchandises à échanger n'est pas déterminé, ou si les marchandises sont des produits qui n'ont pas de prix standard, un tel engagement à adopter des "conditions équitables" ne renforcera pas sensiblement la position de la partie désireuse d'obtenir la conclusion du contrat. Dans de tels cas, les opinions peuvent diverger lorsqu'il s'agit de déterminer si une condition contractuelle est équitable, ce qui entraîne une prolongation des négociations et rend incertain l'aboutissement d'une action contre la partie refusant de conclure le contrat. Si le type des marchandises n'a pas été déterminé, les parties pourront convenir d'une liste de marchandises sur laquelle les négociations devraient être axées ou à laquelle elles devraient être limitées (ces listes sont examinées au chapitre 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.

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

b) Détermination d'une disposition contractuelle par un tiers

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

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

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

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

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

52. [A/CN.9/332/Add.2, par. 58] Directives ou normes devant être observées par le tiers. Il est conseillé aux parties de délimiter le mandat du tiers en énonçant des directives ou normes qu'il devra observer lors de la détermination de la disposition contractuelle. Ces directives et normes sont traitées de manière générale aux paragraphes 50 à 52 ci-dessus et, pour ce qui est du prix, au chapitre VII, "Etablissement du prix des marchandises", paragraphes ... à

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

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

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

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

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

2. Procédures de négociation

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

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

59. [A/CN.9/332/Add.2, par. 40] Au minimum, l'accord d'échanges compensés pourrait stipuler qu'une partie sera tenue de répondre aux propositions de contrat présentées par l'autre partie. Des procédures plus précises pourront traiter, par exemple, des questions suivantes : parties devant soumettre une offre de contrat; questions à traiter dans l'offre; délais de soumission; forme, mode ou fréquence des communications; délais de réponse; date à laquelle un accord doit être conclu et au-delà de laquelle les négociations

seront considérées comme ayant échoué. En outre, les parties peuvent stipuler que, dans certaines circonstances, une partie sera libérée de son obligation de négocier (par exemple, lorsqu'elle a fait une offre répondant aux conditions requises et que cette offre n'a pas été acceptée ou, si c'est l'autre partie qui devait présenter une offre, lorsqu'aucune offre n'a été faite).

60. [A/CN.9/332/Add.2, par. 41] Si l'on stipule des procédures de négociation telles que celles qui sont mentionnées au paragraphe précédent, la partie qui n'aura pas négocié de bonne foi courra davantage de risques d'être tenue responsable de la non-conclusion d'un contrat. Ces procédures peuvent permettre à la partie lésée de démontrer, par exemple, que l'autre partie a refusé de négocier, a imposé des conditions qu'elle n'aurait pas dû normalement imposer, a recouru de manière injustifiée à des 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.

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

[La présente section H reprend, avec certaines modifications mises en évidence par soulignement, les paragraphes 31 à 44 du projet de chapitre VII, "Exécution de l'engagement d'échanges compensés", tels qu'ils figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.8.]

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

1. Echange d'informations

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

63. Les parties peuvent inclure dans l'accord d'échanges compensés des directives concernant la teneur des informations à échanger, ainsi que la fréquence et le calendrier de ces échanges. Les informations pourront porter, par exemple, sur les contrats qui ont été conclus et qui peuvent être pris en compte pour l'exécution (notamment lorsqu'ils ont été conclus avec un tiers), les expéditions qui ont été faites, les paiements qui ont été effectués conformément aux procédures convenues et les achats qui sont envisagés pour la sous-période à venir du délai d'exécution. En outre, les parties à l'accord d'échanges compensés jugent parfois utile de se rencontrer périodiquement pour

évaluer les progrès réalisés. Ces réunions peuvent permettre d'examiner le statut des contrats qui ont été conclus et de ceux qui sont en cours de négociation et d'envisager les modifications qui pourront être apportées à l'accord d'échanges compensés. L'accord pourra traiter de questions telles que la fréquence et le lieu de ces réunions et la représentation des parties.

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

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

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

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

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

3. Comptes de relevé des opérations

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

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

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

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

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

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

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