

NATIONS UNIES
ASSEMBLEE
GENERALE



FILE COPY



Distr. GENERALE
A/CN.9/362//Add.11
30 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

XI. CLAUSES DE DOMMAGES-INTERETS SPECIFIES ET CLAUSES PENALES

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>
A. Remarques générales	1 - 11
B. Relation entre le recouvrement de la somme convenue et le recouvrement de dommages-intérêts	12
C. Effets du paiement	13 - 16
D. Montant de la somme convenue	17 - 23
E. Recouvrement de la somme convenue	24 - 27
F. La résiliation de l'accord d'échanges compensés et les clauses prévoyant le paiement d'une somme convenue	28 - 29

[Note des rédacteurs : Le présent projet de chapitre est une version révisée du projet de chapitre XI, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3*. La note entre crochets figurant au début de chaque paragraphe indique qu'il s'agit d'un nouveau paragraphe ou rappelle le numéro sous lequel ce paragraphe figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3*. Les révisions de paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3* sont soulignées.]

A. Remarques générales

1. [1] Les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales prévoient qu'en cas d'inexécution par une partie d'une obligation spécifiée, ou d'exécution tardive, la partie lésée a droit au versement par la partie en faute d'une somme convenue au moment où les parties ont établi leur relation contractuelle. Le versement de la somme convenue peut avoir pour objet, soit de stimuler l'exécution de l'obligation, soit de dédommager du préjudice causé par le défaut d'exécution, soit les deux 1/. Parfois, les parties conviennent que l'obligation de verser des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité doit être assurée par une garantie (voir le paragraphe 27 ci-après).

2. [2] Le présent chapitre traite des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales incluses dans les accords d'échanges compensés et couvrant les défauts d'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Le chapitre ne traite pas directement de l'usage de telles clauses pour stimuler l'exécution des contrats de fourniture s'inscrivant dans le cadre d'une opération d'échanges compensés. Ces clauses sont fréquemment utilisées dans les contrats de vente et dans d'autres types de contrats de fourniture et leur présence dans les contrats de fourniture faisant partie d'une opération d'échanges compensés ne pose pas de problèmes particuliers aux échanges compensés. Néanmoins, l'analyse, dans le présent chapitre, des caractéristiques générales des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales vaut également pour les contrats de fourniture.

3. [Nouveau paragraphe] Souvent, les parties veulent que la clause couvre la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés de sorte que le bénéficiaire de la clause, en réclamant la somme convenue en cas de rupture dudit engagement, renoncerait à obtenir l'exécution de l'engagement. Parfois les parties veulent que la clause couvre le retard, de sorte que l'engagement reste à exécuter malgré le paiement de la somme convenue (voir les paragraphes 13 à 16 ci-après).

4. [3] Il y a obligation de payer la somme convenue lorsque la partie qui s'est engagée ne prend pas les mesures déclarées nécessaires dans l'accord d'échanges compensés pour exécuter l'engagement d'échanges compensés. Comme on l'a vu aux paragraphes 35 et 36 du chapitre IV, ces mesures peuvent être soit la conclusion d'un contrat de fourniture, soit une mesure spécifiée à prendre pour exécuter le contrat de fourniture (ouverture de la lettre de crédit ou livraison des marchandises, par exemple). Si l'engagement d'échanges compensés est réputé exécuté lors de l'exécution du contrat de fourniture, le défaut d'exécution de ce contrat peut engager la responsabilité

en application tant de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale que du contrat de fourniture, d'où un chevauchement des recours que les parties souhaiteront peut-être éviter (voir le chapitre IV, par. 36).

5. [4] L'engagement pris par l'acheteur d'acheter des marchandises peut être couvert par une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale dans l'accord d'échanges compensés, de même que l'engagement pris par le fournisseur de mettre les marchandises à disposition. La clause peut couvrir l'ensemble ou une partie seulement de l'engagement d'échanges compensés. Dans de nombreuses opérations d'échanges compensés, ce n'est que l'engagement pris par la partie exportatrice de contre-importer qui fait l'objet d'une telle clause. En effet, cette partie peut souhaiter avant tout exporter ses propres marchandises et ne pas être ainsi disposée à acheter des marchandises en retour. Toutefois, lorsque la partie s'étant engagée à acheter est particulièrement désireuse d'obtenir les marchandises, il peut être convenu que la partie s'étant engagée à fournir paiera une somme convenue au cas où elle ne conclurait pas un contrat de fourniture. Lorsque les deux parties souhaitent vivement qu'un contrat de fourniture soit conclu, il peut être convenu que l'engagement des deux parties fera l'objet d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale.

6. [5] Lorsqu'il est convenu au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés qu'une partie devrait avoir droit à un dédommagement pécuniaire si l'autre partie n'exécute pas l'engagement d'échanges compensés, un accord sur des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité présente certains avantages. Premièrement, la somme constitue une indemnité convenue en cas de défaillance, ce qui permet aux parties d'éviter les problèmes et dépenses auxquels il peut falloir faire face pour prouver l'ampleur du préjudice. Ces dépenses peuvent être considérables, surtout si la partie lésée doit établir qu'elle a subi un préjudice devant une instance judiciaire ou arbitrale. En outre, le montant des dommages-intérêts susceptible d'être accordé à la suite d'une procédure judiciaire ou arbitrale peut être incertain (voir le chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", paragraphe 12). La somme convenue est, quant à elle, certaine, et cette certitude peut être utile aux deux parties lorsqu'il s'agit d'évaluer les risques que leur fait courir l'accord d'échanges compensés. En outre, cette somme convenue peut constituer la limite de responsabilité pour non-exécution de l'engagement d'échanges compensés. La partie dont l'engagement est couvert par la clause peut ainsi savoir à l'avance le montant maximum de la responsabilité qu'elle encourra en cas de défaut d'exécution (voir toutefois le paragraphe 12 ci-après, relatif à la possibilité d'intenter une action pour percevoir des dommages-intérêts en sus de la somme convenue). Cependant, une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale peut être une solution moins attrayante lorsque l'un des objets de l'opération d'échanges compensés est d'éviter un transfert de devises.

7. [6] De nombreux systèmes juridiques comportent des règles régissant les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales, règles qui limitent souvent ce que les parties peuvent obtenir grâce à de telles clauses. Dans certains systèmes juridiques, les clauses fixant une somme convenue pour encourager l'exécution de l'engagement sont nulles et la partie en défaut n'est tenue qu'à verser des dommages-intérêts en application du droit commun. Ces systèmes juridiques ne reconnaissent que les clauses par lesquelles les parties, au moment du contrat, fixent une somme payable en

réparation du préjudice imputable à un défaut d'exécution. Dans d'autres systèmes juridiques, toutefois, les clauses prévoyant le versement d'une somme convenue, soit à titre de réparation, soit pour encourager l'exécution, soit pour ces deux fins à la fois, sont en principe valables. Les tribunaux ont pouvoir, dans des cas spécifiés, de réduire le montant convenu, notamment s'il est manifestement excessif eu égard aux circonstances, ou s'il y a eu exécution partielle. Ils ont en outre pouvoir d'accorder des dommages-intérêts supplémentaires, lorsque le préjudice effectif dépasse la somme convenue. Dans ces systèmes juridiques, les parties peuvent ne pas être autorisées à s'affranchir de ces pouvoirs conférés au tribunal.

8. [7] Une partie qui s'est engagée peut ne pas s'acquitter de son engagement en raison d'un empêchement permanent ou temporaire dont elle n'est pas responsable (ces empêchements sont traités au chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", paragraphes 13 à 36). Dans de nombreux systèmes juridiques, la règle est que la somme convenue n'est pas due si le défaut d'exécution de l'obligation en question est imputable à un empêchement permanent, dont la partie qui s'est engagée n'est pas responsable. Cette approche est conforme à la règle sur l'exonération de la responsabilité pour défaut d'exécution qui figure à l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). On se reportera également à l'article 5 des Règles uniformes relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution (voir note 1). Si un empêchement ne fait obstacle que temporairement à l'exécution d'une obligation, selon une règle énoncée dans nombre de systèmes juridiques, le délai d'exécution de l'obligation est prolongé. En cas d'empêchement temporaire, le paiement au titre de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale ne sera dû que pour l'engagement d'échanges compensés non exécuté, après expiration du délai d'exécution prolongé. L'accord d'échanges compensés peut préserver l'applicabilité de ces règles et énoncer des dispositions définissant les empêchements exonérateurs et prévoyant une règle permettant de déterminer quand un empêchement est considéré comme permanent (voir le chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", paragraphes 17 à 34).

9. [8] Il faut distinguer les clauses de dommages-intérêts spécifiés ou les clauses pénales de deux autres types de clauses, les clauses limitant le montant des dommages-intérêts recouvrables et les clauses instituant des obligations alternatives. La clause limitant le montant des dommages-intérêts recouvrables fixe un montant maximum payable si la responsabilité est établie. Le demandeur doit prouver le montant de son préjudice et, s'il est inférieur au maximum, seul le montant prouvé est recouvrable. Dans le cas des clauses de dommages-intérêts spécifiés ou des clauses pénales, la somme convenue est recouvrable sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve du préjudice. La clause prévoyant une obligation alternative donne à la partie s'étant engagée le choix entre deux options : soit s'acquitter de l'obligation spécifiée, soit payer une somme convenue. En choisissant l'une ou l'autre de ces options, la partie se libère de son obligation. Dans les clauses de dommages-intérêts spécifiés ou les clauses pénales, la partie s'étant engagée ne peut choisir entre exécuter l'obligation et payer la somme convenue. S'il subsiste des doutes quant à la question de savoir si cette partie aurait un tel choix, il est bon de régler cette question dans la clause.

10. [9] Les clauses examinées dans le présent chapitre doivent également être distinguées des dispositions des accords d'échanges compensés instituant l'obligation de corriger par des paiements en espèces tout déséquilibre des échanges dans le cas de contrats de troc, ou prévoyant que les créances réciproques doivent être compensées. Les paiements effectués pour remédier à un déséquilibre des échanges ont pour fonction de payer des marchandises qui ont été livrées dans une direction et qui n'ont pas été compensées par des livraisons dans l'autre direction. En outre, le montant de ces paiements n'est pas stipulé à l'avance comme dans le cas des dommages-intérêts spécifiés ou des pénalités. (Les clauses relatives au règlement des déséquilibres dans les contrats de troc sont examinées au chapitre III, "Approche contractuelle", paragraphe 7, et les clauses relatives aux arrangements de compensation le sont au chapitre IX, "Paiement", paragraphes 54 à 57.)

11. [10] Comme il est indiqué au chapitre VIII, "Participation de tiers", la partie s'étant engagée à acheter ou à fournir des marchandises peut avoir le droit de recourir à un tiers pour s'acquitter de cet engagement. Dans certains de ces cas, il est convenu que la partie s'étant initialement engagée doit rester responsable de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Le contrat par lequel le tiers est recruté peut alors disposer que ce dernier doit verser des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité à la partie ayant pris l'engagement initial, au cas où il ne s'acquitterait pas de son engagement d'acheter ou de fournir des marchandises. Le paiement de la somme convenue aurait alors pour objet d'indemniser la partie ayant pris l'engagement initial lorsqu'elle serait tenue responsable d'une rupture de l'engagement d'échanges compensés pour des raisons imputables aux tiers. Cette indemnisation par le tiers de la partie ayant pris l'engagement initial peut également prendre la forme d'une clause "d'indemnisation" du type examiné au paragraphe 37 du chapitre VIII. Tout engagement de conclure des contrats de fourniture qui est pris par le tiers directement envers la partie avec laquelle ces contrats de fourniture doivent être conclus peut également faire l'objet d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale. (La question du recrutement de tiers est traitée au chapitre VIII, paragraphes 6, 17 et 18 (acheteurs tiers) et paragraphes 49 à 51 (fournisseurs tiers).)

B. Relation entre le recouvrement de la somme convenue et le recouvrement de dommages-intérêts

12. [11] Les systèmes juridiques traitent souvent de la relation entre le recouvrement de la somme convenue et le recouvrement de dommages-intérêts. Puisque l'un des objectifs de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale est d'éviter aux parties d'avoir à déterminer l'ampleur du préjudice à réparer (voir le paragraphe 6 ci-dessus) dans certains systèmes juridiques, la partie à laquelle la somme convenue est due n'est pas autorisée, dans les cas où le préjudice réparable en application des règles relatives aux dommages-intérêts dépasserait la somme convenue, à renoncer à la somme convenue et à demander des dommages-intérêts. La partie devant la somme convenue n'est pas non plus autorisée, dans les cas où le préjudice réparable serait inférieur à la somme convenue, à faire valoir qu'elle ne devrait être tenue de verser que des dommages-intérêts. Dans d'autres systèmes juridiques, toutefois, la partie à laquelle la somme convenue est due est autorisée à prouver que le préjudice subi dépasse la somme convenue. Dans ces systèmes, la partie lésée peut, outre la somme convenue, recouvrer des dommages-intérêts

couvrant la portion du préjudice non compensée par la somme convenue, soit sans conditions, soit sous réserve que certaines conditions soient remplies (par exemple, il faut que le défaut d'exécution soit dû à la négligence, ou qu'il y ait eu intention de causer un préjudice, ou qu'il ait été expressément convenu que des dommages-intérêts pourront être recouverts pour le préjudice dépassant la somme convenue). Vu ces divergences entre les systèmes juridiques et les différentes manières dont une clause de dommages-intérêts spécifiés peut être interprétée, il est souhaitable que les parties, dans la mesure autorisée par la loi applicable, règlent dans la clause la question de savoir si la partie lésée sera habilitée à recouvrer des dommages-intérêts en sus de la somme convenue (Règles uniformes, article 7 - voir la note 1). (La question de la compensation monétaire en cas de défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés est traitée au chapitre XIII, "Défaut d'achèvement de l'opération d'échanges compensés", paragraphes 11 et 12.)

C. Effets du paiement

13. [12] Les parties doivent traiter d'une importante question : en réclamant la somme convenue, le bénéficiaire de la clause renonce-t-il à obtenir l'exécution de l'obligation principale ? Souvent, les parties à des opérations d'échanges compensés considèrent que le bénéficiaire qui, en cas de rupture de l'engagement d'échanges compensés, choisit de réclamer la somme convenue ne peut pas alors réclamer aussi l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Cependant, comme les parties disposent parfois que la somme convenue est payable en cas de retard dans l'exécution de l'engagement, auquel cas l'engagement d'échanges compensés reste à exécuter malgré le paiement de la somme convenue, il est souhaitable que la clause de dommages-intérêts spécifiés ou la clause pénale comporte une disposition précise concernant les effets du paiement de la somme convenue. Faute d'une telle disposition, les effets du paiement seront déterminés par la loi applicable et en fonction des faits permettant d'éclairer l'intention des parties (par exemple, le montant de la somme convenue) (Règles uniformes, article 6 - voir la note 1).

14. [Nouveau paragraphe] Il convient de noter que la nature de l'obligation en question peut être un critère déterminant quant à l'exigibilité de son exécution. On notera en particulier que l'exécution d'une obligation de fournir des services ne serait peut-être pas exigée selon les législations de certains Etats, le dédommagement pécuniaire sous forme de dommages-intérêts restant alors le seul recours.

15. [13] Les parties peuvent souhaiter prévoir le paiement d'une somme convenue en cas de retard lorsqu'il est particulièrement important que l'engagement d'échanges compensés soit exécuté avant une date spécifiée ou que les différentes portions de l'engagement soient exécutées selon un calendrier convenu. Le fournisseur peut souhaiter une telle clause, par exemple, lorsque l'exécution à temps de l'engagement d'échanges compensés dans une direction est essentielle pour lui permettre de faire face à ses obligations de paiement liées au contrat de fourniture dans l'autre direction. Quant à l'acheteur, il peut souhaiter une telle clause lorsqu'il s'est engagé à revendre les marchandises à une date donnée. (La question du montant de la somme convenue payable en cas de retard est examinée plus avant à la section D ci-après.)

16. [14] La question des effets du paiement d'une somme convenue se pose également lorsque le paiement est dû pour défaut d'exécution d'une portion de l'engagement d'échanges compensés pendant une sous-période du délai d'exécution. Dans ces cas, il est bon de préciser si un paiement est dû en vertu de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale pour toute portion non exécutée de l'engagement d'échanges compensés qui n'est pas reportée ou qui n'est toujours pas exécutée à l'expiration du délai général d'exécution, ou si un paiement est dû pour toute portion non exécutée de l'engagement qui est reporté d'une sous-période à la suivante.

D. Montant de la somme convenue

17. [15] Le montant des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité, qu'il soit prévu pour la non-exécution ou pour l'exécution tardive de l'engagement d'échanges compensés, peut être un montant absolu ou un pourcentage de la valeur de l'engagement non exécuté. Un calcul sur la base d'un pourcentage de l'engagement non exécuté présente l'avantage de réduire automatiquement le montant au fur et à mesure que l'engagement est exécuté. S'il y a une garantie indépendante de paiement de la somme convenue (voir le paragraphe 27 ci-après), vu cette indépendance, toute réduction du montant qui pourrait devenir exigible n'entraînerait pas une réduction automatique du montant de ladite garantie. Par conséquent, pour que le montant de la garantie reste proportionné à l'obligation principale, il est souhaitable d'indiquer dans la garantie que toute réduction dans l'engagement d'échanges compensés doit entraîner, sur présentation des documents convenus, une réduction correspondante du montant de la garantie (voir le chapitre XII, "Garantie de bonne exécution", paragraphes 25 et 26). Dans le cas d'une garantie accessoire, une réduction de l'obligation principale entraînerait une réduction automatique du montant dû au titre de la garantie (voir le chapitre XII, paragraphe 3).

18. [19] Lorsque la clause de dommages-intérêts spécifiés ou la clause pénale s'applique également en cas de retard, la somme convenue est souvent fixée de manière graduelle, un montant spécifié étant dû pour un retard spécifié. Dans ces cas, il est souhaitable de plafonner la somme cumulée de ces montants. Les parties voudront peut-être traiter du cas où l'engagement ne serait toujours pas exécuté après que le plafond a été atteint. Elles peuvent par exemple disposer que le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale n'est habilité à recouvrer ni de nouveaux montants en vertu de cette clause, ni des dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi du fait du défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés après la date à laquelle le plafond a été atteint. Selon une autre approche, après que le plafond est atteint, le bénéficiaire de la clause peut toujours être habilité à exiger l'exécution de l'engagement. Dans ce cas, les parties peuvent convenir que, si la partie ayant pris l'engagement ne s'en acquitte pas dans un délai convenu après que le plafond a été atteint, le bénéficiaire de la clause sera habilité à réclamer une somme convenue supplémentaire pour non-exécution de l'engagement. Quelle que soit l'approche retenue, il est bon de disposer que le bénéficiaire de la clause est habilité à résilier l'engagement une fois que le plafond des versements pour retard est atteint.

19. [16] La détermination du montant approprié de la somme convenue présente certaines difficultés. Dans une opération d'échanges compensés à long terme, il peut être difficile d'estimer, lors de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, le préjudice qui pourra être subi lorsque surviendra un défaut d'exécution et, par conséquent, il peut être difficile de quantifier la somme convenue de manière qu'elle ait effectivement valeur de dédommagement, ou qu'elle soit suffisante pour stimuler l'exécution. Pour le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale, la somme convenue ne devrait pas être fixée à un niveau tellement bas qu'il subisse un important préjudice dont il ne serait pas dédommagé en cas de défaut d'exécution de l'engagement par l'autre partie. En outre, si la somme est inférieure au montant que la partie ayant pris l'engagement économiserait en ne s'acquittant pas de son engagement, cette partie ne serait pas incitée à s'acquitter de façon appropriée et en temps voulu de ses obligations, bien au contraire. [La phrase ci-après est une version révisée de la première phrase du paragraphe 18 du document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3*.] Le bénéficiaire de la clause peut juger utile que la somme convenue soit fixée à un niveau qui lui assure un dédommagement raisonnable et qui, dans la mesure autorisée par la loi, incite aussi raisonnablement l'autre partie à s'acquitter de son engagement.

20. [18] Les montants excessifs sont à éviter, car ils risquent de faire renoncer des partenaires commerciaux éventuels à conclure un accord d'échanges compensés. Ils risquent également de rendre plus difficile la recherche de tiers disposés à participer à l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sous réserve d'une clause "d'indemnisation" (voir le paragraphe 11 ci-dessus, ainsi que le chapitre VIII, "Participation de tiers", paragraphe 37). En outre, un montant excessif peut fort bien n'avoir aucun effet dissuasif s'il apparaît que, selon toute probabilité, il sera annulé ou réduit à la suite d'une action en justice (voir le paragraphe 7 ci-dessus). De plus, si une partie s'étant engagée à acheter des marchandises doit accepter une somme convenue particulièrement importante, elle peut en compensation demander une réduction du prix des marchandises qu'elle doit acheter, ou demander un prix plus élevé pour ses propres marchandises.

21. [18] Lorsque la loi applicable dispose que la somme convenue ne peut servir que de réparation, les parties devraient s'efforcer d'évaluer aussi exactement que possible le préjudice potentiel. [La phrase ci-après est une version révisée du paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3*.] Les parties devraient garder présent à l'esprit que, selon une telle loi, le montant de la somme convenue pourrait être considéré par un tribunal comme un facteur important pour déterminer si l'obligation de payer la somme convenue avait pour objet de dédommager d'un préjudice ou de stimuler l'exécution (voir le paragraphe 7 ci-dessus). Aussi convient-il de conserver tous les documents sur lesquels on s'est fondé pour les estimations et les calculs de manière à pouvoir prouver que la somme en question n'a pas été fixée arbitrairement. En outre, les parties voudront peut-être inclure dans l'accord d'échanges compensés une déclaration précisant que le montant fixé dans la clause représente une estimation de bonne foi du préjudice qui serait subi en cas de rupture de l'engagement d'échanges compensés.

22. [18] Pour déterminer quel montant serait raisonnable pour qu'une somme convenue couvre la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés, les parties peuvent se fonder sur des facteurs tels que le prix que le fournisseur obtiendrait en vendant ailleurs ses produits, le prix que l'acheteur aurait à payer pour acheter ailleurs les produits, le préjudice qui pourrait résulter de la non-exécution de l'engagement d'échanges compensés, l'ampleur du risque de non-exécution de l'engagement et le fait que le montant doit être suffisamment important pour stimuler l'exécution.

23. [Nouveau paragraphe] Pour déterminer quel montant serait raisonnable pour qu'une somme convenue couvre un retard dans l'exécution d'un engagement d'échanges compensés, les parties peuvent tenir compte des circonstances qui ont influé sur la décision d'inclure une clause de dommages-intérêts spécifiés ou une clause pénale dans l'accord d'échanges compensés (voir le paragraphe 15 ci-dessus). Par exemple, si l'importateur compte sur des contre-exportations dans les délais voulus pour rembourser un prêt bancaire, la base sur laquelle sera fixé le montant de la somme convenue peut être constituée par les frais financiers qui devront être encourus du fait d'achats tardifs dans le cadre de l'accord d'échanges compensés. Si le contre-importateur doit être le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale, les conséquences qu'aurait pour celui-ci le fait de ne pouvoir revendre à une date donnée les marchandises faisant l'objet de l'accord d'échanges compensés seraient sans doute un facteur à prendre en considération.

E. Recouvrement de la somme convenue

24. [20] Les parties voudront peut-être disposer que la partie lésée perd le droit de réclamer la somme convenue si elle ne la réclame pas dans un délai donné suivant l'expiration du délai d'exécution (par exemple 30 jours). Cette disposition a pour objet de résoudre les problèmes liés à la responsabilité en cas de défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés dans un délai raisonnable suivant l'expiration du délai d'exécution. Le délai de réclamation devrait être suffisamment long pour permettre aux parties de déterminer s'il y a eu ou non défaut d'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Ce point est particulièrement important lorsque l'exécution de l'engagement suppose que des mesures soient prises peu de temps avant la fin du délai d'exécution, ou lorsque des contrats de fourniture doivent être conclus avec des personnes autres que la partie envers laquelle l'engagement a été pris.

25. [21] Lorsque le délai d'exécution est divisé en sous-périodes, il est bon que l'accord d'échanges compensés indique si le paiement de la somme convenue est dû à la fin de chaque sous-période durant laquelle il y a eu défaut d'exécution, ou seulement à la fin du délai général d'exécution. Si le paiement est dû à la fin de chaque sous-période, il serait possible de prévoir après l'expiration de chaque sous-période, un délai durant lequel le paiement de la somme convenue peut être réclamé (voir le paragraphe précédent).

26. [22] Les actions en justice qu'il pourrait être nécessaire d'intenter pour recouvrer la somme convenue sont longues et coûteuses. Il est possible de réduire le risque de se voir contraint d'intenter de telles actions en autorisant, dans l'accord d'échanges compensés, le bénéficiaire à déduire la

somme convenue des fonds de l'autre partie qui lui ont été remis ou à compenser la créance correspondant à la somme convenue avec des sommes dues par le bénéficiaire à cette autre partie. Par exemple, lorsqu'il est convenu que le produit du contrat d'exportation doit être conservé pour payer le contrat de contre-exportation, il peut être convenu que le contre-exportateur retiendra un montant équivalant à la somme convenue si le contre-importateur n'honore pas son engagement de conclure un contrat d'achat des marchandises contre-exportées (voir le chapitre IX, "Paiement", paragraphes 12 et 62). Lorsque le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale ne retient pas ainsi le produit d'une expédition, il peut aussi être assuré d'obtenir paiement de la somme convenue en étant autorisé à la déduire de fonds ou de créances non liés à l'opération d'échanges compensés en question. On notera toutefois que, dans certains systèmes juridiques, il existe des règles impératives régissant les dispositions autorisant de telles déductions et compensations. Une règle de ce type, que l'on trouve dans les lois d'un certain nombre d'Etats, énonce qu'une compensation n'est autorisée que si les créances à compenser découlent des relations commerciales entre les parties. En outre, une déduction ou une compensation peut être ultérieurement annulée si la somme convenue déduite ou compensée est par la suite jugée excessive par un tribunal et réduite.

27. [23] Le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale peut souhaiter inclure dans l'accord d'échanges compensés une disposition selon laquelle l'autre partie doit faire en sorte qu'une institution financière donne une garantie en ce qui concerne la somme convenue. Le bénéficiaire peut alors demander la somme convenue à cette institution en application des dispositions de la garantie. De telles garanties sont généralement indépendantes, mais la possibilité d'utiliser une garantie accessoire n'est pas exclue. Les garanties indépendantes, leurs différences par rapport aux garanties accessoires et les éventuelles conditions de paiement des garanties sont traitées au chapitre XII, "Garantie de bonne exécution", en particulier aux paragraphes 3, 4 et 18.

F. La résiliation de l'accord d'échanges compensés et les clauses prévoyant le paiement d'une somme convenue

28. [24] Les parties voudront peut-être disposer que, lorsqu'une somme convenue est payable pour retard sous forme de versements plafonnés (voir le paragraphe 18 ci-dessus), l'engagement d'échanges compensés ne pourra être résilié, tant que le plafond n'aura pas été atteint, au motif du défaut d'exécution couvert par la somme convenue.

29. [25] Les parties voudront peut-être aussi disposer que la résiliation, après que le plafond a été atteint, ne doit pas avoir d'effets sur l'obligation de verser des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité dus avant la résiliation. Cela permettrait d'éviter les ambiguïtés imputables au fait que, dans certains systèmes juridiques, la résiliation du contrat a des effets sur les obligations dues avant ladite résiliation. Si toutefois l'engagement d'échanges compensés est résilié avant que le plafond ne soit atteint (par exemple lorsque le bénéficiaire de la clause de dommages-intérêts

spécifiés ou de la clause pénale résilie l'engagement pour un défaut d'exécution autre que celui couvert par la somme convenue), les parties voudront peut-être disposer que la résiliation n'exerce pas d'effets sur le droit de recouvrer une somme convenue due à la date de la résiliation, mais qu'aucun montant ne sera dû à titre de paiement d'une somme convenue après la résiliation.

Note

1/ On trouvera des études sur la nature et le fonctionnement des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales dans les contrats internationaux dans l'Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, volume X : 1979, deuxième partie, I, C et ibid., volume XII : 1981, deuxième partie, I, B, 1. Les "Règles uniformes relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution" (ci-après dénommées "Règles uniformes"), qui ont été adoptées par la Commission, figurent dans le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa seizième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-huitième session, supplément N° 17 (A/38/17), annexe I (elles sont également reproduites dans l'Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, volume XIV : 1983, première partie, I, A). Par sa résolution 38/135, du 19 décembre 1983, l'Assemblée générale a recommandé aux Etats de mettre en application, le cas échéant, les Règles uniformes, sous la forme d'une loi type ou d'une convention. Les Règles uniformes peuvent être utilisées par les parties pour rédiger des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales.