

NATIONS UNIES

ASSEMBLEE  
GENERALE



Distr. GENERALE  
A/CN.9/362/Add.8  
18 mars 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

VIII. PARTICIPATION DE TIERS

TABLE DES MATIERES

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

[Note des rédacteurs : Le présent projet de chapitre VIII est une version révisée du projet du chapitre VIII, "Participation de tiers", qui a été publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1. On trouve placé entre crochets au début de chaque paragraphe soit le numéro que portait ce paragraphe dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1, soit la mention "nouveau paragraphe". Les parties révisées des paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.1 sont soulignées. Un astérisque indique les passages qui ont été supprimés sans avoir été remplacés par un nouveau texte.]

#### A. Observations de caractère général

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

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

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

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

#### B. Achat de marchandises de compensation

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

5. [Nouveau paragraphe] La présente section ne traite que des cas où un tiers conclut un contrat d'achat avec le fournisseur. Ne sont pas traités les cas où la partie qui s'est engagée à acheter des marchandises confie à un tiers la tâche de déterminer à qui les marchandises pourraient être revendues ou de la représenter pour la revente de ces marchandises. Le recours à de

telles prestations, qui n'est pas propre aux échanges compensés, n'affecte pas les droits et obligations des parties à l'accord d'échanges compensés et n'a donc pas à être abordé dans cet accord.

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

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

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

### 1. Accord d'échanges compensés

9. [8] Lorsque les parties, au commencement de l'opération, prévoient que la partie qui s'engage à acheter des marchandises pourra désigner un acheteur tiers, il est bon que cette possibilité soit couverte par l'accord d'échanges compensés. Des dispositions relatives à un acheteur tiers sont particulièrement indiquées lorsque, comme on l'indique dans le paragraphe ci-après, les parties n'ont pas le même point de vue quant à la question de savoir si l'acheteur est libre de faire appel à un acheteur tiers.

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

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

#### a) Choix des tiers

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

13. [11] Il arrive que l'accord d'échanges compensés restreigne la liberté de choix du tiers de la partie qui s'est initialement engagée à acheter des marchandises. Ces restrictions peuvent être de divers types. Par exemple, l'accord d'échanges compensés peut désigner un tiers, ou bien donner des

listes de tiers agréés, ou bien encore énoncer des critères à appliquer pour le choix des tiers. Lorsque l'accord d'échanges compensés désigne le tiers ou comporte une liste de tiers potentiels présélectionnés, l'accord d'échanges compensés peut prévoir le choix d'un autre tiers si les tiers énumérés ne sont pas en mesure d'acheter des marchandises.

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

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

16. [14] Les parties doivent avoir présent à l'esprit, toutefois, que toute restriction de la liberté de choix de l'acheteur peut avoir des inconvénients. Ainsi, la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises devra sans doute comptabiliser dans le coût de l'opération le risque que la commission exigée par le tiers pour l'achat des marchandises de compensation (voir plus loin les paragraphes 30 à 36) soit plus élevée que les commissions pratiquées par d'autres tiers, ou le risque que le tiers n'achète pas les marchandises. Les parties pourront convenir que certains de ces risques seront assumés par le fournisseur qui insiste pour que tel ou tel tiers soit retenu. Par exemple, on pourrait convenir que la responsabilité de la partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises au titre de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale sera limitée au montant qu'elle pourra recouvrer auprès du tiers.

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

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

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

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

les marchandises, plutôt qu'un engagement à "faire diligence". Si le tiers ne s'engage qu'à "faire diligence", le fournisseur aura des garanties limitées quant à la conclusion effective du contrat de fourniture.

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

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

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

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

22. [20] Dans la pratique, on rencontre deux types d'engagement pris par les tiers vis-à-vis des parties s'étant initialement engagées. Le premier type d'engagement est la promesse que, sous réserve des conditions dans lesquelles sont désignés les tiers, les marchandises de compensation seront effectivement achetées. L'autre type d'engagement est une promesse faite par le tiers qu'il fera diligence pour acheter des marchandises, sans garantie de résultat. Le tiers peut ne pas souhaiter s'engager pleinement s'il n'est pas certain de trouver un utilisateur final pour les marchandises, ou si le prix d'achat des marchandises risque de ne pas être compétitif. Cette promesse de faire de son mieux peut être exprimée par des formules telles que "intention ferme", "faire diligence" ou "agir de bonne foi", ou bien encore par une clause disposant que le tiers achètera les marchandises si un utilisateur final peut être trouvé. Si le tiers n'achète pas les marchandises, il peut s'exonérer des conséquences qui en découlent, simplement en démontrant sa bonne foi dans l'exécution de son mandat. La partie qui s'est initialement engagée à acheter les marchandises pourra estimer que la participation du tiers sur la base de la "diligence" sera acceptable s'il est fondé à croire que le tiers exécutera son mandat (soit en raison des antécédents du tiers, soit parce que les prix d'achat et de revente envisagés rendent la transaction intéressante du point de vue commercial).

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

24. [22] Les conditions dans lesquelles le tiers est désigné pourraient être harmonisées avec les conditions de l'accord d'échanges compensés. Cette harmonisation serait utile notamment en ce qui concerne le type, la qualité, la quantité et le prix des marchandises de compensation. Il peut se poser un problème, par exemple, si le tiers s'engage à acheter des marchandises de

qualité standard au prix du marché mondial, alors que l'accord d'échanges compensés prévoit un niveau de qualité ou de prix différent. En pareil cas, il arrive que le fournisseur propose des marchandises conformes à l'accord d'échanges compensés, que le tiers est toutefois fondé à refuser d'acheter parce qu'elles ne sont pas conformes aux conditions du contrat conclu entre lui et la partie qui s'est initialement engagée. Cette dernière serait alors responsable vis-à-vis du fournisseur pour la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés sans pouvoir prétendre à une indemnisation par le tiers.

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

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

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

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

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



b) Honoraires du tiers

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

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

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

33. [30] Au moment où il est fait appel au tiers pour conclure les contrats de fourniture futurs, il peut être difficile, en raison de fluctuations des prix, d'estimer le prix de revente. Les parties peuvent donc prévoir des honoraires variables, qui seront déterminés sur la base de la différence effective entre les prix, augmentée d'un pourcentage ou d'un montant convenus pour couvrir les frais du tiers. Selon la conjoncture commerciale, les parties voudront peut-être envisager la possibilité de voir le prix de revente monter à un niveau tel que la revente des marchandises permette au tiers de dégager un bénéfice. Si cette possibilité est prise en compte, le tiers devra payer à la partie s'étant initialement engagée à acheter les marchandises un montant correspondant à l'écart entre le prix effectif de revente et le prix de revente prévu. Ce montant dû par le tiers est parfois appelé "disagio négatif".

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

contrat entre la partie s'étant initialement engagée et le tiers, ce dernier pourra demander une garantie bancaire couvrant l'obligation de payer ces honoraires.

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

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

c) Clauses d'indemnisation

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

d) Exclusivité du mandat du tiers

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

d'échanges compensés, ou l'exclusivité pourra n'être donnée que pour un type particulier de marchandises, un fournisseur particulier, ou un territoire particulier sur lequel les marchandises devront être achetées ou revendues.

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

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

#### C. Fourniture des marchandises de compensation

41. [37] Parfois, une partie qui achète des marchandises dans une direction ne fournit pas de marchandises dans l'autre direction, mais un ou plusieurs tiers sont désignés pour fournir ces marchandises. Il y a deux types d'opérations pour lesquelles on peut recourir à une telle approche. Premièrement, les opérations dans lesquelles la partie achetant des marchandises dans une direction s'engage à fournir des marchandises dans l'autre direction, mais, parce qu'elle éprouve des difficultés à fournir les marchandises convenues, charge un tiers de le faire. Deuxièmement, les opérations de compensation industrielle indirecte décrites au paragraphe 17 du chapitre II, "Portée et terminologie du guide juridique". Dans les opérations de compensation industrielle indirecte, il est prévu, au moment de la conclusion du contrat d'exportation et de l'accord d'échanges compensés, que l'importateur (souvent un organisme public) ne contre-exportera pas de marchandises et que la partie s'engageant à contre-importer devra trouver des tiers disposés à fournir les marchandises. Ces tiers ne seront normalement pas liés par tout engagement à conclure des contrats de fourniture avec le contre-importateur.

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

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

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

a) Choix du tiers par la partie ayant pris l'engagement d'acheter

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

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

b) Choix du tiers par la partie ayant pris l'engagement de fournir

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

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

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

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

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

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

#### D. Echanges compensés multiparties

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

54. [46] Il y a en premier lieu l'opération tripartite dans laquelle une partie qui fournit des marchandises dans une direction ne s'engage à aucun moment d'acheter des marchandises dans l'autre direction; cet engagement d'achat est d'emblée pris par un tiers. Par contraste, la section B traite

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

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

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

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

"Paiement"). Un tel arrangement peut être également souhaitable lorsque la fourniture de marchandises dans une direction est impérativement assujettie à l'achat de marchandises dans l'autre direction.

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