NATIONS UNIES

ASSEMBLEE GENERALE

Distr. GENERALE
A/CN.9/362/Add.10
6 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

X. RESTRICTIONS A LA REVENTE DES MARCHANDISES

TABLE DES MATIERES

		Paragraphes
A.	Remarques générales	1 - 8
B.	Devoir d'informer ou de consulter	9 - 10
C.	Restrictions territoriales et restrictions connexes	11 - 16
D.	Prix de revente	17 - 20
E.	Emballage et marquage	21 - 22
F.	Application à des acheteurs tiers	23 - 24
G.	Révision des restrictions	25 - 26

V.92-51762 2005P

[Note des rédacteurs : Le présent projet de chapitre est une version révisée du projet du chapitre X portant le titre "Restrictions à la revente des marchandises", qui a été publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2. 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.2, soit la mention "nouveau paragraphe". Les parties révisées des paragraphes figurant dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.2 sont soulignées.]

A. Remarques générales

1. [1] Parfois, les parties conviennent, dans l'accord d'échanges compensés ou dans un contrat de fourniture, de restrictions concernant la revente de la totalité ou d'une partie des marchandises achetées conformément à l'engagement d'échanges compensés. Les restrictions convenues peuvent notamment être les suivantes : limitation du territoire sur lequel l'acheteur peut revendre les marchandises; fixation d'un prix de revente minimum; prescriptions en matière d'emballage et de marquage des marchandises à revendre. Ces restrictions peuvent s'appliquer à la revente des marchandises dans le pays de l'acheteur ou à la réexportation des marchandises. L'accord d'échanges compensés ou un contrat de fourniture peuvent prévoir une combinaison des différents types de restrictions.

2. [2] Les restrictions à la revente ne sont pas propres aux opérations d'échanges compensés. Si elles sont traitées dans le guide juridique, c'est parce qu'elles peuvent revêtir une importance particulière dans ce domaine. Elles peuvent s'inscrire dans la stratégie d'un fournisseur ou du gouvernement qui a organisé l'opération d'échanges compensés, lorsque l'objectif de l'engagement d'échanges compensés est d'augmenter le volume des exportations vers un marché particulier ou d'ouvrir de nouveaux marchés aux marchandises, sans nuire aux marchés existants.

3. [3] Les parties devraient être conscientes du fait que de nombreux systèmes juridiques énoncent des règles impératives concernant les pratiques commerciales restrictives et elles devraient veiller à ce que les restrictions qu'elles envisagent ne soient pas contraires à ces règles. Ces règles impératives peuvent être énoncées dans une loi ou dans divers types de règlements administratifs, et être interprétées par des décisions de justice. Les règles de plus d'un pays peuvent s'appliquer. Elles peuvent énoncer des interdictions de caractère général touchant les pratiques qui limitent indûment la concurrence et désavantagent donc les consommateurs ou les concurrents, ou qui nuisent à l'économie nationale. En outre, elles interdisent souvent expressément des types donnés de pratiques commerciales restrictives. Par exemple, de nombreux systèmes juridiques disposent que les accords limitant le droit de revente sont interdits ou peuvent être annulés si le fournisseur imposant la restriction a une position commerciale dominante, si la restriction a pour effet de limiter l'accès aux marchés ou de restreindre indûment la concurrence de toute autre manière, ou si cette restriction a ou peut avoir des effets néfastes sur le commerce ou sur le développement économique. Les accords fixant un prix minimum sont totalement interdits dans certains systèmes juridiques. Dans d'autres, de tels accords ne peuvent être autorisés que pour certains types de marchandises (par exemple, des produits de marque ou de luxe), ou que si certaines conditions

sont réunies (par exemple, l'accord de fixation du prix est approuvé par les autorités compétentes, ou il apparaît que les acheteurs ont suffisamment de possibilités d'obtenir des marchandises identiques ou similaires à des prix non soumis à l'accord de fixation d'un prix).

4. [4] Lors de la négociation d'une restriction à la revente des marchandises, il n'est pas inutile de se rappeler que, en fonction des données commerciales de l'opération, une restriction risque de réduire le prix que la partie achetant et revendant les marchandises sera disposée à offrir à la partie les fournissant. Ce sera sans doute l'effet d'une clause interdisant la revente des marchandises sur les marchés les plus attrayants, ou d'une clause imposant des conditions de revente qui entraîneraient une augmentation des coûts pour la partie revendant les marchandises.

5. [5] Lorsque les parties envisagent une restriction à la revente, il leur est conseillé d'être aussi précises que possible dans l'accord d'échanges compensés quant à la teneur de la restriction. Faute d'une disposition à cet effet dans l'accord d'échanges compensés, on risque, en demandant que l'achat des marchandises soit assorti de restrictions à la revente, de compliquer la négociation du contrat de fourniture et il peut alors être difficile d'attribuer à l'une ou l'autre des parties la responsabilité en cas de non-conclusion dudit contrat. Lorsqu'il est possible de faire appel à un tiers pour effectuer les achats voulus dans le cadre de l'engagement d'échanges compensés, et qu'une restriction à la revente s'applique à l'acheteur tiers, le fournisseur aura tout intérêt à s'assurer que ce tiers sait que les achats qu'il effectuera seront soumis à une restriction (voir ci-après les paragraphes 23 et 24).

6. [6] La mesure dans laquelle l'accord d'échanges compensés peut être précis dépend de différents facteurs : le type de marchandises a-t-il été identifié, quelle est la nature de la restriction, dans quel délai les contrats de fourniture seront-ils conclus et des tiers pourront-ils être chargés de revendre les marchandises ? Dans certains cas, il peut être possible de formuler dans l'accord d'échanges compensés une clause de restriction à la revente qui s'appliquera à tous les achats effectués dans le cadre de l'accord. Dans d'autres cas, le fournisseur ne disposera peut-être pas des données voulues au moment de la conclusion de l'accord pour pouvoir déterminer s'il serait souhaitable d'imposer une restriction à la revente, mais il ne souhaitera pas être empêché de soulever ultérieurement la question des restrictions. L'accord d'échanges compensés peut alors n'indiquer que le type, ou l'objet commercial de la restriction envisagée. Par exemple, il peut être convenu que les parties négocieront une limitation des territoires sur lesquels l'acheteur sera autorisé à revendre les marchandises, afin que celles-ci ne soient pas revendues sur les marchés du fournisseur.

7. [7] Dans des circonstances exceptionnelles, l'accord d'échanges compensés peut disposer que l'acheteur ne peut qu'utiliser les marchandises et non les revendre. Une telle restriction peut par exemple être imposée lorsque les marchandises sont fournies à des conditions préférentielles (par exemple, afin d'aider un acheteur dans une situation difficile) ou lorsque le fournisseur est tenu de limiter la distribution des marchandises du fait de leur caractère particulier ou lorsque la revente des marchandises entraînerait la divulgation d'informations que le fournisseur souhaite garder secrètes.

8. [Nouveau paragraphe] Les parties à une opération d'échanges compensés font parfois figurer dans l'accord d'échanges compensés des dispositions restreignant la liberté du fournisseur des marchandises de compensation de commercialiser le type de marchandises faisant l'objet de l'opération d'échanges compensés. Une telle restriction peut avoir pour objet de permettre à l'acheteur de revendre plus facilement les marchandises de compensation, ou de rendre l'opération d'échanges compensés plus profitable pour l'acheteur. Le fournisseur des marchandises de compensation peut, par exemple, accepter de ne pas vendre le même type de marchandises à certains clients, ou sur certains marchés. Il peut aussi accorder à l'autre partie à l'opération d'échanges compensés l'exclusivité de la distribution desdites marchandises. Les parties peuvent aussi convenir que le fournisseur ne commercialisera pas le même type de marchandises à des prix inférieurs à ceux qui sont pratiqués dans l'opération d'échanges compensés. Des restrictions de ce type, visant le fournisseur, peuvent être adoptées lorsque, dans la même opération, l'acheteur a accepté des restrictions à la revente, mais elles peuvent aussi être convenues en l'absence de telles restrictions. La mise en garde formulée dans le présent chapitre (plus haut au paragraphe 3), à savoir que les diverses restrictions à la revente peuvent être contraires aux règles impératives concernant les pratiques commerciales restrictives, s'applique également aux restrictions à la commercialisation visant le fournisseur des marchandises de compensation.

B. Devoir d'informer ou de consulter

9. [8] L'accord d'échanges compensés peut disposer que la partie achetant les marchandises doit informer le fournisseur de certains aspects de la revente des marchandises, tels que le territoire où s'effectuera la revente, le prix de revente, ou l'emballage ou le marquage des marchandises. Ces informations peuvent être utiles au fournisseur, afin de vérifier si les restrictions imposées à l'acheteur sont respectées, de déterminer si la revente des marchandises par l'acheteur permet de leur ouvrir de nouveaux marchés, de décider s'il continuera d'offrir ces marchandises dans le cadre d'opérations d'échanges compensés, de déterminer s'il serait possible d'ouvrir de nouveaux marchés ou d'augmenter les ventes sur les marchés traditionnels en poursuivant les opérations d'échanges compensés avec l'acheteur, ou de planifier ses propres activités de commercialisation ou de production de marchandises identiques ou similaires. Les parties peuvent convenir d'une telle obligation d'informer même lorsqu'elles ne conviennent pas d'une restriction particulière à la revente, par exemple, parce que le type de marchandises à acheter n'a pas encore été spécifié au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés.

10. [9] L'accord d'échanges compensés devrait bien préciser si cette obligation d'informer ou de consulter est limitée à la fourniture de renseignements ou comme également les consultations entre l'acheteur et le fournisseur avant la revente. Il est bon de préciser le moment où le fournisseur doit être informé. Si les parties comptent prévoir des consultations avant la revente, l'accord devrait préciser que l'acheteur doit informer le fournisseur suffisamment à temps pour qu'il soit possible d'organiser ces consultations.

C. Restrictions territoriales et restrictions connexes

11. [10] Les parties à une opération d'échanges compensés conviennent parfois de restrictions quant au territoire sur lequel la partie achetant les marchandises dans le cadre de l'accord pourra les revendre. Une telle restriction peut par exemple être imposée lorsque le fournisseur souhaite accéder à de nouveaux marchés, protéger ses marchés, s'assurer que les marchandises sont conformes aux conditions imposées sur les marchés sur lesquels elles doivent être revendues, ou éviter de violer des restrictions fondées sur des brevets détenus par des tiers ou sur des arrangements de licence entre des tiers et le fournisseur concernant la technologie utilisée pour produire les marchandises en question. Parfois, on souhaite éviter d'empiéter sur un droit de distribution exclusive octroyé par la partie fournissant les marchandises. Si le fournisseur a octroyé un tel droit pour un territoire donné, il est entendu qu'il sera tenu de ne pas conclure d'arrangements contractuels portant atteinte à ce droit de distribution exclusive. Parfois, les contrats de distribution exclusive disposent que le distributeur exclusif peut toucher une commission si les marchandises en question sont vendues sur le territoire désigné. Dans ce cas, l'acheteur pourra être tenu, en vertu de l'accord d'échanges compensés, de payer une telle commission au distributeur exclusif.

12. [11] Pour identifier les territoires sur lesquels les marchandises peuvent être revendues, on peut spécifier soit les territoires sur lesquels les marchandises ne peuvent pas être revendues, soit ceux sur lesquels elles peuvent l'être. Une disposition indiquant les territoires sur lesquels les marchandises peuvent être revendues devrait préciser que la revente est interdite sur les territoires qui ne sont pas énumérés. Les parties devraient veiller à utiliser les termes précis. Des expressions générales telles que "Etats des Caraïbes", "Amérique latine", "région du Pacifique", ou "Europe", peuvent être interprétées de manière divergente et seraient donc inappropriées. Les territoires sur lesquels les marchandises pourront être revendues peuvent également être limités à ceux sur lesquels l'acheteur ou une autre source sont à même de fournir des services après vente. Lors de la rédaction des dispositions concernant les territoires de revente, les parties devraient garder présent à l'esprit que le droit de revendre sur des territoires particuliers est distinct de la question de savoir si ce droit est exclusif ou non.

13. [12] Dans certains cas, l'accord d'échanges compensés peut disposer que seule une quantité donnée de marchandises peut être revendue sur un territoire particulier, ou que seule une quantité donnée peut être revendue sans restrictions territoriales. Cela peut être le cas, par exemple, lorsqu'il existe des contingents officiels d'importation ou lorsque l'on souhaite éviter que l'offre ne soit excessive sur les marchés, ou introduire les marchandises sur de nouveaux marchés.

14. [13] Lorsque l'opération d'échanges compensés risque d'aboutir à la revente de marchandises sur des marchés qui ne sont pas des marchés traditionnels du fournisseur, ce dernier peut souhaiter n'autoriser la revente que sur les territoires sur lesquels les marchandises sont couvertes par une assurance-responsabilité du fait des produits, en cas de réclamation pour préjudice corporel ou matériel imputable aux marchandises. Il peut être convenu que la partie achetant les marchandises dans le cadre de l'accord

d'échanges compensés et les revendant devra contracter une telle assurance. La souscription de cette assurance peut être dans l'intérêt du fournisseur, car des actions liées à un préjudice résultant de l'utilisation des marchandises peuvent être intentées contre lui. Une clause n'autorisant la revente des marchandises que sur les territoires sur lesquels les marchandises sont couvertes par une assurance-responsabilité du fait des produits pourra notamment être envisagée lorsque les produits achetés doivent être revendus sur un marché où la norme de responsabilité est plus stricte - ou les dédommagements accordés en vertu des lois relatives à la responsabilité du fait des produits considérablement plus élevés - que sur les marchés sur lesquels ces produits sont traditionnellement vendus.

15. [14] Les fournisseurs interdisent parfois aux acheteurs de vendre à des clients ou catégories de clients donnés. Ces restrictions peuvent par exemple être imposées lorsque le fournisseur souhaite se réserver certains clients (par exemple des acheteurs en gros). Ce type de restriction peut aussi avoir pour objet d'empêcher une concurrence qui risquerait d'entraîner une baisse du prix des marchandises. On notera que de telles restrictions à la revente peuvent être contraires aux règles impératives mentionnées plus haut (par. 3) interdisant certains types de pratiques commerciales restrictives. Ces restrictions peuvent enfin avoir pour objet d'empêcher la revente à certains acheteurs de marchandises de caractère confidentiel ou dangereux.

16. [15] Les parties conviennent parfois que la revente des marchandises devra être soumise à l'approbation du fournisseur. Cette solution peut, par exemple, être retenue lorsque, de par la nature des marchandises, leur transfert doit être limité (par exemple substances dangereuses ou équipements supposant une formation particulière), ou lorsque le fournisseur, envisageant d'accorder des droits de distribution exclusive, souhaite préserver son droit de limiter la revente des marchandises par l'acheteur une fois que de tels droits auront été octroyés. Cette condition du consentement du fournisseur peut être limitée à des territoires donnés, ou à des catégories données de clients. L'exercice par le fournisseur de son droit à ne pas consentir peut devoir être fondé sur les critères objectifs. Il peut, par exemple, être convenu que l'autorisation ne pourra être refusée que lorsque les marchandises doivent être revendues sur un marché pour lequel un droit de distribution exclusive a été donné, ou lorsque les ventes des marchandises en question par le fournisseur ou ses distributeurs ont déjà atteint un niveau donné.

D. Prix de revente

17. [16] Parfois, les accords d'échanges compensés comportent des dispositions relatives au prix minimum de revente des marchandises. Comme il est indiqué au paragraphe 3 ci-dessus, les parties devraient garder présent à l'esprit que, dans de nombreux Etats, les règles impératives relatives aux pratiques commerciales restrictives n'autorisent la fixation d'un prix de revente minimum que dans des circonstances limitées.

18. [17] Le fournisseur peut souhaiter fixer un prix de revente minimum lorsque les marchandises devant être fournies dans le cadre de l'accord représentent une quantité telle que leur revente risquerait de déstabiliser ou de réduire leur prix. Si, dans la plupart des opérations d'échanges compensés, la quantité des marchandises en jeu n'est pas suffisamment

importante pour avoir des effets néfastes sur le prix du marché, dans certains cas, les opérations d'échanges compensés entraînent une augmentation importante et brutale de l'offre de marchandises d'un type donné, ce qui peut avoir pour conséquence de déstabiliser les prix. La fixation d'un prix de revente minimum peut également avoir pour objet de prévenir les ventes à prix réduit pouvant nuire à l'image d'un produit.

19. [18] Un prix de revente minimum peut être fixé dans l'accord d'échanges compensés, ou il peut être convenu que le prix minimum de revente sera fixé après la conclusion de l'accord (par exemple, lors de la conclusion du contrat de fourniture, ou après qu'un volume donné de marchandises aura été revendu). Dans le cadre d'une opération d'échanges compensés à long terme, les parties peuvent convenir que le prix minimum de revente sera fixé périodiquement. L'accord d'échanges compensés devrait bien préciser quels sont les frais et dépenses qui doivent être inclus dans le prix minimum fixé (par exemple, frais de transport, prime d'assurance ou taxes). Si le prix minimum doit être fixé après la conclusion de l'accord, les parties voudront peut-être se fonder, pour le déterminer, sur une norme objective, telle que celles qui sont utilisées pour fixer le prix des marchandises entre les parties à l'accord. Parmi ces normes, on peut citer le prix sur le marché des marchandises du type en question, le prix des concurrents ou le prix payé par le client le plus favorisé du fournisseur (voir le chapitre VI, "Etablissement du prix des marchandises", par. 11 à 20).

20. [19] Les parties ne souhaiteront peut-être pas fixer un prix de revente minimum dans l'accord d'échanges compensés, lorsque les marchandises sont de qualité standard, par exemple des produits de base, et sont vendues sur des marchés ouverts, car le prix du marché risquerait d'être inférieur au prix de revente minimum fixé dans l'accord. Un acheteur lié par un prix minimum supérieur au prix du marché éprouverait des difficultés à revendre les marchandises, ou serait même dans l'impossibilité de le faire. Pour éviter de telles difficultés, les parties voudront peut-être disposer que le prix de revente minimum doit suivre les mouvements du prix des marchandises en question sur le marché. Ainsi, le prix minimum pourrait être fixé compte tenu de normes objectives du type mentionné au paragraphe précédent.

E. Emballage et marquage

21. [20] L'accord d'échanges compensés peut énoncer des conditions quant au type d'emballage ou de marquage à utiliser pour la revente des marchandises. Ainsi, l'acheteur peut être tenu de réemballer ou de remarquer les marchandises, ou de revendre les marchandises dans leur emballage et avec leur marquage originaux. La question de l'emballage ou du marquage peut être importante, car l'un des objectifs des opérations d'échanges compensés est d'introduire des marchandises sur des marchés non traditionnels. L'emballage et le marquage peuvent avoir des incidences sur la commercialisation des marchandises sur ces marchés et ils doivent être conformes aux règles en la matière. Par exemple, l'accord d'échanges compensés peut disposer que les marchandises seront vendues sous le nom commercial du fournisseur, ou dans un emballage particulier, que l'emballage devra indiquer les ingrédients et la composition des marchandises, ou leur origine, ou qu'il devra comporter un mode d'emploi, sous une forme particulière.

22. [21] Les parties devraient veiller à ce que les conditions énoncées dans l'accord à propos de l'emballage et du marquage ne soient pas contraires aux règles impératives du lieu où les marchandises doivent être revendues. Par exemple, il arrive que l'origine des marchandises doive être indiquée, ou que la modification de certains éléments du marquage ou de l'emballage soit interdite, ou encore que certaines règles s'appliquent du fait des lois régissant la protection du consommateur ou de l'environnement. Même lorsque l'accord ne prescrit rien quant à l'emballage ou au marquage, l'acheteur devra peut-être réemballer ou remarquer les marchandises lorsque l'emballage et le marquage initiaux ne sont pas conformes aux règles applicables dans le pays où les marchandises doivent être revendues.

F. Application à des acheteurs tiers

23. [22] Lorsqu'il est possible à la partie qui s'est engagée à acheter les marchandises de faire appel à un tiers pour effectuer les achats, le fournisseur voudra peut-être veiller à ce que la restriction à la revente énoncée dans l'accord d'échanges compensés soit respectée par le tiers. A cette fin, il peut souhaiter inclure dans l'accord d'échanges compensés une disposition aux termes de laquelle la partie s'engageant initialement à acheter les marchandises sera tenue d'incorporer la restriction à la revente dans le contrat par lequel elle fera appel au tiers. En outre, il est souhaitable que le fournisseur inclut cette restriction dans le contrat de fourniture conclu avec le tiers, ou dans l'accord aux termes duquel le tiers s'engage auprès du fournisseur à conclure ultérieurement un contrat de fourniture (voir le chapitre VIII, "Participation de tiers", par. [15] et [16]). Ainsi, le tiers sera directement responsable envers le fournisseur en cas de non-respect de la restriction à la revente.

24. [23] Comme il est noté au chapitre VIII, "Participation de tiers", paragraphe [25], la partie s'engageant initialement à acheter les marchandises peut être responsable, en vertu de l'accord d'échanges compensés, en cas de revente des marchandises par le tiers en violation d'une restriction énoncée dans l'accord. Aussi cette partie aura-t-elle intérêt à reprendre dans son contrat avec le tiers toute restriction à la revente énoncée dans l'accord d'échanges compensés. En outre, elle pourra peut-être inclure dans son contrat avec le tiers une clause d'indemnisation par laquelle le tiers s'engagera à l'indemniser au cas où elle serait responsable envers le fournisseur du fait d'une violation par le tiers d'une restriction à la revente (on trouvera un examen des clauses d'indemnisation au chapitre VIII, par. [33]).

G. Révision des restrictions

25. [24] Les opérations d'échanges compensés à grande échelle prévoient souvent l'achat et la revente de marchandises sur une longue période, durant laquelle les circonstances commerciales et les intérêts des parties peuvent évoluer sensiblement. C'est pourquoi il peut être bon de prévoir dans l'accord d'échanges compensés une révision des restrictions convenues. On peut convenir soit d'une révision périodique, soit d'une révision sur la demande d'une partie. Lorsque la révision a lieu sur la demande d'une partie, l'accord d'échanges compensés peut indiquer quels types de changements de circonstances habiliteront une partie à demander une révision. Même lorsque

l'accord d'échanges compensés ne comporte pas de clause de révision, dans certains systèmes juridiques, les parties seraient tenues de réexaminer la restriction visée en cas de changement important des circonstances dans lesquelles s'inscrit l'opération d'échanges compensés.

26. [25] C'est au vu de la nature de la restriction que l'on peut déterminer si une telle procédure de révision est souhaitable. Par exemple, il peut être plus important de pouvoir modifier une restriction quant au territoire ou quant au prix de revente d'un type donné de marchandise qu'une restriction moins sévère, par exemple l'obligation faite à l'acheteur de consulter le fournisseur avant de revendre les marchandises.