

III. OPÉRATIONS INTERNATIONALES D'ÉCHANGES COMPENSÉS

Opérations internationales d'échanges compensés : étude préliminaire des aspects juridiques
des opérations internationales d'échanges compensés : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/302)
[Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-3
I. ÉCONOMIE GÉNÉRALE DE L'ÉTUDE	4-27
A. Objet de l'étude	4-7
a) Définition des opérations d'échanges compensés	4-5
b) Objectifs commerciaux des opérations internationales d'échanges compensés	6
c) Ampleur des échanges compensés dans le commerce international ..	7
B. Champ de l'étude	8-14
a) Réglementation nationale	9-11
b) Droit privé	12-14
C. Universalité des problèmes juridiques	15-19
D. Terminologie	20-25
a) Parties aux échanges compensés	22-23
b) Les contrats d'échanges compensés	24
c) Objet des échanges compensés	25
E. Sources d'information	26-27
II. APPROCHES CONTRACTUELLES DES ÉCHANGES COMPENSÉS ...	28-40
A. Contrat de troc	30-34
B. Contrats couplés	35-37
C. Contrats uniques	38-39
D. Accord d'échanges compensés	40
III. COMPLÈTEMENT DU CONTRAT	41-62
A. Conditions contractuelles à compléter	46-49
B. Moyens utilisés pour compléter le contrat	50-62
a) Référence à une norme	53-54
b) Détermination d'une condition contractuelle par une partie au contrat	55-57
c) Négociation entre les parties	58-61
d) Détermination d'une condition contractuelle par un tiers	62
IV. DISPOSITIONS DE L'ACCORD D'ÉCHANGES COMPENSÉS RELATIVES A LA TENUEUR DU CONTRAT A CONCLURE	63-89
A. Type des marchandises	64-68
B. Qualité des marchandises	69-71
C. Quantité de marchandises	72
D. Etendue de l'engagement d'échanges compensés	73-75
E. Prix des marchandises	76-89
a) Moyens utilisés pour fixer le prix	76-83
b) Questions à traiter dans le cadre d'une clause standard sur le prix ..	84-87
c) Monnaie et moyens de paiement	88-89

	<i>Paragraphes</i>
V. RELATION ENTRE LE CONTRAT D'EXPORTATION, L'ENGAGEMENT D'ÉCHANGES COMPENSÉS ET LE CONTRAT DE CONTRE-EXPORTATION	90-110
A. Non-exécution du contrat d'exportation	93-95
B. Non-respect de l'engagement d'échanges compensés	96-100
C. Contre-exportation et fin de l'engagement d'échanges compensés	101-105
a) Existence de la contre-exportation	101
b) Absence de contre-exportation	102-105
D. Méthode de rédaction des contrats permettant d'énoncer la relation contractuelle souhaitée	106-110
VI. CONCLUSION	111-113

INTRODUCTION

1. A sa onzième session (1978), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail la question des contrats internationaux de troc ou d'échange en nature (A/33/17, par. 67 à 69)¹. A sa douzième session (1979), sur la base d'un rapport du Secrétaire général intitulé "Troc ou échange dans le commerce international" (A/CN.9/159), elle a estimé que les transactions apparentées au troc revêtaient un trop grand nombre de formes diverses pour pouvoir être réglementées au moyen de règles uniformes. Toutefois, elle a prié le secrétariat d'inclure dans ses études en cours sur les pratiques en matière de contrats l'examen des clauses présentant une importance particulière dans les opérations apparentées au troc. La Commission a en outre prié le secrétariat de prendre contact avec d'autres organismes des Nations Unies conduisant des études sur les transactions de ce type et de lui rendre compte des travaux effectués par eux (A/34/17, par. 21 et 22). A sa dix-septième session (1984), la Commission a examiné un rapport du Secrétaire général sur les activités des organisations internationales dans le domaine des opérations de troc et des opérations apparentées au troc (A/CN.9/253). Durant le débat à ce propos, un certain nombre de délégations ont indiqué qu'elles attachaient une grande importance à cette question et qu'il serait utile d'en poursuivre l'examen. Il a été convenu qu'à la lumière du rapport sur l'évolution de la situation dans ce domaine, que le Secrétariat devrait présenter à une session ultérieure, la Commission pourrait décider si des mesures concrètes devaient être prises dans ce domaine (A/39/17, par. 132).

2. A sa dix-neuvième session (1986), la Commission, sur la base d'une note du Secrétariat (A/CN.9/277), a étudié la question de ses travaux futurs dans le domaine du nouvel ordre économique international. A ce propos, elle a décidé que le secrétariat soumettrait une étude préliminaire sur la question des échanges compensés (terme utilisé à la place du mot "troc" et de termes similaires, conformément à la pratique internationale) à une session future de la Commission (A/41/17, par. 243).

3. On trouvera dans le présent rapport l'étude préliminaire des aspects juridiques des opérations d'échanges compensés, établie comme suite à la demande de la Commission. Les paragraphes 111 à 113 du rapport traitent de la question de savoir si la Commission devrait poursuivre ses travaux sur cette question et, dans l'affirmative, de quelle manière.

I. Economie générale de l'étude

A. *Objet de l'étude*

a) *Définition des opérations d'échanges compensés*

4. Une opération d'échanges compensés, au sens qu'on lui donne normalement, est une opération composite dans laquelle une partie fournit ou fait fournir des marchandises ou une autre valeur économique à une deuxième partie et, en retour, la première partie convient d'acheter ou de faire acheter à la seconde partie, ou à une partie désignée par la seconde partie, des marchandises ou une autre valeur économique, de manière à ce que s'établisse entre les obligations réciproques un rapport convenu par les parties.

5. De nombreuses opérations d'échanges compensés prévoient l'achat mutuel de marchandises, mais d'autres portent sur la fourniture de services ou la vente d'une usine ou d'une installation de production similaire, associées à un engagement d'achat d'une fraction ou de la totalité de la production (on appelle en général ces opérations "opérations d'achat en retour") ou l'achat de produits manufacturés de grande valeur accompagné d'un engagement selon lequel une partie des pièces sera fabriquée dans le pays de l'acquéreur (on nomme en général une telle opération "opération de compensation industrielle").

b) *Objectifs commerciaux des opérations internationales d'échanges compensés*

6. Les opérations d'échanges compensés peuvent viser différents objectifs commerciaux. Premièrement, l'opération peut constituer un mécanisme de financement, en ce sens que les recettes tirées ou attendues d'une exportation sont utilisées pour financer une importation. Cela est en général le cas lorsque l'importation

¹Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa onzième session (1978), *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session, Supplément n° 17 (A/33/17)*.

doit être payée en monnaie convertible et que le pays de l'importateur est pauvre en devises. Deuxièmement, la partie qui éprouve des difficultés à commercialiser ses propres produits peut, en liant ses importations à ses exportations, obtenir des débouchés. Troisièmement, les échanges compensés peuvent être utilisés comme un instrument du développement industriel, par exemple lorsque l'opération fait partie d'un arrangement de coopération industrielle (production conjointe, spécialisation de la production ou entreprises conjointes), ou si une telle opération permet d'attirer des investissements ou des techniques étrangers dans des domaines intéressants pour l'importateur.

c) *Ampleur des échanges compensés dans le commerce international*

7. Les facteurs économiques susceptibles d'inciter les parties à entreprendre des opérations d'échanges compensés se rencontrent dans tous les types de systèmes économiques, sociaux et politiques. Aussi, une proportion sensible des échanges internationaux se fonde-t-elle sur de tels arrangements. Les échanges compensés constituent un aspect traditionnel des échanges entre les pays socialistes d'Europe de l'Est et les pays développés de l'Ouest, et ce depuis de nombreuses années. Les pays développés recourent également à de telles opérations dans leurs échanges entre eux, notamment lorsqu'il s'agit de produits de haute technologie et de grande valeur. Durant les dix dernières années, les pays en développement ont eu de plus en plus recours aux opérations d'échanges compensés, parce qu'ils manquaient de devises, voulaient préserver leur part des marchés internationaux ou s'y implanter et souhaitaient stimuler leur industrialisation. La situation semble aujourd'hui telle que

“les échanges compensés sont maintenant pratiqués couramment entre pays en développement, entre pays développés et pays en développement, ainsi qu'entre pays développés. En outre, ils sont pratiqués avec ou sans cadre institutionnel, c'est-à-dire avec ou sans accord gouvernemental”².

B. *Champ de l'étude*

8. Les aspects juridiques des opérations d'échanges compensés sont de deux types. Les uns ont trait à la réglementation nationale des échanges compensés, les autres se rattachent au droit privé.

a) *Réglementation nationale*

9. La réglementation nationale des échanges compensés peut consister en des règles stipulant, par exemple, que certains types d'importations ne doivent être réglés que dans le cadre d'arrangements d'échanges compensés, ou que certains types de produits locaux ne peuvent être offerts dans le cadre de tels échanges, ou encore

que les entreprises commerciales d'Etat doivent étudier la possibilité de recourir à des opérations d'échanges compensés lorsqu'elles négocient certains types de contrats. D'autres règles peuvent se rattacher au cadre institutionnel dans lequel doivent s'inscrire les opérations d'échanges compensés. Par exemple, dans les pays à économie planifiée, seul un nombre limité d'entreprises sont autorisées à effectuer des opérations d'échanges compensés et les organes ministériels supervisant tel ou tel secteur ont la prérogative d'approuver ou non une opération d'échanges compensés.

10. Ces règles juridiques s'adressent en général à une seule partie contractante et n'ont en général pas d'incidence directe sur le contenu ou les conséquences juridiques du contrat conclu par ladite partie. Dans d'autres cas, la réglementation peut avoir des incidences sur le contrat, par exemple en limitant la liberté des parties de déterminer la teneur d'une disposition contractuelle.

11. Les réglementations nationales de cet ordre sont fortement influencées par la politique des différents pays et il est peu probable que l'on puisse arriver à une unification ou une harmonisation de ces législations. Aussi ne s'est-on pas efforcé d'analyser le contenu de telles règles. Toutefois, elles sont mentionnées dans l'étude lorsqu'elles ont une incidence sur les relations contractuelles des parties.

b) *Droit privé*

12. Les problèmes de droit privé peuvent avoir pour origine, soit un contrat portant sur un des volets de l'opération d'échanges compensés, c'est-à-dire les différentes fournitures de biens ou services dans le cadre de l'opération, soit l'accord général d'échanges compensés coordonnant les différents volets. Alors que les arrangements contractuels régissant les différents volets des opérations d'échanges compensés revêtent une forme adaptée à l'objet de chacun de ces volets (par exemple, contrats de vente, de construction, de licence, de prestation de services ou d'entreprise), l'accord global d'échanges compensés est un arrangement contractuel par lequel les parties conviennent des éléments des contrats régissant les différents volets de la transaction, ainsi que des relations entre ces volets.

13. La majorité des problèmes de droit privé liés aux contrats régissant les différents volets d'une opération d'échanges compensés sont identiques à ceux que posent des contrats similaires conclus dans le cadre de transactions distinctes et indépendantes. Aussi n'est-il pas nécessaire de traiter ici ces questions juridiques, à moins qu'elles ne présentent des caractéristiques particulières dans le cas d'opérations d'échanges compensés.

14. L'accord d'échanges compensés, par contre, pose des problèmes qui sont typiques des échanges compensés, ou qui sont particulièrement importants dans ce cadre, et qui sont traités selon des méthodes propres à ces échanges. C'est avant tout sur ces questions qu'est axée la présente étude.

²Echanges compensés, note d'information du secrétariat de la CNUCED, Conseil du commerce et du développement, Commission de la coopération économique entre pays en développement, TD/B/C.7/82, 28 août 1986, par. 7.

C. Universalité des problèmes juridiques

15. Lorsque l'on étudie les problèmes de droit privé liés aux échanges compensés internationaux, il faut se demander s'ils peuvent être traités comme un phénomène universel ou s'il existe des particularités régionales exigeant un traitement différencié. Plusieurs observations peuvent être faites à ce propos.

16. Premièrement, la pratique des échanges compensés est très développée dans une vaste gamme de secteurs industriels, dans le cadre des échanges entre les Etats à économie planifiée de l'Europe orientale et les pays occidentaux à économie de marché. Il est caractéristique des transactions Est-Ouest que les approches et solutions contractuelles soient souvent similaires et que ces similarités s'étendent souvent à plusieurs pays. Cela est avant tout dû au fait que les opérations d'échanges compensés sont traditionnelles en Europe de l'Est, que, dans cette région, elles sont effectuées par un petit nombre d'organismes de commerce extérieur spécialisés, qu'elles sont contrôlées par les organes administratifs compétents et que les problèmes que posent les échanges compensés Est-Ouest sont assez souvent traités dans des publications commerciales et juridiques.

17. Deuxièmement, les opérations d'échanges compensés sont moins fréquentes dans le commerce entre parties de pays développés à économie de marché que dans le commerce interrégional et ces opérations ne consistent en général pas en un simple échange de marchandises. Nombre des opérations conclues entre parties de pays développés à économie de marché portent sur la vente de produits spécialisés de haute technologie et d'une valeur exceptionnellement élevée (par exemple, une centrale ou un avion). Ces opérations prennent souvent la forme d'une transaction de compensation industrielle directe ou indirecte. Néanmoins, les problèmes ou solutions liés au droit privé dans le cadre d'opérations d'échanges compensés entre parties de pays développés à économie de marché, qu'il s'agisse de l'échange ordinaire de marchandises ou d'opérations de compensation industrielle, ne semblent pas différents pour l'essentiel de ceux que l'on rencontre dans les opérations interrégionales d'échanges compensés.

18. Troisièmement, même si les opérations d'échanges compensés avec des parties de pays en développement constituent un phénomène relativement nouveau par rapport à d'autres régions, comme le note une publication spécialisée,

“une des caractéristiques notables de l'extension des échanges compensés dans le monde entier est la facilité avec laquelle des notions élaborées pour le milieu extrêmement institutionnalisé de l'Europe de l'Est ont été transférées aux économies beaucoup moins réglementées des pays du tiers monde”³.

Cela peut s'expliquer notamment par le fait que de nombreuses parties des pays industrialisés ayant l'expérience des échanges compensés Est-Ouest, notamment

des sociétés commerciales internationales, ont ces dernières années élargi leurs opérations aux pays en développement. Plus important encore, peut-être, les raisons essentielles pour lesquelles sont lancées ces opérations et la constellation des intérêts des parties aux contrats d'échanges compensés ne sont pas propres à telle ou telle région; aussi les contrats ne révèlent-ils aucun problème juridique essentiellement différent de ceux qui se posent dans d'autres régions.

19. On pourra donc conclure que le présent rapport, qui traite des aspects contractuels des échanges compensés, devrait considérer les échanges compensés comme un phénomène universel, posant des problèmes juridiques communs.

D. Terminologie

20. Les écrits relatifs aux échanges compensés internationaux n'utilisent pas une terminologie uniforme lorsqu'ils se réfèrent à divers types d'échanges compensés. Cette absence d'uniformité est peut-être la conséquence d'usages linguistiques différents ou du recours à des critères différents pour classer les pratiques en la matière. C'est ainsi qu'une même expression peut être utilisée pour des opérations distinctes ou que des expressions différentes sont utilisées pour un même type de pratique. Les termes qui sont souvent utilisés, soit comme synonymes d'échanges compensés, soit pour décrire divers types d'opérations, sont les suivants : troc, compensation, contre-achat, compensation industrielle, achat en retour (*buy-back*) et opération de *switch*. Il n'est pas nécessaire d'établir ici de distinction entre ces termes pour décrire et analyser les problèmes juridiques en jeu.

21. Il faut toutefois définir, aux fins du présent rapport, certains termes qui y sont utilisés. Puisque sa portée se veut mondiale et qu'il traite des diverses formes d'échanges compensés, les termes utilisés sont suffisamment généraux pour couvrir les opérations d'échanges compensés effectués dans différents contextes économiques et régionaux. En outre, il faut tenir compte du fait que les opérations d'échanges compensés ne sont pas limitées à la vente réciproque de marchandises, mais peuvent englober d'autres types de contrat.

a) Parties aux échanges compensés

22. Les termes ci-après ont été choisis pour désigner les parties à une opération d'échanges compensés : les mots *exportateur* ou *contre-importateur* désignent la personne fournissant (c'est-à-dire exportant) des biens ou services et obligée d'acheter (c'est-à-dire de contre-importer) d'autre biens ou services en retour; les mots *importateur* ou *contre-exportateur* désignent la personne achetant (c'est-à-dire important) des biens ou services et habilitée à fournir (c'est-à-dire à contre-exporter) d'autres biens en retour. On notera que, dans de nombreux cas, l'importateur et le contre-exportateur sont la même personne, de même que l'exportateur et le contre-importateur. Toutefois, l'exportateur charge parfois une autre personne de s'acquitter de l'obligation de contre-

³ *Strategies for Countertrade Success*, établi et publié par Business International S.A., Genève (Suisse), novembre 1986, p. 3.

importation, ou l'importateur convient qu'une autre personne effectuera l'opération de contre-exportation à sa place.

23. Le mot "exportateur" est utilisé dans certains textes pour désigner la partie la plus forte économiquement ou technologiquement, le mot "importateur" désignant quant à lui la partie la plus faible. Cela s'explique par le fait que, souvent, la partie qui exporte en premier et assume une obligation ultérieure de contre-importation est la partie d'un pays développé, réputée la plus forte, alors que la partie qui importe en premier et obtient le droit de contre-exporter ultérieurement est la partie d'un pays en développement, réputée la plus faible. Toutefois, de plus en plus souvent, notamment dans le cas d'échanges compensés avec les pays les moins avancés, c'est la partie du pays en développement qui exporte en premier, car elle peut ne pas être autorisée à importer des marchandises avant d'avoir obtenu les devises nécessaires au moyen d'une exportation. Aussi, afin que le sens de ces termes soit clair dans le rapport, faut-il souligner que le mot "exportateur" signifie seulement qu'il s'agit du fournisseur en vertu du premier contrat conclu. De la même manière, le mot "importateur" désigne l'autre partie au premier contrat. Les mots "contre-importateur" et "contre-exportateur" désignent les parties au second contrat. Bien que le contrat d'exportation et le contrat de contre-exportation soient rarement conclus en même temps, lorsque c'est le cas, il importe peu de savoir, dans l'optique du présent rapport, quelle partie est dénommée "exportateur" et quelle autre est appelée "importateur".

b) Les contrats d'échanges compensés

24. Les contrats conclus par les parties sont désignés par des appellations conformes aux noms des parties, par exemple, *contrat d'exportation* et *contrat d'importation* pour le premier contrat conclu et *contrat de contre-exportation* et *contrat de contre-importation* pour le deuxième contrat conclu. Dans le présent rapport, ces mots sont en général utilisés au singulier, bien qu'il puisse y avoir plusieurs de ces contrats de chaque côté, dans le cadre d'une opération d'échanges compensés. L'aspect "échange compensé" de l'opération, qui suppose l'obligation de conclure ultérieurement des contrats d'exportation ou de contre-exportation et établit des relations entre les deux contrats, fait l'objet d'un *accord d'échanges compensés*. Cet accord consiste en général en un document séparé, mais l'expression "accord d'échanges compensés" est utilisée dans le rapport pour désigner cet ensemble d'obligations, même si elles sont énoncées dans le contrat d'exportation.

c) Objet des échanges compensés

25. Les contrats d'échanges compensés ont des objets divers; il peut s'agir de produits finis, de matériel de production, d'installations industrielles, de techniques ou de divers services tels que le transport de marchandises, des services touristiques ou des services de maintenance et de réparation. Pour plus de simplicité, on a utilisé dans le présent rapport le mot marchandises pour désigner tous ces objets.

E. Sources d'information

26. Il a été noté dans un précédent rapport à la Commission que, bien qu'un nombre croissant d'études aient été consacrées, depuis quelques années, au commerce de compensation, "les contrats régissant les opérations apparentées au troc sont si rares dans la pratique qu'il est difficile d'entreprendre une analyse des différents types de clauses qu'on y trouve" (A/CN.9/253, par. 20). D'autres organisations ont fait une expérience similaire. Par exemple, comme l'a noté le secrétariat de la CNUCED, "il n'est guère surprenant que l'on ait des difficultés à obtenir des données précises. Les échanges compensés ne sont pas enregistrés systématiquement et les parties en cause hésitent habituellement à fournir des renseignements" (TD/B/C.7/82, par. 9).

27. Le secrétariat de la Commission s'est appuyé, pour la présente étude, sur diverses sources, notamment sur un fonds de contrats d'échanges compensés, rassemblé comme suite à une demande du Secrétaire général, qui avait prié les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies de fournir au secrétariat de la Commission des contrats en la matière, ainsi qu'à une demande similaire adressée par le Secrétaire de la Commission à diverses personnalités de différentes régions du monde. Le secrétariat s'est également fondé sur des écrits traitant ou abordant les aspects juridiques des opérations internationales d'échanges compensés. En outre, des membres du secrétariat ont consulté officieusement des personnalités ayant l'expérience de ce type d'échange.

II. Approches contractuelles des échanges compensés

28. La question qui se pose avant tout aux parties à une opération d'échanges compensés est la suivante : comment structurer les contrats relatifs aux volets "exportation" et "contre-exportation" de l'opération ? En particulier, il importe de déterminer si les aspects "exportation" et "contre-exportation" de l'opération feront l'objet de contrats distincts conclus en même temps, ou s'il faudrait d'abord conclure un contrat d'exportation, le contrat de contre-exportation étant alors conclu séparément à un stade ultérieur.

29. Les différentes solutions retenues à ce propos peuvent être classées comme suit : contrat de troc, contrats couplés, contrat unique et accord d'échanges compensés.

A. Contrat de troc

30. Les contrats de troc au sens juridique strict du terme, c'est-à-dire un échange de marchandises, sont utilisés à l'occasion dans le commerce international. Les parties disposant de produits de base peuvent en échanger des quantités équivalentes situées dans différentes régions du monde, afin de les rapprocher de leur point d'utilisation ou du point de fourniture à leurs clients, économisant ainsi sur les coûts de transport. Les contrats de troc au sens juridique strict du terme sont

également utilisés à l'occasion, dans le cadre d'opérations d'échanges compensés, pour l'échange de différents types de marchandises. Il semble s'agir alors avant tout d'éviter ou de réduire les transferts d'argent liés aux fournitures prévues dans le contrat.

31. Le recours au troc dans les opérations d'échanges compensés pose des problèmes. La conclusion du contrat de troc suppose que la valeur des marchandises à échanger peut être comparable, ce qui suppose à son tour que la qualité et la quantité des marchandises doivent être précisément définies au moment de la conclusion du contrat. Toutefois, il est rarement possible d'être aussi précis à propos de fournitures à terme dans les deux directions. En outre, si le contrat ne stipule pas la valeur pécuniaire des marchandises, il est difficile à la partie lésée d'obtenir une indemnisation pécuniaire satisfaisante lorsqu'une partie fournit des marchandises qui ne sont pas conformes au contrat et il est difficile à la partie défaillante de remédier au défaut d'exécution. Même si l'on peut calculer l'indemnisation pécuniaire, soit parce qu'il existe un prix de référence dans le contrat, soit parce que l'on dispose d'une norme de prix suffisamment objective, l'octroi d'une indemnisation pécuniaire peut être en contradiction avec l'objet même du contrat de troc.

32. Puisque la fourniture de marchandises dans une direction constitue une compensation pour la fourniture de marchandises dans l'autre direction, tout défaut de fourniture ou toute fourniture non conforme peuvent constituer un motif de non-exécution de la fourniture réciproque. Comme il est rarement possible d'organiser la livraison simultanée des deux contre-achats, cette interdépendance entre les deux livraisons risque, au lieu de stimuler la discipline contractuelle, d'avoir des effets néfastes sur les livraisons prévues, notamment parce qu'il peut être plus difficile d'obtenir une garantie d'exécution dans un contrat de troc que dans un contrat de vente. Par exemple, le troc limite le recours à la lettre de crédit documentaire, mécanisme normalement utilisé dans la vente internationale de marchandises pour garantir qu'une obligation a été exécutée, condition de l'exécution de la contre-obligation.

33. Quant aux autres types de garanties pouvant être utilisées dans le troc, par exemple une garantie bancaire, le mécanisme de garantie, dans ce cas, sera normalement plus complexe que dans une transaction normale. En effet, dans un tel contrat, une clause de garantie stipule souvent que les deux promesses de livraison doivent être garanties. Si les deux garanties sont des garanties "sur simple demande", une partie ne respectant pas le contrat peut en fait empêcher l'autre partie d'invoquer une garantie en la menaçant d'invoquer elle-même l'autre garantie. Ces garanties croisées peuvent se rencontrer dans les transactions de vente, mais elles ne sont alors pas aussi directement liées à la transaction de base.

34. Du fait de ces difficultés, les contrats de troc sont assez rarement utilisés en tant que cadre juridique des échanges compensés internationaux.

B. Contrats couplés

35. Les parties peuvent conclure deux contrats indépendants ne faisant pas référence l'un à l'autre, le premier pour la fourniture de marchandises dans une direction et l'autre pour la fourniture de marchandises dans l'autre direction. Le seul lien entre les deux contrats est que la conclusion de l'un dépend de la conclusion de l'autre. Toutefois, ce lien n'étant pas énoncé dans les contrats, les obligations liées à chacun des contrats s'imposent indépendamment.

36. Les contrats couplés peuvent constituer la meilleure procédure à suivre lorsque l'aspect "échanges compensés" de l'opération s'inscrit dans le cadre de relations commerciales régulières entre les parties, ou lorsque les deux contrats peuvent être conclus simultanément. Puisque chaque contrat est conclu et appliqué séparément, toutes les méthodes normales de garantie d'exécution peuvent être utilisées. Un problème se posant à propos de la fourniture de marchandises dans une direction sera traité dans le contexte du contrat pertinent seulement, sans avoir nécessairement d'incidences sur les obligations imposées par l'autre contrat.

37. On n'a toutefois pas souvent recours aux contrats couplés pour organiser des opérations d'échanges compensés. La volonté des parties de relier entre elles l'importation et l'exportation de marchandises est au cœur même de l'opération d'échanges compensés. Aussi, à moins que les deux contrats couplés ne puissent être conclus en même temps, il faut recourir à un mécanisme visant à provoquer ou à imposer la conclusion du contrat ultérieur. Même lorsque les deux contrats couplés peuvent être conclus au même moment, une partie pourra vouloir disposer d'un mécanisme pour lier l'exécution des deux contrats.

C. Contrats uniques

38. Cette technique, qui est sans doute davantage décrite dans les textes spécialisés qu'elle n'est utilisée dans la pratique, consiste à incorporer les deux accords de vente dans un contrat unique. Ce contrat diffère du contrat de troc en ce sens que les deux livraisons de marchandises sont évaluées en fonction d'une valeur pécuniaire et que, normalement, l'obligation de payer chacune des livraisons est stipulée. Il diffère des contrats couplés en ce sens que les deux obligations contractuelles de fournir et de payer sont énoncées dans le même document et sont donc de toute évidence liées entre elles.

39. Si cette technique a été préconisée dans le passé parce qu'elle garantit l'existence et l'exécution de l'obligation de procéder à un échange compensé, elle présente de nombreuses difficultés techniques. Outre qu'il faut stipuler toutes les obligations contractuelles (description des marchandises, quantité et qualité), comme dans le cas des contrats de troc et des contrats couplés, les problèmes consistant à relier entre elles aussi étroitement que possible les différentes obligations contractuelles décrites à propos du contrat de troc se

posent également dans le cas du contrat unique, mais peut-être pas tout à fait dans la même mesure. En raison de ces difficultés, les organismes publics de financement des exportations et d'assurance-crédit répugnent en général à financer ou à assurer de telles opérations.

D. Accord d'échanges compensés

40. Du fait de ces difficultés, la plupart des opérations d'échanges compensés se fondent sur un accord d'échanges compensés énonçant tous les détails de l'engagement d'échange qui peuvent être convenus. Trois grandes méthodes peuvent être suivies, selon la mesure dans laquelle les parties sont prêtes à conclure les contrats définitifs d'exportation et de contre-exportation.

a) L'accord d'échanges compensés peut être conclu avant la conclusion de tout contrat d'exportation définitif. Il peut spécifier la valeur pécuniaire totale des achats devant être effectués dans chaque direction, indiquer en termes généraux les types de marchandises à acheter, préciser la monnaie dans laquelle le prix des marchandises sera fixé et dans laquelle le paiement sera effectué et spécifier les modes de paiement. Selon cette méthode, l'accord comporte une disposition selon laquelle le prix doit être payé sur un compte bloqué qui ne peut être utilisé que pour le paiement des contre-importations. Cette disposition non seulement permet de réduire les problèmes liés à la dépense de devises, mais pousse en outre l'exportateur à conclure des contrats de contre-importation, afin de pouvoir utiliser ou revendre les marchandises en question, libérant ainsi les devises nécessaires au règlement de sa propre exportation en vertu du contrat.

b) Le contrat d'exportation et l'accord d'échanges compensés peuvent être conclus simultanément. L'accord peut être énoncé dans le contrat d'exportation, bien que cette possibilité se rencontre rarement dans la pratique. Il peut inclure toutes les obligations mentionnées ci-dessus, sauf l'obligation de conclure un contrat d'exportation.

c) L'accord d'échanges compensés, le contrat d'exportation et le contrat de contre-exportation peuvent être conclus simultanément. Dans ce cas, l'accord d'échanges compensés ne comporte que les dispositions convenues entre les parties reliant le contrat d'exportation et le contrat de contre-exportation. Lorsque l'accord d'échanges compensés figure dans le même document qu'un des contrats, ou que les deux contrats, ce document entre dans la catégorie des contrats couplés ou dans celle du contrat unique, qui sont décrites ci-dessus.

III. Complètement du contrat

41. L'un des principaux problèmes juridiques que posent les échanges compensés tient au fait que, le plus souvent, les parties ne savent pas quelles marchandises devront être livrées en vertu de l'engagement d'échanges compensés, voire ne connaissent pas la nature exacte des marchandises à livrer en application du contrat d'exportation. Il s'ensuit que l'un des traits caractéristi-

ques des accords d'échanges compensés est qu'ils ne constituent pas, en règle générale, une description précise de toutes les obligations des parties, mais plutôt un cadre sur la base duquel les parties devront s'accorder ultérieurement sur les conditions contractuelles manquantes. Si elles n'y parviennent pas, il sera impossible, du fait de l'imprécision des conditions contractuelles, de déterminer s'il a été contrevenu à l'accord, et la partie lésée n'aura, dans le meilleur des cas, que des moyens limités d'obtenir réparation.

42. Diverses approches peuvent être envisagées dans le cadre de l'accord d'échanges compensés en ce qui concerne la nature de l'engagement pris par les parties de conclure le contrat ultérieur. Il y a, à une extrémité, les cas où les parties stipulent simplement que l'une achètera à l'autre des marchandises non précisées dont la quantité peut être indiquée par une valeur pécuniaire. Ces engagements indéterminés semblent n'être utilisés que lorsque l'importateur a de bonnes raisons de croire que l'exportateur respectera son engagement pour des raisons commerciales et lorsqu'il juge inutile de spécifier quelles marchandises seront vendues en contrepartie.

43. On trouve une variante de ce type d'engagement n'indiquant que la valeur du futur contrat sans mention expresse des marchandises dans un mécanisme d'échanges compensés qui a été proposé et qui se fonderait sur un document transférable appelé certificat de commerce international. Ce certificat conférerait à son détenteur le droit de vendre des marchandises, jusqu'à concurrence de la quantité indiquée, à une partie du pays d'émission sans autorisation d'importation, et il constituerait une garantie donnée par l'autorité d'émission que des fonds convertibles seraient disponibles pour le règlement. L'opération d'échanges compensés commencerait alors par l'exportation de marchandises à partir du pays faisant des exportations de contrepartie une condition de l'importation de marchandises. Le certificat serait délivré à l'exportateur par une autorité telle que la Banque centrale. Cette autorité émettrait cet instrument en vue de stimuler l'exportation de tel ou tel type de marchandises. L'exportateur remettrait le certificat à l'importateur étranger qui serait libre d'utiliser lui-même le document ou de le transférer à une autre partie. Un tel mécanisme viserait à faciliter les échanges compensés en les multilatéralisant⁴.

44. A l'autre extrémité, il y a là les cas où les parties formulent des orientations pour la conclusion du contrat d'exportation ou de contre-exportation et, au fur et à mesure que ces orientations se font plus précises, l'accord d'échanges compensés se rapproche du point où la livraison des marchandises devient exigible par la voie légale.

45. Les cas les plus courants, toutefois, se situent entre ces deux extrémités. Le plus souvent, l'accord d'échanges compensés est relativement précis en ce qui concerne certaines conditions du contrat futur, étant entendu que le contrat incomplet sera complété ultérieurement afin d'être exécutable de plein droit.

⁴CNUCED, document TD/B/C.7/82, cité dans la note 2 ci-dessus, par. 52 à 56.

A. Conditions contractuelles à compléter

46. On peut distinguer deux types de conditions contractuelles du contrat futur. D'une part, les conditions fondamentales qui doivent figurer au contrat pour que celui-ci lie les parties. D'autre part, les conditions qui ne sont pas indispensables pour que les parties soient liées, mais qui sont considérées par celles-ci comme nécessaires ou utiles à son exécution.

47. Les opérations d'échanges compensés sont telles que les conditions contractuelles les plus importantes sur le plan économique qui ont toutes les chances de rester floues dans l'accord d'échanges compensés sont aussi celles qui sont indispensables à la conclusion d'un contrat ayant force obligatoire. Ainsi, dans nombre de systèmes juridiques, les conditions contractuelles fondamentales d'un contrat de vente, qui est le contrat le plus répandu en matière d'échanges compensés, sont celles qui portent sur la description, la quantité et le prix des marchandises. Il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés comporte le plus grand nombre possible de ces conditions et indique de la manière la plus claire possible comment les autres conditions devront être fixées. Ces indications aideront les parties lorsqu'elles entreprendront de compléter le contrat. Elles pourront même être suffisamment claires pour que l'on puisse en déduire les conditions contractuelles qui ne figureraient pas au contrat.

48. Toutefois, la grande majorité de toutes les conditions susceptibles de figurer dans un contrat de vente internationale de marchandises ne sont pas indispensables pour que le contrat ait force obligatoire. Néanmoins, elles figurent dans la plupart des contrats en raison de l'importance qu'elles revêtent pour sa bonne exécution; parfois même, en leur absence, il serait tout simplement impossible d'exécuter le contrat. Cela vaut davantage pour les contrats de vente internationale que pour les contrats de vente nationale et cela semble encore plus vrai pour les opérations d'échanges compensés. Les parties tireront des règles de droit de portée générale, notamment la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) ("Convention des Nations Unies sur les ventes"), les conditions non essentielles sur le plan juridique qu'elles n'auront pas énoncées dans leur(s) contrat(s); en tout état de cause, les parties devraient veiller soigneusement à ce que soient stipulées toutes les conditions indispensables à l'existence d'une relation contractuelle solide.

49. S'agissant des opérations d'échanges compensés dans lesquelles certaines des marchandises ne sont pas connues au moment où l'accord est conclu, les conditions des éventuels contrats d'exportation ou de contre-exportation qui peuvent être déterminées sont souvent incluses dans l'accord d'échanges compensés. Ainsi, l'accord d'échanges compensés pourra prévoir comment le paiement sera effectué, même si les marchandises et leur prix sont encore inconnus.

B. Moyens utilisés pour compléter le contrat

50. Lorsque l'accord d'échanges compensés ne précise pas telle ou telle condition contractuelle, le contrat peut être complété sur la base des règles de la loi applicable comportant une norme ou des directives sur la manière de compléter les contrats. Ainsi, de nombreux systèmes juridiques peuvent apporter une solution lorsque les parties n'ont pas déterminé le prix des marchandises, leur qualité ou la date d'exécution du contrat. Cette solution peut consister, par exemple, à ce que le prix soit 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", ou que les marchandises soient "propres aux usages auxquels serviraient habituellement des marchandises du même type", ou que le contrat soit exécuté "dans un délai raisonnable à partir de la conclusion du contrat" (articles 55, 35-2 a et 33 c de la Convention des Nations Unies sur les ventes).

51. Toutefois, le complètement du contrat tel qu'il est prévu par la loi applicable peut faire naître des problèmes quant à l'application de l'accord d'échanges compensés. Des difficultés peuvent surgir, par exemple, en raison de divergences entre systèmes juridiques quant aux techniques de complètement, quant au rôle des tribunaux, des tribunaux arbitraux ou des parties en ce qui concerne la détermination des conditions manquantes, quant au contrôle par le juge du complètement d'une condition contractuelle ou quant aux cas où un tel complètement peut être effectué.

52. Etant donné ces difficultés, les parties aux opérations d'échanges compensés font souvent figurer dans leur accord une norme ou des directives pour le complètement du contrat. On distingue généralement quatre manières prévues au contrat d'énoncer une condition contractuelle manquante : 1) référence à une norme; 2) détermination par une partie au contrat; 3) négociation entre les parties; 4) détermination par un tiers⁵. Dans les échanges compensés internationaux, la détermination des marchandises de contre-exportation et le prix sont les questions les plus importantes laissées en suspens dans l'accord.

a) Référence à une norme

53. On considère généralement comme juridiquement valable une disposition selon laquelle le prix ou toute autre condition contractuelle peut être déterminé par référence à une norme, telle qu'une formule, un barème, un cours, un taux, un indice, une statistique ou tout autre élément indépendant de la volonté des parties⁶.

⁵Pour une comparaison juridique plus complète de ces moyens de complètement du contrat, voir R. B. Schlesinger (responsable de l'ouvrage), *Formation of Contracts*, A study of the Common Core of Legal Systems (réalisé sous l'égide du General Principles of Law Project de la Faculté de droit de l'Université de Cornell), Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York; Stevens & Sons, Londres, 1968, vol. I, p. 84 à 91 (rapport général) et p. 433 à 534 (rapports sur divers systèmes juridiques).

⁶Schlesinger, *Formation of Contracts*, vol. I, cité dans la note 5, p. 87. On notera, toutefois, que l'utilisation d'une norme particulière peut invalider l'obligation lorsque la norme est interdite par la loi (certains systèmes juridiques interdisent le recours à l'étalon or ou à une norme fondée sur le niveau des rémunérations, par exemple).

54. Cette affirmation s'applique sans la moindre réserve lorsque la norme utilisée met en jeu un calcul ou toute autre méthode objective permettant de définir une condition contractuelle. Toutefois, lorsque pour l'application de la norme, les parties doivent faire appel à leur jugement ou jouissent d'une certaine latitude, le droit est moins certain et moins uniforme dans la mesure où une norme appliquée dans ces conditions peut, dans certains systèmes juridiques, être considérée comme insuffisamment précise pour produire une condition contractuelle⁷.

b) *Détermination d'une condition contractuelle par une partie au contrat*

55. On observe une tendance marquée dans nombre de systèmes juridiques à la reconnaissance de la validité des clauses habilitant une partie à déterminer telle ou telle condition d'une obligation. Toutefois, cette tendance est généralement assortie de réserves⁸.

56. Quant à la détermination de la quantité des marchandises devant être livrées en application d'un contrat, d'une manière générale, les systèmes juridiques considèrent qu'elle incombe en principe à l'une ou l'autre des parties, mais cette latitude devrait être limitée ou réputée être limitée à une détermination raisonnable ou de bonne foi dans le cadre de ce qui a été convenu entre les parties⁹.

57. Dans nombre de systèmes juridiques, l'autorité accordée à l'une ou l'autre des parties pour fixer le prix serait reconnue si elle était assortie de notions telles que : "détermination raisonnable, bonne foi ou équité". Dans certains systèmes juridiques, si l'autorisation est imprécise, on considère qu'elle se fonde implicitement sur le critère de la "détermination raisonnable". Dans d'autres systèmes juridiques, la liberté de fixer le prix sera restreinte par une norme plus précise¹⁰.

c) *Négociation entre les parties*

58. Les accords d'échanges compensés comportent souvent des clauses indiquant que les parties se sont engagées à négocier en vue d'aboutir à un accord sur une ou plusieurs conditions contractuelles. Ce type d'engagement peut porter sur tous les points du contrat, notamment le prix, la qualité ou la quantité des marchandises, ou sur les délais de livraison.

59. D'une manière générale, un accord relatif à des négociations qui n'aboutirait pas à un accord ultérieur ne sera pas sanctionné par les tribunaux ou les tribunaux arbitraux en raison de son imprécision quant à la

teneur de l'accord ultérieur en question¹¹. Toutefois, la partie qui contrevient à un accord relatif à des négociations peut devoir répondre de tout préjudice en résultant, mais pour qu'une telle contravention puisse être établie, il faut que l'obligation de négocier s'appuie sur des conditions précises.

60. Si elles souhaitent donner davantage de force aux clauses prévoyant un accord futur, les parties pourront y introduire divers éléments supplémentaires. Il pourrait s'agir des éléments suivants :

a) Une clause de "diligence" ou de "bonne foi" énonçant les critères à appliquer aux négociations;

b) Des directives plus précises, telles qu'une disposition selon laquelle le contrat à conclure n'entraînera aucun préjudice indu pour l'une ou l'autre des parties, ou selon laquelle le contrat devra être négocié sur la base des conditions du marché, ou selon laquelle le contrat devra aller dans le sens de certains objectifs commerciaux de l'une ou l'autre des parties;

c) Une procédure qui devra être respectée par les parties à la négociation; elle pourra indiquer quelle partie devra soumettre une offre contractuelle, les délais de soumission de l'offre, les points qui y figureront ou la forme ou les moyens par lesquels elle sera transmise;

d) Le type de marchandises sur lequel la négociation sera axée ou auquel elle sera limitée;

e) Une référence à une norme, éventuellement avec une tolérance, dont l'offre contractuelle ne devra pas s'écarter; une telle norme pourra se référer à des points tels que le prix, la qualité ou les conditions de livraison;

f) Le délai dans lequel l'accord devra être conclu et au-delà duquel les négociations seront considérées comme ayant échoué;

g) Les cas où l'une ou l'autre des parties sera considérée comme libérée de l'obligation de négocier ou comme contrevenant à cette obligation; de tels cas peuvent se présenter, par exemple lorsque le contre-exportateur n'a accepté aucune des offres répondant aux conditions convenues, ou lorsqu'une partie n'a fait aucune offre répondant à ces conditions;

h) Les conséquences de négociations infructueuses; les solutions envisageables peuvent être, par exemple, la prolongation du délai dans lequel l'obligation d'opérer un échange compensé doit être exécutée, ou le déclenchement d'une disposition contractuelle prévoyant une pénalité ou des dommages-intérêts spécifiés. Une telle clause pourrait également établir une distinction entre les conséquences, selon le motif de l'échec des négociations.

61. Si des procédures de négociation ou des directives quant au résultat à obtenir ne peuvent garantir une issue favorable, en particulier si l'une des parties ne souhaite pas que les négociations aboutissent, les chances de réussite des deux parties qui négocient de

⁷Il semble, par exemple, que le droit français exige pour une norme un plus grand degré de précision que certains autres systèmes juridiques; voir M. Fontaine, *Aspects juridiques des contrats de compensation*, *Droit et pratique du commerce international*, tome 7, n° 1, mars 1981, p. 195; et B. Mercadal, *La détermination du prix dans les contrats*, *Droit et pratique du commerce international*, tome 5, n° 3, septembre 1979, p. 443 à 448.

⁸Schlesinger, *Formation of Contracts*, vol. I, cité dans la note 5, p. 88, et, *passim*, p. 433 à 534.

⁹*Ibid.*

¹⁰*Ibid.*, p. 89, et, *passim*, p. 433 à 534.

¹¹*Ibid.*; toutefois, lorsque l'accord relatif à la négociation mentionne le prix, dans certains systèmes juridiques le prix peut être déterminé comme s'il existait une clause prévoyant un prix raisonnable (cela est stipulé expressément, par exemple, à la section 2-305 1) b du Code de commerce uniforme des Etats-Unis d'Amérique).

bonne foi s'en trouvent néanmoins renforcées. En outre, plus la clause de négociation est précise, plus il est facile de démontrer que l'autre partie a agi de mauvaise foi si les négociations viennent à échouer. Comme cela est suggéré ci-dessus, la clause de négociation peut distinguer entre les diverses conséquences de l'échec des négociations selon la raison de cet échec. Même si les conséquences d'un échec dû à la mauvaise foi de l'une des parties ne sont pas énoncées au contrat, dans certains systèmes juridiques, la mauvaise foi dans les négociations peut ouvrir droit à une action en dommages-intérêts. Toutefois, la partie demanderesse aura souvent bien du mal à chiffrer ces dommages-intérêts. Aussi est-il très peu probable qu'un accord relatif à la négociation puisse être exécuté par les voies légales habituelles.

d) *Détermination d'une condition contractuelle par un tiers*

62. Les systèmes juridiques reconnaissent généralement aux parties le droit de convenir qu'une condition d'une obligation sera déterminée par un tiers¹². Toutefois, on constate des différences entre les systèmes juridiques sur ce point. Ainsi, dans certains systèmes juridiques, les instances d'arbitrage, voire les tribunaux, peuvent avoir pour mandat de fixer une condition contractuelle, mais dans d'autres systèmes cela n'est possible qu'en dehors de la procédure arbitrale ou judiciaire. Il existe d'autres divergences dans le cas où les parties ne peuvent s'entendre sur la personne chargée de compléter le contrat ou lorsque la personne nommée est défaillante. En pareil cas, dans certains systèmes juridiques, les parties ne peuvent pas recourir à une procédure de nomination ou de remplacement de ladite personne et doivent accepter les conséquences du fait que la condition de l'obligation n'a pas été déterminée. Dans d'autres systèmes juridiques, les tribunaux peuvent, dans certains cas, nommer le tiers dans le cadre d'une procédure analogue à celle de la nomination d'un arbitre ou, si la condition contractuelle manquante est celle qui fixe un prix, traiter l'affaire comme s'il y avait accord pour un prix raisonnable. Il existe également des approches différentes selon les systèmes juridiques quant à l'existence et à l'étendue du contrôle par le juge d'une décision prise par ledit tiers¹³.

IV. Dispositions de l'accord d'échanges compensés relatives à la teneur du contrat à conclure

63. Lorsqu'un accord d'échanges compensés ne détermine pas directement la teneur d'une condition de la contre-exportation, mais énonce en revanche une procédure permettant de la déterminer, ledit accord peut contenir des directives précises concernant cette condition contractuelle. Ces directives peuvent porter en particulier sur le type des marchandises de contre-exportation possibles, sur leur qualité, leur quantité et leur prix.

¹²Schlesinger, *Formation of Contracts*, vol. I, cité dans la note 5, p. 88.

¹³*Ibid.*, p. 88, 497 et 513.

A. Type des marchandises

64. Lorsque les parties à une opération d'échanges compensés ne s'engagent pas sur un type particulier de marchandises de contre-exportation, les directives relatives à des contre-exportations possibles prennent fréquemment la forme d'une liste annexée ou incorporée à l'accord d'échanges compensés énumérant les marchandises qui pourront être achetées pour satisfaire à l'engagement d'échanges compensés. Une telle liste est établie par le contre-exportateur ou par les autorités du pays du contre-exportateur. Dans le premier cas, cette liste peut énumérer les marchandises que produit le contre-exportateur ou dont il fait le commerce. Dans le deuxième cas, la liste peut comporter d'autres marchandises que les autorités compétentes souhaitent voir exporter dans le cadre d'opérations d'échanges compensés. Cette liste peut aussi provenir du contre-importateur, qui définit ainsi les limites dans lesquelles il est prêt à contre-importer. Enfin, la liste peut aussi refléter une synthèse des vues des deux parties sur les futures contre-exportations.

65. La liste peut être davantage qu'une simple énumération de marchandises. Elle peut, par exemple, proposer une structure des contre-exportations. C'est ainsi que certains types d'opérations d'échanges compensés, telles que les opérations de compensation industrielle indirecte, peuvent comporter des directives quant aux régions du pays de contre-exportation à partir desquelles une certaine valeur devra être contre-importée, ou les branches industrielles qui seront considérées comme contre-exportatrices, ou encore le niveau minimum des échanges qui devra être atteint dans chacune de ces branches. On trouve aussi dans les opérations de contre-achat des exemples de listes définissant une structure des contre-exportations. Une telle liste peut indiquer, par exemple, le pourcentage des marchandises qui devront être contre-exportées par l'importateur et le pourcentage qui pourra être acheté auprès d'autres fournisseurs.

66. D'autres types de directives peuvent porter sur l'origine des marchandises de contre-exportation. Elles pourront stipuler, par exemple, que ces marchandises devront être d'origine nationale ou ne provenir que de certains fournisseurs donnés. Les produits industriels pouvant contenir une valeur importée substantielle ou une valeur provenant d'autres fournisseurs, les directives énoncent généralement des critères permettant de déterminer l'origine des marchandises.

67. Une simple liste énumérant les diverses possibilités de contre-exportation, qui ne lie pas les parties à des marchandises particulières, ne constitue pas en soi la base d'un contrat exécutoire en raison de son imprécision mais, dans le cadre d'un accord d'échanges compensés, une telle liste peut être un élément d'une obligation contractuelle. Ainsi, l'importateur peut garantir que tout ou partie des marchandises énumérées pourront être expédiées dès que les parties se seront entendues sur les conditions de livraison.

68. Une telle garantie est très souvent donnée, ou découle raisonnablement des conditions de l'accord d'échanges compensés, lorsque l'importateur produit ou vend le type de marchandises en question. L'importateur sera peu enclin à donner une telle garantie et il est peu probable qu'elle découlera raisonnablement des conditions fixées dans l'accord d'échanges compensés lorsque les contre-exportations possibles couvrent une vaste gamme de marchandises ou lorsque les marchandises ne sont pas fournies par l'importateur lui-même, mais par une entreprise sur laquelle l'importateur n'a aucune autorité.

B. *Qualité des marchandises*

69. Les problèmes de qualité des marchandises proposées en tant que contre-exportations comptent parmi les problèmes les plus importants qui se posent dans les opérations d'échanges compensés. Ainsi, si les marchandises ne sont pas connues lorsque l'accord d'échanges compensés est conclu, ou ne sont connues que par référence à des catégories générales, il est impossible de donner des définitions précises de la qualité. La définition de la qualité se limitera à des généralités du genre marchandises de qualité commerciale, de qualité export ou de première qualité. Toute définition plus précise de la qualité requise devrait être laissée au contrat d'exportation ou de contre-exportation où les marchandises à livrer sont décrites dans le détail. Cette procédure donne le plus souvent toute satisfaction lorsque les marchandises proposées pour les contre-exportations sont des produits de base ou des produits manufacturés d'un niveau de qualité élevé et normalisé.

70. Toutefois, lorsque l'exportateur prétend que les marchandises offertes pour la contre-exportation sont d'une qualité si inférieure qu'il ne peut ni les utiliser, ni les revendre ou qu'elles ont une valeur inférieure à celle du prix auquel elles sont vendues, une norme de qualité énoncée de manière générale risque de ne pas constituer un moyen suffisant de déterminer si le contre-exportateur offre des marchandises conformes à l'engagement d'échanges compensés. Lorsque l'exportateur a le choix des marchandises qui doivent être contre-exportées, un litige portant sur la question de savoir si certaines marchandises ont ou non la qualité requise est rarement grave. Toutefois, si l'importateur insiste pour que les marchandises offertes soient prises en contre-exportation, l'opération d'échanges compensés est remise en question dans son ensemble. Il peut ne pas y avoir accord sur les contrats ultérieurs d'exportation et de contre-exportation et chacune des parties risque de croire que l'autre n'est pas de bonne foi. L'effet qu'a sur un volet de l'opération d'échanges compensés une rupture prétendue du contrat concernant d'autres volets de l'opération est examiné ci-après (section V).

71. Un problème particulier se pose en ce qui concerne les marchandises qui doivent être contre-exportées dans le cadre d'une opération d'achat en retour, lorsque l'exportateur a exporté une unité de production telle qu'une usine et accepté d'acheter tout ou partie de la production pendant une période donnée. La mesure

dans laquelle les marchandises peuvent être décrites dépend, du moins en partie, de la gamme de produits susceptibles d'être fabriqués par l'usine. Une mine ne peut produire que le minerai qui s'y trouve. Une usine devrait normalement pouvoir produire toute une gamme de produits. Ces différents produits peuvent changer au cours de la période pendant laquelle est en vigueur l'engagement d'achat en retour. En outre, les normes de qualité des produits manufacturés sont souvent plus précises que celles des marchandises génériques.

C. *Quantité de marchandises*

72. Lorsqu'un engagement d'échanges compensés porte sur des marchandises d'un type donné, leur quantité n'est généralement pas indiquée, ou peut être calculée sur la base de la clause de l'accord d'échanges compensés qui détermine l'étendue de l'engagement d'échanges compensés. Lorsque l'accord d'échanges compensés prévoit plusieurs possibilités en ce qui concerne le type des marchandises de contre-exportation, la quantité de chaque type possible de marchandises n'est généralement pas indiquée dans l'accord d'échanges compensés. En pareil cas, les quantités de marchandises de contre-exportation, fixées dans un ou plusieurs contrats de contre-exportation, devront être conformes à la clause de l'accord d'échanges compensés qui détermine l'étendue de l'engagement d'échanges compensés. L'accord d'échanges compensés peut également indiquer en pareil cas la procédure par laquelle le contre-exportateur ou le contre-importateur déterminera les quantités exactes de chaque type de marchandises qui devront être prises.

D. *Etendue de l'engagement d'échanges compensés*

73. L'étendue d'un engagement d'échanges compensés est fréquemment exprimée par une valeur pécuniaire. Cette valeur peut être exprimée soit en pourcentage de la valeur des marchandises d'exportation, soit en valeur absolue; en pareil cas, l'accord d'échanges compensés peut comporter des précisions sur le point de savoir si certains débours, tels que les frais de transport et d'assurance, les taxes ou les frais financiers, sont compris dans cette valeur. Toutefois, il arrive que l'engagement d'échanges compensés soit quantifié par référence à une quantité donnée d'un type précis de marchandises de contre-exportation.

74. Dans les opérations d'échanges compensés avec livraisons échelonnées (les opérations d'achat en retour, par exemple), dans les opérations à long terme ou dans les opérations où les frais financiers du contre-exportateur ne peuvent pas être déterminés avec certitude au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés (dans le cadre d'un crédit à taux fluctuant, par exemple), on trouve parfois des clauses qui prévoient une augmentation ou une diminution de l'engagement d'échanges compensés en fonction du mouvement des prix ou des frais financiers. Dans le cas de biens d'équipement, les parties peuvent décider d'un commun accord que l'engagement sera augmenté proportionnellement au coût des pièces de rechange ou de l'assistance technique.

75. Dans certaines circonstances, lorsque l'exportateur a déjà acheté des marchandises à l'importateur, les directives concernant la quantité des contre-exportations peuvent comporter une notion souvent indiquée par l'expression "quantité additionnelle". Le principe fondamental en jeu, dans ce cas, est que les seuls achats du contre-importateur qui seront considérés comme correspondant à l'engagement d'échanges compensés seront ceux qui viendront en plus des quantités habituelles ou traditionnelles achetées par le contre-importateur au contre-exportateur ou achetées dans le pays de contre-exportation. Lorsque l'opération s'effectue entre deux entreprises, la question de la quantité additionnelle peut être réglée si les parties s'accordent sur la quantité qui sera considérée comme correspondant à un achat habituel ou traditionnel. Toutefois, lorsque l'arrangement donne au contre-importateur une certaine latitude en ce qui concerne le choix des marchandises ou le choix du fournisseur, la clause de quantité additionnelle devra être plus précise; elle pourra s'appuyer sur des données telles que les statistiques commerciales, les indices et les tendances, ou un tiers ou un organe tiers pourra être chargé de déterminer les achats qui seront réputés additionnels.

E. Prix des marchandises

a) Moyens utilisés pour fixer le prix

76. Les problèmes que pose la fixation du prix dans l'accord d'échanges compensés sont semblables à ceux qui se posent en matière de qualité des marchandises. Si les marchandises qui doivent être livrées dans le cadre des contrats d'exportation et de contre-exportation sont connues, un prix définitif peut être indiqué. Si ces marchandises doivent être livrées à terme, une norme ou une procédure de fixation du prix peut alors être utilisée, en particulier pour les produits manufacturés. Si les marchandises à livrer dans le contrat d'exportation ou de contre-exportation ne sont pas connues, il faut alors prévoir une norme ou une procédure de fixation du prix. Certaines des normes ou procédures susceptibles d'être utilisées pour fixer le prix et la manière de les appliquer aux opérations d'échanges compensés sont indiquées ci-après.

77. *Prix du marché pour des marchandises de qualité standard.* Lorsqu'il existe un système permanent de cotation des marchandises de qualité standard comme, par exemple, une bourse internationale, les parties peuvent lier le prix des futures livraisons de contre-exportation à un tel cours. Cette méthode peut en outre être utilisée lorsque ce cours porte sur un élément constitutif des marchandises de contre-exportation, sous réserve que le prix de cet élément évolue de la même manière que le prix du produit final.

78. *Coût de production.* Les parties pourront convenir de fonder le calcul du prix des contre-exportations sur les coûts de production d'un producteur choisi par elles. En pareil cas, on pourra souhaiter que le contrat traite des questions suivantes : éléments constitutifs de la norme de coût, augmentations et diminutions des coûts

de référence entraînant un ajustement du prix des contre-exportations ou mouvements demeurant sans incidence sur le prix.

79. *Prix de revente pratiqué par le contre-importateur.* Les parties peuvent également convenir que le prix de contre-exportation sera proportionnel au prix demandé par le contre-importateur à ses distributeurs. Parmi les questions qui peuvent se poser en pareil cas, on citera les problèmes suivants : différences entre les prix demandés aux distributeurs, prix constituant le prix de référence et méthode de vérification des données sur les prix de revente.

80. *Clause du client le plus favorisé.* Lorsque le contre-exportateur fournit les marchandises de contre-exportation à plusieurs clients, les parties pourront souhaiter que le contre-exportateur accorde au contre-importateur le prix le plus favorable. Une telle clause pourrait indiquer les moyens à utiliser pour déterminer quel est le client le plus favorisé par rapport aux marchandises en question et traiter la question de la comparabilité entre le prix de référence et le prix de contre-exportation.

81. *Prix pratiqué par un concurrent.* La clause de prix peut être couplée au prix pratiqué par un concurrent produisant les mêmes marchandises que celles qui seront contre-exportées. Une telle clause pourrait indiquer comment le producteur de référence sera choisi, quels éléments devront figurer dans le prix de référence ou en être exclus et la manière d'obtenir des renseignements sur les prix.

82. *Prix moyen.* Le prix de contre-exportation peut être calculé sur la base d'une moyenne de plusieurs prix comparables. C'est une approche qui, dans la pratique, connaît un grand succès. Une clause de ce type traitera les problèmes suivants : nombre de prix devant être relevés par chaque partie, entité, pays ou région où les prix pourront ou devront être relevés, qualité ou quantité de marchandises auxquelles les prix devront se référer, méthode permettant d'assurer la comparabilité des prix relevés et formule de calcul de la moyenne ou procédure à utiliser si aucun prix n'a pu être relevé.

83. La formule de calcul du prix peut être fondée sur une norme de prix unique. Toutefois, les parties peuvent combiner plusieurs normes de diverses manières. Ainsi, la clause de prix peut stipuler que le prix sera déterminé au moyen d'une norme, mais qu'il y aura comparaison avec les prix fixés en application d'autres normes. Si la différence atteint une certaine somme ou un certain pourcentage convenu, il pourra y avoir ajustement du prix. On pourrait aussi prévoir que le calcul du prix se fera conformément à plusieurs formules, dont une formule pour le calcul de la moyenne et pour la fixation du prix définitif. Lorsque les marchandises de contre-exportation n'ont pas encore été déterminées, les diverses options en présence peuvent nécessiter l'adoption de clauses de prix différentes.

b) *Questions à traiter dans le cadre d'une clause standard sur le prix*

84. Dans tous les cas qui précèdent, les parties prévoient parfois un calendrier des diverses phases de la procédure de fixation du prix et indiquent à quel moment la clause de prix doit produire ses effets. Les détails d'une telle disposition dépendront notamment de la solution retenue pour la fixation du prix, à savoir une fois pour toutes ou périodiquement. Cette disposition peut être couplée à la passation d'une commande, à la conclusion définitive du contrat de contre-exportation ou à la livraison des marchandises.

85. Autre question qu'il convient d'examiner sur le plan pratique : la possibilité que la structure du prix standard ne soit pas identique à la structure du prix de contre-exportation. Ainsi, les deux prix peuvent différer selon que l'acheteur doit prendre à sa charge, en plus de la somme convenue, les frais de transport, les primes d'assurance ou les taxes, ou que c'est au vendeur qu'incombent ces dépenses. Lorsqu'une telle différence existe, la clause de prix peut contenir une formule permettant de comparer les deux cas.

86. La quantité de marchandises peut également avoir une incidence sur le prix. Lorsque l'accord d'échanges compensés prévoit une quantité plus ou moins élevée que la fourchette sur laquelle le prix standard est fondé, la formule de fixation du prix peut alors prévoir un ajustement.

87. En outre, les parties pourront convenir de tenir compte du risque commercial dans la formule de fixation du prix. Il peut s'agir du risque qu'encourt le contre-importateur à la revente ou du risque que le prix déterminé se révèle moins favorable que le prix du marché. On peut intégrer ce facteur de risque dans la clause de fixation du prix en prévoyant que le prix standard sera augmenté ou diminué d'un pourcentage donné.

c) *Monnaie et moyens de paiement*

88. Il serait normal que le prix des marchandises d'exportation et de contre-exportation soit libellé dans la même monnaie, qui pourrait être la monnaie de l'un des deux pays en cause ou celle d'un pays tiers, notamment d'un pays tiers dont la monnaie librement convertible est utilisée dans le commerce international. Le choix de la monnaie de paiement peut dépendre des moyens de paiement retenus.

89. Si le paiement pour une ou plusieurs livraisons se fait dans le cadre d'un crédit à l'exportation spécial ou d'une garantie de crédit à l'exportation, ce volet de l'opération, voire la totalité de l'opération, peuvent devoir être libellés dans une monnaie donnée. Si le paiement pour les différents volets de l'opération doit être effectué sur un compte bloqué réservé aux importations, conformément à l'accord d'échanges compensés, la monnaie dans laquelle le prix des marchandises est fixé devient alors une unité de compte. Le choix de la monnaie appropriée devra avant tout être fonction de la

facilité avec laquelle le prix des marchandises dans cette monnaie pourra être déterminé et avec laquelle on pourra disposer de tout solde à l'issue de l'opération d'échanges compensés.

V. *Relation entre le contrat d'exportation, l'engagement d'échanges compensés et le contrat de contre-exportation*

90. Puisque les objectifs économiques de l'opération d'échanges compensés ne peuvent être atteints que si le contrat d'exportation et le contrat de contre-exportation sont conclus et exécutés comme convenu, on peut considérer ces deux contrats comme un contrat unique, quoique composite. Selon une règle que l'on pourrait qualifier d'universelle, la totale inexécution par une partie de ses obligations contractuelles dans le cadre d'un contrat de vente autorise l'autre partie à ne pas s'acquitter de ses obligations et permet la résolution officielle du contrat. Une règle que l'on peut aussi qualifier d'universelle stipule que la non-exécution par une partie de ses propres obligations et la résolution du contrat ne sont pas autorisées lorsque la défaillance de l'autre partie n'est pas suffisamment grave.

91. Dans un simple contrat de vente, ces règles permettent de conclure que l'acheteur n'est pas tenu de payer les marchandises si elles ne sont pas livrées ou si elles présentent suffisamment de vices graves, mais qu'il est tenu de les prendre et de les payer si elles sont livrées et présentent des vices moins graves. La question de savoir si l'acheteur peut ne pas payer une partie du prix en raison de ces vices est une question distincte.

92. L'une des questions qui reviennent souvent lors de débats sur les aspects juridiques des échanges compensés est la suivante : l'exemple des contrats de vente simples vaut-il pour les opérations d'échanges compensés ? On estime en général que la réponse, sur le plan juridique, est fonction de la rédaction des contrats par les parties, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une question qui dépend de la volonté des parties.

A. *Non-exécution du contrat d'exportation*

93. Normalement, l'exportateur tient avant tout à ce que le contrat d'exportation soit exécuté. S'il ne l'est pas, l'exportateur n'aura aucune raison de souhaiter conclure ou exécuter le contrat de contre-exportation. L'importateur tient souvent à ce que tant le contrat d'exportation que le contrat de contre-exportation soient exécutés. Aussi, même si le contrat d'exportation n'est pas exécuté, l'importateur peut-il souhaiter que le contrat de contre-exportation le soit.

94. Il semble que la solution la plus fréquente dans la pratique consiste à lier les deux obligations; l'engagement d'échanges compensés cesse d'exercer ses effets si le contrat d'exportation n'entre pas en vigueur ou n'est pas exécuté. Le plus souvent, c'est une clause de l'accord d'échanges compensés, plutôt que du contrat d'exportation, qui le stipule.

95. Il existe cependant des opérations pour lesquelles les dispositions contractuelles pertinentes ne prévoient pas que l'engagement d'échanges compensés soit aussi assujéti à l'exécution du contrat d'exportation. Lorsque les contrats d'exportation et de contre-exportation font l'objet d'accords distincts et indépendants, l'interprétation logique est que l'engagement d'échanges compensés reste impératif, que le contrat d'exportation soit exécuté ou non. Cette conclusion apparaît moins clairement lorsque l'engagement d'échanges compensés figure dans l'accord d'échanges compensés, mais qu'il n'y est pas dit que ledit engagement est assujéti à l'exécution du contrat d'exportation.

B. *Non-respect de l'engagement d'échanges compensés*

96. Si l'engagement d'échanges compensés n'est pas respecté, on peut se demander si l'importateur peut suspendre ou retarder le paiement relatif au contrat d'exportation. Ceux qui répondent à cette question par la négative considèrent que le prix du contrat d'exportation dépasse souvent de beaucoup le préjudice subi par l'importateur du fait de l'absence de contre-exportation. Lorsque c'est le cas, le refus du paiement prévu dans le contrat d'exportation, au motif que l'engagement d'échanges compensés n'a pas été respecté, peut sembler disproportionné.

97. En outre, le risque de non-paiement sera considérablement accru si l'importateur est habilité à refuser de payer parce qu'un obstacle empêche l'exécution de l'accord d'échanges compensés. En raison de ce risque de non-paiement, l'exportateur peut éprouver davantage de difficultés à trouver une personne disposée à financer l'exportation ou à assurer le risque de non-paiement, car un tel risque est une circonstance extérieure au contrat d'exportation qu'il est difficile aux établissements financiers intéressés d'évaluer.

98. Toutefois, le fait qu'il soit possible que le paiement au titre du contrat d'exportation ne soit pas effectué tant que l'engagement d'échanges compensés n'aura pas été respecté constitue un moyen efficace d'inciter l'exportateur à respecter cet engagement. En outre, l'exécution du contrat de contre-exportation peut être essentielle pour l'importateur, car elle peut constituer une source de financement lui permettant de payer les marchandises obtenues en application du contrat d'exportation. Du fait de l'interaction des considérations mentionnées ci-dessus, on adopte souvent l'une des deux approches contractuelles mentionnées ci-après.

99. La première consiste à privilégier les intérêts de l'exportateur, qui souhaite préserver l'indépendance du paiement du prix de l'exportation par rapport à l'engagement d'échanges compensés. On s'efforce normalement d'assurer cette indépendance en établissant deux documents distincts : le contrat d'exportation et l'accord d'échanges compensés. En outre, soit il n'est pas fait mention dans le contrat d'exportation du contrat de contre-exportation, soit il est déclaré expressément que le contrat d'exportation doit être exécuté,

que le contrat de contre-exportation le soit ou non. Dans un tel cas, le désir de l'importateur, qui consiste à obtenir une garantie du respect de l'engagement d'échanges compensés, sera normalement satisfait par une clause figurant dans l'accord d'échanges compensés et prévoyant une pénalité ou des dommages-intérêts spécifiés, qui peuvent faire l'objet d'une garantie bancaire, au cas où l'exportateur ne respecterait pas son engagement d'échanges compensés.

100. La seconde approche privilégie les intérêts de l'importateur, qui souhaite que l'exportateur ne reçoive le prix de l'exportation que s'il respecte son engagement d'échanges compensés. Selon cette approche, l'importateur déposerait normalement le prix de l'exportation sur un compte et la libération de ce montant serait soumise à des conditions convenues par contrat. Un tel mécanisme suppose que ce montant ne peut être utilisé que pour le paiement des marchandises contre-exportées. Les dispositions contractuelles peuvent également stipuler que, dans certaines circonstances, le montant sera remis à l'exportateur après déduction d'une pénalité ou de dommages-intérêts spécifiés au profit de l'importateur. Il faut toutefois noter qu'étant donné le coût de l'immobilisation du montant sur le compte, plus le délai prévu pour le respect de l'engagement d'échanges compensés sera long, moins on recourra à un tel arrangement.

C. *Contre-exportation et fin de l'engagement d'échanges compensés*

a) *Existence de la contre-exportation*

101. Afin que les achats effectués par l'exportateur auprès de l'importateur soient considérés comme s'inscrivant dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés, il est bon que l'accord d'échanges compensés et le contrat de contre-exportation fassent référence l'un à l'autre. Toute disposition de l'accord d'échanges compensés relative à la teneur des contrats de contre-exportation constituera un élément permettant de déterminer si l'achat effectué par l'exportateur doit être considéré comme un contrat de contre-exportation au sens de l'engagement d'échanges compensés. De telles dispositions peuvent indiquer, par exemple, le type, la qualité ou l'origine des marchandises, la structure des contre-exportations ou la notion de "quantité additionnelle". En outre, le contrat de contre-exportation ou tout document accompagnant son exécution (par exemple une pièce attestant la réception des marchandises contre-exportées, une facture, ou un compte mutuellement convenu attestant les livraisons d'exportation et de contre-exportation) peuvent stipuler que le montant du contrat doit être porté à l'actif de l'engagement d'échanges compensés. Parfois, les parties conviennent en outre que, parmi les documents à présenter pour obtenir paiement en vertu d'une lettre de crédit, devrait figurer une déclaration du contre-exportateur stipulant que le paiement constitue une exécution totale ou partielle de l'engagement d'échanges compensés de la part du contre-importateur.

b) *Absence de contre-exportation*

102. L'engagement d'échanges compensés prend normalement fin lorsque le contrat de contre-exportation est exécuté. La question peut se poser de savoir si, et dans quelles circonstances, l'engagement d'échanges compensés peut prendre fin même si aucun contrat de contre-exportation n'a été conclu, voire si le contre-exportateur ne s'est pas exécuté dans le cadre d'un contrat de contre-exportation dûment conclu.

103. Lorsque la négociation d'un contrat de contre-exportation n'a pas abouti, on peut en déduire, de prime abord, que l'engagement d'échanges compensés continue de lier les parties jusqu'à exécution de la contre-exportation. S'il est établi que l'importateur a agi dans le cadre d'une procédure de négociation convenue par les parties et que la teneur de ses propositions contractuelles était conforme à certaines orientations convenues, on en tirera probablement la conclusion que l'exportateur n'a pas respecté l'engagement d'échanges compensés. Toutefois, s'il est établi que cette procédure ou ces orientations de fond n'ont pas été respectées par l'importateur, on pourra en conclure que l'exportateur n'est plus tenu de poursuivre les négociations relatives à un contrat de contre-exportation.

104. Il peut également y avoir désaccord sur le point de savoir s'il convient de mettre fin à l'engagement d'échanges compensés ou de le réduire lorsque le contre-exportateur ne s'exécute pas dans le cadre d'un contrat de contre-exportation. En pareil cas, on pourra avancer que, dans la mesure où le contre-exportateur n'a pas respecté son obligation, l'engagement pris par l'exportateur de contre-importer cessera de le lier. On pourra également avancer, en allant beaucoup plus loin, que l'inexécution dans le cadre du contrat de contre-exportation — que le contre-exportateur en soit ou non responsable — devrait être considérée comme mettant fin à l'engagement d'échanges compensés.

105. Les parties qui souhaitent éviter ce genre de litige incorporent parfois à l'accord d'échanges compensés ou au contrat de contre-exportation des dispositions concernant les effets sur l'engagement d'échanges compensés de la non-livraison des marchandises dans le cadre du contrat de contre-exportation. Parfois ces dispositions traitent aussi des effets d'une non-livraison des marchandises lorsque le contre-exportateur peut prouver, par exemple, que cette non-livraison des marchandises était due à un empêchement indépendant de sa volonté et qu'on ne pouvait pas raisonnablement attendre de lui qu'il ait pu tenir compte de cet empêchement au moment de la conclusion du contrat, ou qu'il ait pu l'éviter ou en surmonter les conséquences. En outre, ces dispositions peuvent traiter du cas de la livraison partielle de marchandises, en particulier la question de savoir si l'engagement d'échanges compensés continuera de lier les parties en ce qui concerne la portion des marchandises qui n'a pas été livrée.

D. *Méthodes de rédaction des contrats permettant d'énoncer la relation contractuelle souhaitée*

106. La réponse à la question de savoir si un volet contractuel d'une opération d'échanges compensés, c'est-à-dire l'exportation, l'engagement d'échanges compensés ou la contre-exportation, doit être interprété selon les conditions qui lui sont propres, indépendamment d'un autre volet, ou s'il y a relation entre les volets, dépend en partie de la structure rédactionnelle des textes relatifs à l'opération.

107. Lorsque les différents volets contractuels sont couverts par un contrat unique, les différentes obligations contractuelles sont la plupart du temps considérées comme des éléments d'un réseau d'obligations. Si, en pareil cas, les parties souhaitent que les volets de l'opération soient distincts les uns des autres, il leur faudra adopter des dispositions à cet effet. Toutefois, même si des dispositions de cette nature figurent au contrat, l'opération pourra néanmoins être interprétée dans le sens de l'interdépendance des obligations, en particulier si ces dispositions particulières ne sont pas rédigées de manière suffisamment précise.

108. Si l'on a recours à des contrats séparés, il est probable que chaque contrat sera interprété, de prime abord, selon les conditions qui lui sont propres. Toute relation entre des contrats devra être expressément stipulée. Néanmoins, d'aucuns estiment que la volonté des parties d'organiser une opération d'échanges compensés peut aboutir à l'interprétation selon laquelle, en dépit de l'existence de contrats séparés, les différents volets de l'opération peuvent être considérés comme formant un tout¹⁴. Toutefois, dans la mesure où une telle position peut être retenue, il semblerait que, conformément au principe de la liberté contractuelle, la séparation des contrats peut être assurée au moyen d'une disposition expresse figurant dans les documents relatifs à l'opération.

109. Si les parties souhaitent créer une certaine relation entre des contrats séparés, elles peuvent le faire de manière expresse. Par exemple, on peut stipuler dans l'accord d'échanges compensés qu'il fait partie intégrante du contrat d'exportation; ou bien le contrat d'exportation peut stipuler que son entrée en vigueur est assujettie à l'entrée en vigueur de l'accord d'échanges compensés. On notera qu'une formulation aussi générale du contrat peut aboutir à l'interprétation suivante : l'obligation de l'exportateur de fournir les marchandises d'exportation et l'engagement qu'il a pris de conclure un contrat de contre-importation sont interdépendants et, par conséquent, l'exportateur, pour pouvoir tenir l'importateur responsable d'une contre-ventilation au contrat d'exportation, ne doit pas lui-même avoir failli à son engagement d'opérer un échange compensé.

¹⁴O. Capatina, *Considérations sur les opérations de contre-achat dans les relations de commerce extérieur de la Roumanie, Droit et pratique du commerce international*, tome 8, n° 2, 1982, p. 179.

110. Autre exemple de disposition couplant les volets de l'opération : l'accord d'échanges compensés peut stipuler que, s'il y a un obstacle à la livraison dans le cadre du contrat d'exportation, l'engagement d'échanges compensés cesse de lier l'exportateur. Autre solution : le contrat de contre-exportation peut faire référence à l'accord d'échanges compensés en spécifiant, par exemple, que le règlement au titre du contrat doit être déduit du montant de l'engagement d'échanges compensés ou que le non-respect de l'obligation de livrer des marchandises au titre du contrat entraînera une réduction de l'engagement d'échanges compensés.

VI. Conclusion

111. La pratique des échanges compensés requiert souvent que l'on soit capable de régler divers problèmes difficiles d'ordre commercial et de coordonner la répartition et l'exécution d'obligations disparates et échelonnées qui doivent souvent être effectuées par des parties qui ne sont pas parties à l'accord d'échanges compensés. Cela exige avant tout des compétences commerciales dans la conduite de ces opérations. Cela exige aussi une expérience de la rédaction des accords contractuels qui structurent ces opérations, que l'on puisse ou non assurer la pleine exécution de ces accords contractuels par les voies légales habituelles.

112. La Commission souhaitera peut-être se demander s'il serait utile d'élaborer un guide juridique sur l'établissement de contrats d'échanges compensés qui comporterait, outre les principaux points juridiques examinés dans le présent rapport, des conseils sur les problèmes pratiques que pose la rédaction de tels contrats. Si la Commission optait pour l'élaboration d'un tel guide, elle pourrait prier le secrétariat d'élaborer un projet de structure et d'effectuer les études préliminaires jugées nécessaires. Si la Commission venait à prendre une telle décision, le secrétariat organiserait une consultation avec un groupe d'experts représentant les différentes régions. Ce projet de structure et ces études préliminaires pourraient être présentés à la Commission à sa vingt-deuxième session ou, si la Commission le jugeait utile, à un groupe de travail.

113. La Commission pourrait, d'un autre côté, arriver à la conclusion que l'élaboration d'un guide juridique sur les problèmes pratiques que pose la rédaction de contrats d'échanges compensés ne contribuerait pas substantiellement à l'unification ou à l'harmonisation du droit commercial international que la Commission a pour mandat de promouvoir. Si la Commission en décidait ainsi, elle pourrait conclure que le présent rapport est un document utile pour ceux qui rédigent de tels contrats, et que cette question pourrait ne plus figurer à l'avenir à son programme de travail.