

HC 612.

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

ASPECTS JURIDIQUES

DES

CONTRATS DE COMPENSATION

par Marcel FONTAINE

Doc. 81/2

Projet d'une chronique
à paraître dans la revue
Droit et Pratique du
Commerce International

UNIVERSITE CATHOLIQUE
LOUVAIN - LA - NEUVE
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE

PROJET DE CHRONIQUE

sur

LES CONTRATS DE COMPENSATION.

S O M M A I R E

	Pages
<u>Introduction</u>	1
<u>I. Les opérations de contre-achats</u>	4
A. Les engagements de contre-achats	7
1. Aperçu d'ensemble	7
2. Rapports avec le contrat principal	9
3. Détermination de l'objet	18
4. Restrictions territoriales	20
5. Durée, calendrier d'exécution	21
6. Compte d'évidence	22
7. Clause pénale	24
8. Lettre de garantie	25
B. L'intervention d'un tiers acheteur	30
1. L'intervention de 1/3 A dans les rapports entre F et O.C.E.	30
2. Le contrat entre F et 1/3 A	34
3. Les liens créés entre 1/3 A et O.C.E.	41
C. L'intervention d'autres O.C.E. (linking)	43
<u>II. Les opérations de compensation par contrat unique</u>	44
<u>III. Les contrats de "buy-back"</u>	46
<u>IV. Les accords de troc</u>	48
<u>V. Conseils aux négociateurs</u>	50

A S P E C T S J U R I D I Q U E S

=====

D E S C O N T R A T S D E C O M P E N S A T I O N .

=====

Depuis une dizaine d'années, les pays de l'Est cherchent de plus en plus à pallier leur pénurie de devises en imposant aux exportateurs occidentaux que le paiement de leurs fournitures se réalise au moins en partie sous forme de compensation en nature (1). Une usine, par exemple, est payée en chaussures ou en gaz naturel. L'évaluation précise de l'importance du phénomène est difficile, mais on a pu estimer par exemple qu'en 1980, la part des échanges compensés entre l'U.R.S.S. et les pays occidentaux allait s'élever à 35 % (2).

De telles opérations prennent également une importance accrue dans les rapports avec certains pays en voie de développement, qui manquent aussi de devises pour financer leurs achats d'équipement et de technologie, mais disposent de matières premières qu'ils

(1) On ne confondra pas ces compensations en nature avec le mécanisme de la compensation au sens des articles 1289 et suivants du Code civil français. Sur les rapports qu'entretiennent cependant les deux notions, cfr. infra, pp. 15-17.

(2) Donnée empruntée à l'exposé fait par M. R. MOURAIT au Colloque franco-soviétique organisé par l'Université de Paris I les 22-24 octobre 1979.

peuvent offrir en paiement.

Pour les pays de l'Est ou les pays en voie de développement, les opérations de compensation peuvent d'ailleurs présenter d'autres avantages que celui de répondre à la pénurie de devises. C'est le moyen d'écouler sur les marchés occidentaux des produits dont la vente est parfois difficile, et en tout cas mal organisée. La compensation devient un mode de pénétration commerciale ; elle peut jeter les premières bases de l'établissement d'un réseau de distribution. Les opérations de compensation peuvent aussi permettre éventuellement de surmonter obstacles tarifaires et contingentements.

Si les produits de compensation sont les produits-mêmes des installations ou de la technologie fournies ("buy-back), le procédé stimule l'exportateur à livrer de la bonne qualité.

Pour les pays occidentaux, le paiement en nature peut présenter un attrait certain si les produits de compensation sont recherchés (par exemple, le pétrole (1)). Dans la plupart des cas, cependant, la compensation est acceptée comme un mal nécessaire pour emporter un marché. Les produits offerts sont parfois de qualité médiocre, et difficiles à écouler, particulièrement lorsqu'ils relèvent d'un secteur économique où l'exportateur n'est pas introduit. Mais des firmes spécialisées ("sociétés de commerce" ou "trading houses") peuvent proposer ici leur intervention.

Les pouvoirs publics des pays exportateurs se montrent en général très réservés à l'égard des opérations de compensation. Les organismes d'assurance-crédit à l'exportation, notamment, refusent

(1) La compensation pétrolière sert parfois à obtenir de pays de l'OPEP des rabais déguisés sur les ventes de pétrole, sous la forme d'une majoration de prix du contrat principal.

en principe de couvrir des contrats dont le paiement n'est pas entièrement stipulé en devises (Il en résulte que nombre d'opérations de compensation se réalisent par le jeu de contrats séparés, comme on aura l'occasion de l'exposer ci-dessous). Mais dans certains pays, les pouvoirs publics cherchent néanmoins à aider leurs exportateurs à faire face au phénomène, comme en témoigne par exemple la création en France de l'Association pour la Compensation des Echanges Commerciaux (ACECO) (1).

Les opérations de compensation prennent diverses formes. Sous réserve d'hésitations terminologiques, assez fréquentes en pratique, il semble que les principaux procédés puissent être présentés de la manière suivante :

- 1) Troc ("barter"). Des marchandises sont échangées contre des marchandises.
- 2) Contrat de compensation (en sens étroit) ("compensation deal"). L'exportation est payée pour partie en devises, pour partie en nature, le tout étant stipulé dans un contrat unique.
- 3) Contre-achat ("counter-trade"). Une partie de la valeur de l'exportation est payée en nature, mais cette opération fait l'objet d'un contrat distinct, parallèle au contrat principal qui n'en laisse rien paraître et prévoit un paiement à 100 % en devises.
- 4) Buy-back. Il s'agit d'un contrat de compensation ou d'un contre-achat, où les marchandises de compensation sont les produits mêmes de l'équipement ou de la technologie exportés (2).

(1) L'A.C.E.C.O., créée en 1977 à l'initiative du Conseil National du Patronat Français avec l'encouragement du Gouvernement, réunit divers organismes privés afin de *"faciliter de façon ordonnée les courants d'exportation vers les pays faisant appel à l'usage de contreparties, habituellement appelées compensations, en mettant en rapport les industriels français qui sont tributaires de cette obligation, les sociétés commerciales et les importateurs spécialisés qui peuvent intervenir pour permettre la réalisation de ces opérations"*.

(2) Il existe également des opérations de "switch", qui réalisent des compensations triangulaires entre trois pays. Sur ces opérations, cf. notamment R.E. WEIGAND, *International Trade Without Money*, Harvard Business Review, nov.-déc. 1977, pp. 3-4 ; Crédit Suisse, Barter, Compensation and Cooperation, 1978, pp. 13-16. Dans l'état actuel de ses travaux, le groupe n'a pas étudié ces opérations.

Le développement de la compensation a donné lieu à une littérature relativement abondante, mais il s'agit en général d'études de nature descriptive et/ou économique. Une partie de cette documentation présente un caractère confidentiel. Les travaux de notre groupe n'ont pas manqué de puiser à ces indispensables sources d'information (1). Mais l'étude que nous présentons ici tente de mettre en évidence les aspects juridiques des contrats de compensation, jusqu'ici peu étudiés. Nos recherches ont été principalement alimentées par la discussion d'un grand nombre de documents contractuels fournis et commentés par les membres du groupe, sur base de leur expérience personnelle.

On examinera en premier lieu les contrats de contre-achats, de loin les plus fréquents ; leur analyse occupera l'essentiel de la chronique (I). Il sera ensuite question, beaucoup plus brièvement, des opérations de compensation par contrat unique (II), des contrats de "buy-back" (III) et des accords de troc (IV), avant de donner une série de conseils aux négociateurs des contrats (V).

I. Les opérations de contre-achats.

Parmi les opérations de compensation en sens large, les "contre-achats" ("counterpurchase"), occupent incontestablement une place prépondérante, bien qu'il soit difficile d'en chiffrer l'importance.

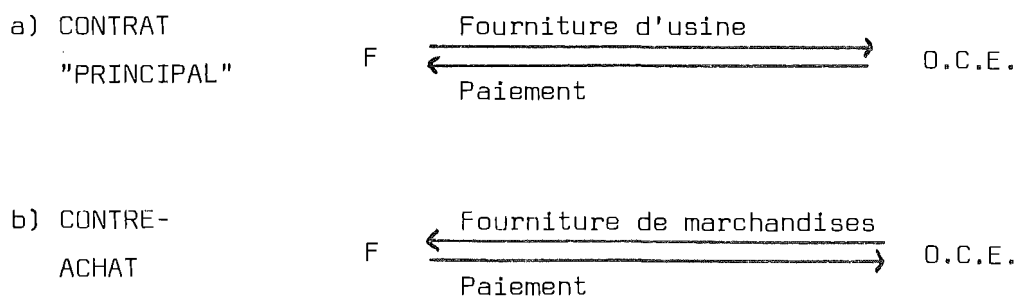
(1) Principales sources non confidentielles utilisées :

1. R.E. WEIGAND, International Trade Without Money, Harvard Business Review, nov.-déc. 1977, 6 pp.
2. Crédit Suisse, Barter, Compensation and Cooperation, 1978, 25 pp.
3. U.S. Department of Commerce, East-West Countertrade Practices, Washington, 1978, 71 pp.
4. Fabrimétal, Les affaires de compensation avec les pays de l'Est, Bruxelles, 1978, 47 pp.
5. E. LAUNEY, Coopérer, compenser avec les pays socialistes de l'Europe de l'Est, Paris, 1979, 205 pp.
6. R. MENER, La compensation avec les pays de l'Est, Bruxelles (mémoire ULB) , 1979, 107 pp.

Dans l'échantillon des contrats recueillis par le groupe, cette prédominance des contre-achats se reflétait aussi de manière évidente (26 contrats de contre-achats, contre 2 contrats de compensation, 3 contrats de buy-back et un accord de troc).

Précisons le schéma des opérations de contre-achat. Si les parties au contrat "principal" (p. ex. une fourniture d'usine) s'appellent F (le fournisseur) et O.C.E. (l'organisme du commerce extérieur du pays acheteur), F et O.C.E. conviennent, par un contrat distinct du contrat principal, que pour un certain pourcentage du montant du contrat principal, F achètera à O.C.E. des marchandises de compensation. Le schéma devient plus complexe, et c'est fréquent, lorsqu'il est prévu que les marchandises pourront provenir d'autres O.C.E. (1/3 O.C.E.), et/ou être achetées par une autre firme que F (1/3 A). Dans ce dernier cas, F conclut un accord avec 1/3 A, en vertu duquel 1/3 A s'engage envers F à exécuter les obligations de contre-achats de F envers O.C.E., en contrepartie d'une commission. Une autre convention se noue aussi entre 1/3 A et O.C.E. (ou 1/3 O.C.E.). Le contrat principal F - O.C.E. ne fait en principe aucune allusion à ces opérations parallèles ; il stipule le paiement en devises de la fourniture de F à O.C.E.

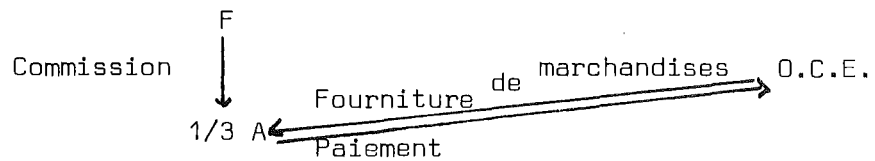
Schémas



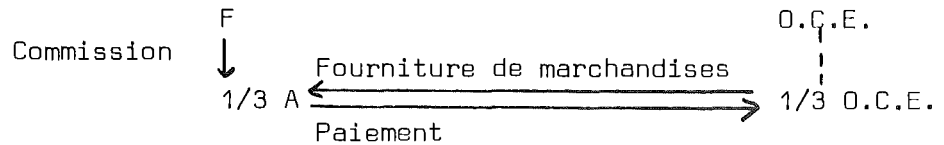
ou :



ou :



ou :



Plusieurs contrats et documents divers sont susceptibles d'apparaître à l'occasion des opérations de contre-achats. Les documents de base sont le contrat "principal", le contrat de contre-achat F - O.C.E., le contrat F - 1/3 A et le contrat 1/3 A - O.C.E. Le dossier du groupe comportait également des exemples de lettres par lesquelles F annonce à O.C.E. que les obligations de contre-achats seront exécutées par 1/3 A, ainsi que des lettres de garantie bancaire de deux types : les lettres de garantie bancaire éventuellement exigées de F par O.C.E. (garantissant l'obligation de contre-achats), et celles éventuellement exigées de F par 1/3 A (garantissant le paiement de la commission).

Ces contrats et documents vont faire l'objet d'un examen systématique. Il conviendra en outre de s'interroger sur les rapports entre O.C.E. et 1/3 O.C.E.

Pour tenter de regrouper les problèmes de manière rationnelle, on examinera d'abord les opérations de contre-achats en soi (essentiellement, les contrats F - O.C.E. et 1/3 A - O.C.E.), puis les aspects particuliers à l'intervention de tiers (1/3 A et 1/3 O.C.E.).

A - Les engagements de contre-achats.

Par un contrat distinct du contrat "principal", F (ou le 1/3 A qui s'est substitué à F) s'engage envers O.C.E. à acheter des produits de compensation pour un montant correspondant à un pourcentage du prix dû par O.C.E. en vertu du contrat "principal". Un exemple complet d'un tel contrat de contre-achat figure ci-dessous en annexe, aux pp....

Après un aperçu d'ensemble du contenu de ce contrat (1), nous examinerons de manière plus approfondie les principales questions qu'il suscite : les rapports avec le contrat principal (2), la détermination de son objet (3), le problème des restrictions territoriales éventuelles (4), la durée et le calendrier d'exécution (5), le compte d'évidence (6), la clause pénale (7), la lettre de garantie (8') et les sanctions de l'inexécution par O.C.E. de ses obligations (9).

1- Aperçu d'ensemble

Sous réserve d'inévitables variantes, dont certains seront évoquées ci-dessous, un contrat de contre-achat présente une structure très caractéristique, due à la présence habituelle d'une série de clauses.

Le contrat de contre-achat débute en général par une référence à la conclusion du contrat principal. Il est ensuite expliqué que

suite à ce dernier accord, F s'engage à acheter, à O.C.E. ou à des 1/3 O.C.E., des marchandises pour une valeur correspondant à un pourcentage du montant du contrat principal (1). Ces achats, est-il souvent stipulé, pourront se faire par l'intermédiaire de 1/3 acheteurs désignés par F.

La nature des marchandises à acquérir est parfois précisée, par exemple par une référence à une liste annexe. Le contrat peut prévoir que ces achats se feront à des conditions "compétitives", ou utiliser des formules analogues.

Un "compte d'évidence" est organisé, où les contre-achats sont enregistrés afin de vérifier le respect de l'obligation de F d'acheter les marchandises pour le pourcentage prévu du montant du contrat principal.

Une clause pénale sanctionne la défaillance éventuelle de F de réaliser les contre-achats. Le paiement de la pénalité est couvert par une garantie bancaire.

Le contrat de contre-achat peut encore comprendre des dispositions liant son entrée en vigueur à celle du contrat principal, ainsi qu'une clause d'arbitrage.

Le document est en général fort bref (de l'ordre de 2 ou 3 pages). Cette brièveté s'explique par le fait que le contrat de contre-achat est un contrat-cadre, en application duquel viendront se conclure

(1) Ce pourcentage dépend du caractère plus ou moins prioritaire de l'importation principale pour le pays de l'Est : cfr. E. LAUNEY, op. cit., p. 107. Dans certains secteurs (notamment les produits chimiques), les taux ont même pu atteindre 120 %.

les différentes opérations concrètes de contre-achat. Ce contrat-cadre comporte encore diverses indéterminations (il en sera question plus loin) (1).

2- Rapports avec le contrat principal

Economiquement, le contrat de contre-achat est évidemment lié au contrat principal. L'engagement de contre-achat figure parmi les conditions mises par O.C.E. à la conclusion du contrat principal, cet engagement permettant au pays importateur de pallier en partie son manque de devises.

Ces deux contrats sont-ils cependant liés sur le plan juridique ?

La question est importante. O.C.E. peut-il suspendre les paiements dus en vertu du contrat principal si F ou 1/3 A n'exécute pas ses obligations de contre-achats ? F peut-il suspendre ses fournitures si O.C.E. ou 1/3 O.C.E. ne livre pas les produits de compensation, ou si ceux-ci ne donnent pas satisfaction ? Réciproquement, l'exécution des contre-achats peut-elle être affectée par les défaillances de l'une ou l'autre des parties au contrat principal ?

Les réponses à ces questions se présenteraient sous un jour différent si l'engagement de contre-achat était inscrit dans le contrat-même qui régit la fourniture principale. On évoquera cette situation infra, à propos des contrats de compensation au sens étroit (pp.44-46).

(1) Exceptionnellement, nous avons rencontré un contrat de contre-achat extrêmement détaillé (11 pages), où chaque clause faisait l'objet de développements minutieux. Cette situation résultait du fait que ce contrat était partiellement un contrat de buy-back (cfr. infra, pp. 46-47).

Mais ici, le contrat de contre-achat est distinct du contrat principal. Cette dissociation est voulue ; elle répond surtout au souci de rencontrer les exigences des organismes occidentaux d'assurance-crédit à l'exportation, qui refusent de couvrir des opérations dont le prix n'est pas entièrement payable en devises (1) (2). Il semble donc bien que la volonté des parties soit de dissocier les sorts respectifs des deux contrats, ou tout au moins de rendre le contrat principal indépendant du contrat de contre-achat (mais la réciproque est-elle vraie?)

Un examen plus attentif des instruments contractuels permet-il d'éclairer davantage ces importantes questions ?

a) Le contrat principal ne fait en général aucune allusion à l'existence de l'engagement de contre-achat (3). Telle est du moins l'expérience des membres du groupe, vérifiée dans la plupart des couples contrat principal - contrat de contre-achat qui ont été soumis à la discussion. Dans cette hypothèse, il semble bien que l'exécution du contrat principal n'est pas affectée par les avatars éventuels du contrat de contre-achat. F devra fournir les prestations promises même si O.C.E. ou 1/3 O.C.E. ne livre pas correctement les produits de compensation, et O.C.E. devra payer le prix convenu même si F ou 1/3 A n'exécute pas correctement les engagements de contre-achats. Le contrat de contre-achat possède ses propres sanctions, mais sa mauvaise exécution n'affecte pas le contrat principal, qui connaît une existence autonome (4).

(1) A propos de l'attitude de la COFACE, cfr. E. LAUNEY, op. cit., p. 110.

(2) Un autre intérêt de la dissociation est de permettre le transfert à un 1/3 A des obligations de contre-achat en conservant la plus grande discrétion sur le contenu du contrat principal.

(3) Rappelons que l'on examine ici les situations où l'engagement de contre-achat fait l'objet d'un contrat distinct.

(4) Sous réserve du cas de la compensation (au sens des articles 1289 et suivant du Code civil français), évoqué infra, pp. 15-17.

Le groupe a cependant rencontré deux exemples d'opérations de contre-achats où le contrat principal se terminait par la formule suivante :

- "The present order includes also the following appendices which are integrant part of the order :

- Appendix nr I - The frame contract nr ...*
- Appendix nr II - Bank guarantee letter for the eventual payment of penalties for the non-fulfillement of the compensation obligations."*

Le "frame contract" reproduit en annexe était le contrat de contre-achat. Une telle allusion à ce dernier contrat, qualifié de "partie intégrante" de la commande, nous paraît lier les deux opérations sur le plan juridique, au point de permettre à chacune des parties d'invoquer l'exception d'inexécution, dans le contrat principal en cas de défaillance de l'autre dans l'exécution du contre-achat. Il est douteux que des mentions de ce type inscrites dans le contrat principal rencontrent un accueil favorable auprès des organismes d'assurance-crédit à l'exportation.

Enfin, nous attirons déjà l'attention sur l'effet que pourrait avoir sur le contrat principal la clause évoquée infra, p.15 au point c.

b) Le contrat de contre-achat, quant à lui, fait toujours allusion au contrat principal, mais sous des formes diverses dont la portée n'est pas toujours facile à apprécier.

Dans tous les cas, le contrat de contre-achat débute par une référence au contrat principal (titre, préambule, article 1er). En voici un exemple typique :

- "Article 1er. A la suite du contrat n° 009/78 conclu pour la livraison des équipements et prestations destinés à l'usine d'Aluminium à ... , l'Acheteur s'engage envers le Vendeur à lui acheter des produits et/ou services de la gamme de fabrication et des activités du Vendeur, de ses usines, mines, organisations d'engineering et instituts."

Souvent aussi, le contrat de contre-achat porte un numéro d'ordre voisin de celui du contrat principal (par exemple, respectivement n°^s 146.225 et 146.225A).

Une autre allusion fréquente est celle qui fixe le montant des compensations à effectuer par rapport au montant du contrat principal :

- "La valeur des marchandises à acquérir constitue ... % de la valeur indiquée au point I ci-dessus (à savoir le montant du contrat principal), c'est-à-dire ... "

Le contrat de contre-achat emprunte parfois des clauses au contrat principal :

- "Toutes les dispositions de l'accord de coopération conclu entre F et OCE le 20 octobre 1968 s'appliquent au § 2 de cet avenant (ce § 2 énonce l'obligation d'acheter des produits de compensation)".

- "En cas de différend, la clause d'arbitrage du Contrat n° 2383075 du 14 juillet 1973 entre F ... en tant que Vendeur et OCE en tant qu'acheteur du même contrat sera aussi valable pour autant qu'elle soit applicable".

Des liaisons sont fréquemment exprimées avec la conclusion, l'entrée en vigueur ou même la résiliation du contrat principal :

- "Il est entendu que le présent contrat est nul et sans effet en cas de non conclusion du Contrat n° entre F et l'Entreprise d'Etat OCE et qu'il sera résilié de plein droit en cas de résiliation dudit contrat".

- "Ce contrat cadre entre en vigueur en même temps que l'entrée en vigueur (du contrat n°)".

Enfin, le contrat de contre-achat s'intitule parfois "annexe", "avenant", ou "addendum" au contrat principal , lorsqu'il

ne va pas jusqu'à se qualifier de "partie intégrante" de celui-ci (1).

Quelle peut être la portée de ces diverses références ? Le contrat de contre-achat tire évidemment son origine et sa justification économique de l'existence du contrat principal. Mais la question est de savoir si les allusions ainsi faites au contrat principal se bornent à refléter cette liaison économique, ou s'il s'agit de créer un certain lien de dépendance juridique.

Il semble bien qu'à la conclusion, tout au moins, le contrat de contre-achat soit lié au contrat principal. C'est ce qu'expriment explicitement les clauses de référence à la conclusion ou à l'entrée en vigueur du contrat principal, et peut-être aussi implicitement, celles qui rappellent que l'engagement de contre-achat fait suite à la réalisation de l'accord principal, ou qui fixent le montant du premier par rapport à celui de l'autre, ainsi que les concordances de numéros d'ordre ou le recours à des termes tels que "annexe", "avenant" ou addendum". La négociation de l'accord de compensation est parallèle à celle du contrat principal. La conclusion de l'engagement de contre-achat n'a pas de sens, c'est-à-dire ne peut correspondre à la volonté des parties, si la négociation principale échoue. Même en l'absence de clause explicite, on doit considérer que le contrat de contre-achat est soumis à la condition suspensive de la conclusion, ou de l'entrée en vigueur, du contrat principal.

Mais lorsque les deux contrats sont conclus, leur dépendance se prolonge-t-elle ? La question a été déjà examinée plus haut, en ce qui concerne le sort du contrat principal en cas d'inexécution des contre-achats. On se demande à présent si le contrat de contre-achat peut être affecté par les vicissitudes de l'exécution du contrat principal.

(1) Une formule analogue a été rencontrée dans quelques contrats principaux (cf. supra, p.11).

Une réponse affirmative explicite est donnée pour le cas de résiliation du contrat principal, par la clause citée plus haut. Mais cette clause laisse dans l'ombre les cas où l'exécution du contrat principal donne simplement lieu à des difficultés ne débouchant pas sur une résiliation. Et dans la plupart des cas, les contrats de contre-achats ne contiennent rien de pareil, sauf à interpréter la clause faisant du contrat de contre-achat une "partie intégrante" du contrat principal comme nous l'avions fait réciproquement plus haut à propos de l'emploi de cette expression dans le contrat principal lui-même.

En l'absence de toute clause expresse, il paraît bien difficile de décider du sort du contrat de contre-achat en cas d'inexécution du contrat principal. La rédaction de deux contrats distincts a pour objectif d'assurer l'indépendance du contrat principal, mais la réciproque est-elle vraie ? Peut-on à cet égard se référer aux volontés des parties ? Celles-ci ne sont pas toujours concordantes, et selon les circonstances, elles peuvent être orientées différemment. L'OCE souhaitera sans doute réaliser la contrevente en toutes circonstances, encore que le besoin de devises puisse diminuer ou disparaître compte tenu des avatars du contrat principal. F sera par contre peu désireux d'exécuter le contre-achat si le contrat principal est perturbé ou résilié. Mais la situation peut être très différente dans le chef d'un 1/3 A qui s'est obligé à exécuter les engagements de F, ainsi que dans le cas où les produits de contre-achat présentent un intérêt particulier (par ex. le pétrole).

Compte tenu de ces incertitudes, il est conseillé de préciser par une clause expresse quel sera le sort du contrat de contre-achat en cas de perturbations frappant l'exécution du contrat principal.

c) Un contrat de contre-achat examiné par le groupe comportait une clause susceptible de répercuter sur l'exécution du contrat principal

l'inexécution des engagements de compensation :

- *"Au cas où la Maison F ne remplirait pas son obligation de remettre la lettre de garantie bancaire mentionnée au Chapitre II et/ou ne remplirait pas entièrement ou partiellement ses obligations de prendre les marchandises contractées en compensation, OCE pourrait retenir de n'importe quel paiement dû par OCE à la Maison F un montant égal à la pénalité, ou à la valeur de l'obligation à réaliser".*

Cette clause permet à OCE de compenser sur ses propres dettes envers F, parmi lesquelles on comprendra évidemment en premier lieu le prix du contrat principal, ses créances résultant de la mauvaise exécution par F du contrat de contre-achat. Par cette voie, l'inexécution du contre-achat affecte donc l'exécution du contrat principal.

Le mécanisme se rattache à l'institution juridique de la "compensation", régie en France par les articles 1289 et suivants du Code civil, qui ne se confond pas avec la "compensation" dont la présente chronique examine les diverses formes. Les contrats de compensation concernent des opérations où des fournitures sont en tout ou en partie payées en marchandises, ou donnent lieu à des contrats parallèles de fournitures en sens inverse. La compensation du Code civil est un mécanisme par lequel, sous certaines conditions, deux dettes existant réciproquement entre deux parties s'éteignent l'une et l'autre à concurrence de la moins élevée. Les deux notions sont bien distinctes. Mais on constate ici que la compensation civiliste peut parfois se produire à l'occasion de l'exécution des contrats de compensation.

Cette question mérite quelques commentaires, compte tenu de son incidence sur les liens entre les deux contrats.

En droit français, la compensation légale, qui se produit de manière automatique, suppose la réunion de plusieurs conditions (1).

(1) Sur les conditions de la compensation légale en droit français, cf. par exemple A. WEILL, Les Obligations, 1ère éd., n° 1040-1052.

Il faut en premier lieu que les dettes réciproques résultent de liens de droit différents ; il n'y a évidemment pas de compensation entre les obligations respectives des parties au sein d'un même contrat synallagmatique, ce qui priverait le contrat de toute son utilité. Il faut que les dettes soient fongibles, c'est-à-dire que leurs objets soient interchangeable. Le cas typique est celui de dettes d'argent. La compensation ne pourrait donc jouer entre l'obligation de livrer une usine et celle de fournir du pétrole en contre-achat ; mais elle est concevable, les autres conditions étant réunies, entre les obligations réciproques d'effectuer les paiements en argent relatifs à chacun de ces deux contrats.

La compensation légale du droit français suppose encore que les dettes soient liquides, c'est-à-dire déterminées dans leur quotité, et certaines, c'est-à-dire ni conditionnelles ni litigieuses. Elle pourrait donc jouer à propos des prix établis et non contestés des fournitures réciproques, mais non à propos d'indemnités réclamées par les parties, tant que ces indemnités ne deviennent pas liquides et certaines. Ce pourrait être le cas à la suite d'un arbitrage ou d'une décision judiciaire, ou également, semble-t-il bien, lorsque l'indemnité est fixée par une clause pénale et que le manquement, et donc l'application de la clause pénale, ne sont pas contestés.

Dans ces conditions, même sans clause particulière, la compensation légale pourrait jouer entre les obligations de sommes nées respectivement du contrat principal et du contrat de contre-achat, si le droit français est applicable. Ce mécanisme de droit commun établit donc un certain lien entre les deux contrats, au niveau de règlement des dettes d'argent qui en découlent. Si telle n'est pas l'intention des parties, il y aurait lieu de l'écarter par une clause expresse, stipulant par exemple que les pénalités éventuellement dues par F sur base du contrat de contre-achat peuvent donner lieu au recours à la garantie

bancaire, mais non à une quelconque compensation avec les sommes dues par OCE en vertu du contrat principal.

En sens inverse, les parties peuvent également stipuler de manière à faire jouer la compensation en dehors des conditions légales, par exemple à propos de dettes qui ne seraient pas nécessairement liquides ou certaines. Telle pourrait être partiellement la portée de la clause citée ci-dessus, si l'on admet qu'elle permet à OCE de compenser en cas d'inexécution sans attendre la fixation bilatérale, arbitrale ou judiciaire du montant du manquement reproché à F.

Les autres systèmes juridiques connaissent en général le mécanisme de la compensation, mais il conviendra d'en vérifier les conditions d'applications cas par cas (1).

d) Un lien entre le contrat principal et le contrat de contre-achat est parfois exprimé par un troisième document, un "protocole" distinct qui coiffe les deux contrats. En voici un exemple :

"Agreement order n° 30-278/7.5091. Both sides agree that the Order n° 30-278/7.5091 dated 20.07.1977 will be considered as binding for OCE after receipt of Compensation Form signed by F at latest until 31.08.1977. The export-import compensation is agreed on 20 % of the total net value i.e. ... , -for purchase of goods out of OCE and 1/3 OCE.

The proposal of compensation has been handed on 20.07.1977 to the representative of F and signed by OCE "

Ce protocole présente une utilité particulière si la signature des deux contrats n'est pas simultanée. Par ailleurs, bien

(1) Une note de M. Paul Ellington, publiée ailleurs dans cette Revue, étudie le problème du "set-off" en droit anglais (Dr. Prat. Comm. Int., ... , pp. ...). En droit allemand ("Aufrechnung"), cf. notamment J. ESSER, Schuldrecht, 4e éd., 1970, pp. 164-176. En droit italien (compensazione), cfr. notamment A. TORRENTE, G. PESCATORE et C. RUPERTO, Codice Civile annotato, 6ème éd., 1973, pp. 1168-1177.

que le groupe n'en ait pas rencontré d'illustration, ce pourrait être l'instrument où seraient explicités les effets éventuels de l'inexécution du contrat principal sur le contre-achat.

3- Détermination de l'objet

Les contrats de contre-achats sont le plus souvent des contrats-cadres, relatifs à des opérations à venir. De nombreuses caractéristiques de ces futures opérations (nature des produits, prix, qualité, etc. ...) ne sont guère déterminées à ce stade. Selon le droit applicable au contrat, cette indétermination relative ne peut-elle pas mettre en cause la validité des engagements pris ?

Voici un exemple de clause relative aux futurs contre-achats :

"F s'engage à acheter pour une valeur minimum de ... du contrat mentionné ci-dessus, c'est-à-dire FF ... , -en bien industriels et produits divers polonais, selon la répartition ci-dessous :
- ca ... % minimum dans le programme de OCE ;
- ca ... % auprès d'autres organismes de commerce extérieur polonais.
La partie polonaise s'engage à fournir les produits concernés dans les conditions de prix, délais et qualité compatibles avec la concurrence internationale".

La nature des produits de compensation n'est pas encore déterminée avec précision. Il s'agira de les choisir parmi les biens vendus par O.C.E., voire même, pour un certain pourcentage, parmi les biens vendus par d'autres OCE, ce qui accroît considérablement l'indétermination. D'autres contrats spécifient la ou les branches où les produits doivent être achetés, ou se réfèrent aux marchandises faisant l'objet d'un futur accord entre F et OCE. Parfois, une liste de produits est annexée au contrat de contre-achat.

L'indétermination provisoire de la nature des produits

empêche évidemment toute spécification précise de leur prix et de leur qualité. La clause citée ci-dessus se réfère à cet égard à la concurrence internationale. D'autres clauses examinées par le groupe font allusion à des "conditions compétitives", aux "conditions du marché mondial, en ce qui concerne le prix, le délai de livraison, la qualité, l'emballage", à la "qualité habituelle exportation" et aux "prix internationaux compétitifs", à des "Romanian made products under reasonable price, quality and delivery conditions".

Certaines clauses sont plus élaborées :

"Les offres du Vendeur bénéficieront de commandes de la part de l'Acheteur pour autant qu'elles satisfassent aux conditions suivantes :

- Prix compétitifs sur le marché mondial, pour le type de biens d'équipement, produits et services considérés.*
- Prix fermes et non révisables pour un délai de 12 mois. Au-delà de ce délai, le Vendeur et l'Acheteur se mettront d'accord cas par cas.*
- Possibilité de financement éventuelles.*
- Délais acceptables et compatibles avec les engagements de l'Acheteur et/ou des acheteurs contactés par l'Acheteur.*
- Qualité et normes habituelles.*
- Performances techniques répondant aux spécifications de l'Acheteur et/ou des acheteurs contactés par l'Acheteur.*
- Garanties habituelles, sur le marché mondial, pour le type de biens d'équipement, de produits et de services considérés. Garanties fonctionnelles, garanties de qualité, garanties bancaires de bonne exécution des contrats, etc. ...*

Dans le but de renseigner le Vendeur sur les conditions de délai et de prix compétitifs pour un produit donné, l'Acheteur se déclare d'accord pour présenter au Vendeur, sur sa demande, les informations détaillées accompagnées de la documentation technique et commerciale justifiant le prix qui doit être atteint, et le délai à respecter". (1)

(1) Le groupe a par ailleurs rencontré une clause faisant une référence intéressante au prix des propres fabrications de F :

"Le prix de vente franco de chaque produit sera égal au produit du prix de revient d'un produit fabriqué par F par ... Chaque année, au mois de ... , F communiquera à OCE le prix de revient d'un produit fabriqué par F, ce qui permettra de fixer le prix facturable par OCE au cours de l'année suivante".

Malgré les nombreuses précisions qu'elle contient, cette clause conserve cependant - et c'est peut-être inévitable dans un contrat-cadre - une importante marge d'indétermination ("*prix compétitifs sur le marché mondial*", "*qualité et normes habituelles*", "*garanties habituelles*", etc...).

Cette particularité des contrats de contre-achat a ranimé auprès des membres français du groupe les controverses suscitées par la jurisprudence de la Cour de cassation française à propos de la détermination du prix dans les contrats d'approvisionnement (1). Il semble que d'autres systèmes juridiques se montrent moins exigeants que le droit français concernant ce problème. A la suite de nos débats, deux nouvelles études ont été récemment consacrées à la question dans la chronique de jurisprudence du Professeur Mercadal (2). Qu'il soit permis d'y renvoyer, en insistant sur l'importance d'apprécier le risque que peut comporter pour la validité du contrat de contre-achat, dans certains droits, la relative indétermination de l'objet des futurs achats.

4 - Restrictions territoriales

Dans certains cas, de l'expérience des membres du groupe, le contrat de contre-achat restreint les droits de F (ou de 1/3 A) de revendre les produits de compensation dans certains pays, où O.C.E. en a déjà organisé la distribution (par exemple en y concédant déjà des droits exclusifs).

(1) Cfr. B. MERCADAL, La détermination du prix dans les contrats, Dr. Prat. Comm. Int., 1979, pp. 443-448.

(2) H. PAULUS-DE RODE, La détermination du prix dans les contrats en droit belge, Dr. Prat. Comm. Int., 1980, pp. 89-94 ; M. STRAUCH et C.W. NEUMANN, La détermination du prix et des autres prestations en droit allemand des contrats, Dr. Prat. Comm. Int., 1980, pp. 133-147.

Aucune clause de ce genre ne figurait cependant dans notre échantillon.

Dans le silence du contrat, néanmoins, l'existence de tels obstacles à la revente des contre-achats dans certains pays peut surprendre F, et le conseil peut être donné de stipuler dans le contrat que les produits de compensation pourront être librement écoulés partout dans le monde. C'est, semble-t-il, l'objet de la clause suivante, bien qu'elle soit rédigée de manière très peu explicite :

- *"Les engagements de F en matière d'achats, au titre du présent contrat, ... sont valables pour la France et les pays tiers ..."*

5 - Durée, calendrier d'exécution

Les contrats de contre-achat précisent habituellement le délai dans lequel F (ou 1/3 A) doit exécuter ses obligations :

- *"Les achats seront faits jusqu'au 30.12.1981."*

- *"L'exécution de ces affaires de compensation conformément à 3. b) s'effectuera dans le courant de ... années après l'entrée en vigueur de l'accord n° ..."*

Parfois, un calendrier plus précis est stipulé quant au déroulement des achats :

- *"Les engagements de F en matière d'achats, au titre du présent contrat, s'étendront sur une durée de trois (3) ans à compter de la date d'entrée en vigueur du présent contrat, telle que définie à l'Article 7 ci-après, ..."*

L'exécution des engagements de F en matière d'achats se fera sur les bases suivantes :

<u>Année</u>	<u>Montant</u>
1978	20 % -
1979	40 % -
1980	40 % - "

- "L'engagement d'achat de F et l'engagement de vente de O.C.E. seront étalés à raison d'environ 1000 produits par an sur la période de cinq ans définie paragraphe 1.

Au cas où compte tenu des besoins du marché F commandait plus ou moins que 1000 produits pour une année déterminée, la différence serait considérée comme une avance ou un retard sur l'obligation d'achat de F pour l'année suivante."

- "Les obligations d'achat par années de machines et équipements remplies comme suit : au plus tard :

<u>Année</u>	<u>Valeur</u>
1979	835.000 FF.
1980	835.000 FF.
1981	835.000 FF.
1982	835.000 FF.
1983	835.000 FF.

Ces chiffres ne peuvent être modifiés que d'un commun accord, le montant total, prévu ci-dessus, restant inchangé dans tous les cas.

En cas d'un tel accord, la caution bancaire et les pénalités prévues dans le présent contrat seront respectivement modifiées pour chaque année concernée."

La durée et le calendrier doivent évidemment être fixés en considération du temps que F jugera nécessaire pour trouver le moyen d'écouler les produits de compensation. Une durée trop courte expose F au risque soit de devoir stocker les produits de compensation en attendant de leur trouver acquéreur, soit de ne pas acheter une partie de ces produits et d'être redevable du paiement de la clause pénale.

6- Compte d'évidence

F s'engage à acheter, ou à faire acheter, des marchandises pour un certain montant, ou pour un certain pourcentage du montant du contrat principal. Cette obligation se réalisera normalement par une série

d'opérations successives. Il importe que chacune de ces opérations fasse référence à l'exécution de l'obligation de contre-achat, et soit comptabilisée en tant que telle. C'est l'objet des clauses des contrats de contre-achats qui organisent les modalités de la tenue de "comptes d'évidence". En voici quelques exemples.

- *"Toutes les commandes intervenant dans l'optique des obligations d'achats réciproques doivent contenir une note spéciale à cet effet et se référer au contrat auquel elles se rapportent, c'est-à-dire : "cette commande intervient dans le cadre des obligations d'achat réciproque" résultant du contrat n° ..."*

- *"Les parties conviennent que dans le cadre de la valeur mentionnée au chapitre I, art. 3) ci-dessus, seront décomptés seulement les contrats qui porteront la clause "en opération liée avec la Centrale effectuant les achats, contrat n° ..."*

Les contrats dépourvus de cette mention, quelle que soit leur valeur, leur objet ou leur nature, ne seront pas pris en considération.

La maison F et la Centrale effectuant les achats auront à tenir une évidence des opérations convenues en base du présent contrat-cadre. Les parties confronteront ces évidences tous les ... mois."

- *"1. The parties agreed that the value mentioned under chapter I point 3 hereabove shall be covered by purchase contracts bearing the clause "operation connected with O.C.E. contract 11310/953823."*

"2. The contract missing the above clause, irrespective of its value, object or nature, shall not be taken into account."

"3. Messrs. F and O.C.E. shall keep an evidence of the operation agreed upon on basis of this contrat. The parties shall confront their evidences before December 1980."

Si F fait exécuter ses obligations par 1/3 A, il importe que l'attention de 1/3 A soit attirée sur l'importance de fournir la référence demandée à l'occasion de chaque opération.

7- Clause pénale

L'engagement de F d'acheter des produits de compensation est souvent sanctionné par une clause pénale, dont le paiement doit être couvert par une lettre de garantie. Le taux habituel paraît être de 10 %, mais il est parfois inférieur (5 %), parfois supérieur (15 %). Le groupe a relevé à deux reprises le cas exceptionnel d'un taux de 100 %. Ces taux sont évidemment négociés.

Voici un exemple de clause pénale :

"Si la maison F ne remplit pas ses obligations ou si elle ne les remplit que partiellement, elle payera à la Centrale effectuant les achats une pénalité de ... % calculée sur la valeur partielle non réalisée".

Le principal problème juridique suscité par ces clauses pénales consiste à savoir si leur paiement revêt ou non un caractère libératoire. En d'autres termes, suffit-il de payer la clause pénale pour être libéré de l'engagement de contre-achat ? De l'expérience du groupe, il semble que certaines firmes n'envisagent jamais d'exécuter les contre-achats, mais seulement de payer la clause pénale, qui équivaut finalement à un rabais consenti sur le prix du contrat principal (à moins que ce prix n'ait été majoré à due concurrence !) (1).

Mais ce caractère libératoire du paiement de la clause pénale ne va pas de soi, comme en témoigne l'exemple suivant :

"If the above is entirely or partially not fulfilled within the agreed period, F will pay, on the first demand of OCE, a penalty of 5 % calculated on the value of unfulfilled portion, without being released from the counter purchase obligation to be fulfilled within an additional time period fixed by OCE".

(1) Corrélativement, il semble que certains OCE n'aient guère l'intention de faciliter la livraison des produits de compensation et espèrent surtout percevoir le montant de la clause pénale.

Paraît au contraire libératoire la clause pénale libellée comme suit :

- "Au cas où 1/3 A n'accomplirait pas les engagements d'achats souscrits au présent contrat selon le paragraphe 1, il serait tenu de payer à OCE, à l'expiration de la durée du contrat, une pénalité de ... % sur la différence entre les dits engagements et leur réalisation".

Très souvent, cependant, la rédaction de la clause ne se prononce pas sur le caractère libératoire ou non du paiement de la clause pénale, ce qui peut susciter un grave problème d'interprétation. Le droit applicable au contrat peut ici fournir une solution. Il est des systèmes juridiques où le créancier ne peut réclamer à la fois le principal et la peine(1).

Dans d'autres contrats de contre-achat, aucune clause pénale n'est prévue. La responsabilité éventuelle de F en cas d'inexécution de ses obligations est alors régie par le droit commun, compte tenu de la loi du contrat.

8- Lettre de garantie

Le paiement de la clause pénale fait habituellement l'objet d'une lettre de garantie bancaire :

- "Comme garantie du paiement de la pénalité, la maison F remettra en faveur de la Centrale effectuant les achats une lettre de garantie (conformément au modèle ci-joint), émise par une banque correspondante à la Banque d'Etat de Commerce Extérieur".

La remise de cette lettre de garantie est parfois mise comme condition à l'entrée en vigueur du contrat principal :

(1) Sur la clause pénale en droit comparé, cf. notamment P. BENJAMIN, *Penalties, Liquidated Damages and Penal Clause in Commercial Contracts : A Comparative Study of English and Continental Law*, 9 *Int. and Comp.L.Q.* (1960), pp. 600-627 ; J. THILMANY, *Fonction et révisibilité des clauses pénales en droit comparé*, *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1980, pp. 17-54.

"La remise de la part de la maison F de la lettre de garantie bancaire ci-dessus, conditionne l'émission par la Centrale effectuant les achats de la confirmation de l'entrée en vigueur du contrat n° ...".

Parfois, il est simplement exigé qu'elle soit fournie dans un certain délai :

"Un mois après l'entrée en vigueur du présent contrat et au plus tard à la date du paiement par OCE à F de l'acompte selon l'art. 3.01 du Contrat n° 2383075 du ..., F remettra à OCE une caution bancaire émise par une banque de premier ordre, correspondant de la Banque Bulgare de Commerce Extérieur, en conformité avec le texte de l'Annexe n°1 au présent Contrat. Le montant de cette caution bancaire sera de ...".

La lettre de garantie doit normalement couvrir le montant des pénalités conventionnelles. Comme ce montant diminue au fur et à mesure de l'exécution des contre-achats, il est parfois stipulé que la garantie bancaire suivra la même évolution :

"En couverture des pénalités, F dépose à la mise en vigueur de l'accord une garantie bancaire auprès d'une banque de premier ordre. Cette garantie diminue en liaison avec le montant portant sur les sommes en compte".

Pour le surplus, le type de lettre de garantie ne fait guère l'objet de précision dans les contrats de contre-achats, bien qu'un modèle soit souvent fourni à F. Les lettres soumises à l'examen du groupe offraient en règle générale des garanties à première demande, comme en témoigne l'exemple suivant :

"Conformément aux instructions de F nous donnons la garantie suivante en faveur de OCE . Nous , Banque X, sommes informés qu'entre la Société F, en tant que Vendeur et OCE, en tant qu'Acheteur, est signé le Contrat n° 2383075 pour la fourniture de Par le Contrat n° 2380375 la Société F s'engage à remettre à OCE , un mois après l'entrée en vigueur du contrat, une caution bancaire au montant de ..., garantissant OCE au cas que F ou une autre Société autorisée par F n'achèterait ou ne paierait pas les produits achetés des sociétés ... d'exportation, la valeur par année de ces produits étant fixée par le Contrat n° 2383075A, comme suit :

<u>Année:</u>	<u>Valeur:</u>
1979	
1980	
1981	
1982	
1983	

En exécution des obligations précitées de F, nous, Banque X, nous engageons à payer irrévocablement, inconditionnellement et sans réserve et indépendamment des objections et des protestations de F ou de tiers à la première demande de votre part, en transférant les montants demandés par vous à votre compte auprès de la Banque ... de Commerce Extérieur, jusqu'à un montant maximum de ... répartis par années, comme suit :

<u>Année:</u>	<u>Valeur:</u>
1979	
1980	
1981	
1982	
1983	

Pour le paiement de sommes conformément à la présente caution bancaire, vous devrez nous envoyer une lettre recommandée expliquant le montant de l'obligation qui n'est pas exécutée par F et la manière de calcul des pénalités dues par F.

La présente caution bancaire entre en vigueur à la date de son émission et est réduite au prorata de l'exécution des obligations mentionnées ci-dessus, ou avec le paiement des pénalités effectué en votre faveur et devient nulle et non avenue après exécution des obligations de la part de F. Elle devra nous être retournée si vous n'avez pas présenté une demande de paiement de pénalités jusqu'à cette date".

9- Sanctions de l'inexécution par O.C.E. de ses obligations.

L'obligation d'acheter des produits de compensation imposée à F est donc habituellement sanctionnée par une clause pénale assortie d'une lettre de garantie. De l'expérience des membres du groupe, il est fréquent que des difficultés naissent du fait que DCE ne rend pas disponibles les produits en cause (ou que le gouvernement d'OCE n'octroie pas les licences d'exportation nécessaires). En de tels cas, il convient d'éviter que la pénalité ne devienne applicable ; il est même souhaitable de stipuler une sanction à charge de OCE, ou tout au moins une réduction correspondante des engagements de F (ou de 1/3 A). C'est l'objet des clauses suivantes :

- "Dans le cas où OCE ne serait pas à même de fournir tout ou partie des produits ou matériels ayant fait l'objet d'une commande de la part de 1/3 A et que OCE ne respecterait pas les délais demandés par 1/3 A, pour autant que les produits ou matériels demandés fassent évidemment partie de sa production normale pour l'exportation, le montant de l'achat qui aurait pu être fait par 1/3 A et/ou ses autorisés, serait déduit du montant de ses obligations".

- "Au cas où OCE ne s'estimerait pas en mesure, pour des raisons de prix ou de délai, d'honorer des commandes de F et refuserait une commande dans les conditions prévues au paragraphe 4, le nombre de produits que comportait la commande sera retenu pour apprécier l'exécution de l'engagement d'achat de F et s'ajoutera au nombre de produits effectivement achetés par F sans que OCE puisse prétendre à aucune indemnité".

- "Toute commande passée par F et confirmée par OCE est obligatoire. Dans le cas où cette commande confirmée par OCE ne pourrait être exécutée, en tout ou en partie, pour une raison imputable à OCE, elle sera considérée comme exécutée, pour son montant total au niveau des obligations de volume d'achats de F.

Toute commande passée par F portant sur des produits polonais achetés à des entreprises de commerce extérieur autres que OCE et non exécutée, en tout ou en partie pour une raison imputable à ces entreprises, sera considérée comme exécutée, pour son montant total, au niveau des obligations de volume d'achats de F".

- "En cas d'inexécution du fait de la seule responsabilité de OCE d'une ou plusieurs clauses essentielles (conformité au cahier des charges, délais) définissant une commande, celle-ci pourra être résiliée un mois et demi après la date contractuelle de livraison. Cette résiliation devra être signifiée avec un préavis de 15 jours. Dans le cas où à l'issue de ce préavis, la commande n'aurait pas été exécutée, son montant restera inscrit au titre de la compensation pour la partie non exécutée et non exécutable en conformité de ses conditions essentielles et sans que ce montant puisse dépasser celui correspondant aux 5 premiers mois du programme non exécuté ou non exécutable".

La clause reproduite ci-après s'avère beaucoup moins favorable à F, car les obligations non exécutées pour des raisons imputables à O.C.E. sont d'abord simplement reportées ; par ailleurs la clause comporte de nombreuses imprécisions, susceptibles de provoquer des litiges ("prix non compétitifs", "longs délais", "les années suivantes") :

- "Au cas où F ne pourrait pas remplir ses obligations dans un délai d'un an pour des raisons imputables à OCE, comme par exemple non remise des offres demandées, des prix non compétitifs et de longs délais de livraison, le montant des achats correspondants non réalisés dans l'année considérée pour des raisons ci-dessus mentionnées, sera réparti sur les années suivantes. Si ce cas se répète au cours des années suivantes, OCE libèrera F de ses engagements contractuels relatifs à cette portion".

Dans un autre contrat, le régime mis en place est également peu propice aux intérêts de F. Si le report des obligations non exécutées est limité dans le temps, on soulignera les conditions mises à la constatation du manquement des OCE (le recours à l'arbitrage, cependant, suspend le paiement des pénalités à charge de F) :

- "Si les Sociétés bulgares d'exportation mentionnées ne peuvent pas fournir comme prévu à l'art. 2 ci-dessus à F les machines et équipements conformément aux conditions du présent contrat, les parties se mettront d'accord sur la possibilité de transférer, en conformité avec la situation du marché, l'achat de ces machines et équipements à l'année ou aux années suivantes jusqu'à la dernière année prévue pour achat. Au cours de l'année ou des années où F ne remplirait pas ses obligations d'achat à cause des raisons visées dans le présent article, F serait libéré de ses obligations de payer des pénalités pour l'année ou les années respectives. Les Sociétés bulgares d'exportation doivent confirmer par écrit à F qu'elles n'ont pas rempli leurs obligations comme défini au présent article ou F doit présenter à OCE une décision arbitrale confirmant la faute des Sociétés bulgares d'exportation en conformité avec le présent article. Le paiement des pénalités est suspendu dans l'attente de la décision arbitrale".

Il convient en tout cas de se défier des clauses par lesquelles les engagements de F ne sont pas considérés comme exécutés dès la commande, mais à un moment ultérieur laissant place, dans l'entre-temps, à des perturbations imputables à OCE. Voici deux exemples de telles clauses à déconseiller :

- "L'achat de F est entendu comme accompli au moment de la livraison des marchandises".

- "On considérera que F a rempli ses obligations selon le présent Contrat d'achat de machines et équipements, si à la fin de l'année respective, tous les montants, fixés pour cette année, ont été

reçus par la Banque Bulgare de Commerce Extérieur."

B - L'intervention d'un tiers acheteur.

L'engagement de contre-achat, initialement conclu entre F et O.C.E., parties au contrat principal, est souvent exécuté, en tout ou en partie, à l'intervention d'un tiers (1/3 A), par exemple une "société de commerce", ou "trading house", spécialisée dans la commercialisation des produits de compensation (1) (2).

L'entrée en jeu du 1/3 A suscite un certain nombre de problèmes juridiques. On examinera successivement le régime de l'intervention du 1/3 A dans les rapports entre F et O.C.E., le contrat entre F et 1/3 A relatif à l'intervention de ce dernier, et les liens ainsi noués entre 1/3 A et O.C.E.

1- L'intervention du 1/3 A dans les rapports entre F et O.C.E.

a) Le contrat de contre-achat conclu entre F et O.C.E. réserve souvent à F la faculté de faire exécuter tout ou partie de ses obligations par des tiers :

(1) Sur ces sociétés de commerce, cfr. notamment E. LAUNEY, op. cit., p. 117 ; U.S. Dept. of Commerce, op. cit., pp. 38-40.

(2) Il existe des cas où F, fréquemment engagé dans des opérations de compensation, crée lui-même une filiale spécialisée pour jouer le rôle de 1/3 A. C'est le cas de Sorimex, filiale de la Régie Renault (cfr. E. LAUNEY, op. cit., pp. 108, 117).

- *"Pour se conformer à l'exécution de l'accord mentionné en 1), F en personne ou un tiers désigné par F s'engage à acheter des produits roumains pour un montant de ..."*

- *"O.C.E. accepte également de prendre en considération d'éventuels achats effectués, par l'initiative et les interventions de F, par des tiers, clients ou licenciés de F, comme des achats de compensation valables vis-à-vis des présents engagements ..."*

- *"L'acheteur s'engage à acheter des équipements et/ou services pour ses propres besoins, ou à trouver un autre acheteur qui effectuera cet achat à son nom."*

Le 1/3 A conclut alors, pour chacune de ses fournitures, des contrats distincts avec O.C.E.

Parfois, cependant, lorsque le 1/3 A exécute la totalité des obligations de contre-achats, c'est le contrat F - O.C.E. lui-même qui est cédé à 1/3 A, à moins que le contrat de contre-achat ne soit directement conclu entre 1/3 A et O.C.E.

On reviendra plus loin sur ces différentes modalités de la création de liens juridiques entre 1/3 A et O.C.E.

b) Pour F, la recherche d'un 1/3 A paraît en général facultative. Le groupe de travail a cependant rencontré un cas où cette recherche était obligatoire :

- *"F s'engage à rechercher une ou plusieurs firmes spécialisées dans ... susceptibles de distribuer sur le marché français, les appareils fabriqués par l'usine de ..., objets du présent protocole."*

Dans cet exemple, l'obligation de contre-achat était utilisée par O.C.E. pour s'assurer de la collaboration de F pour établir un réseau de distribution de ses produits en France.

c) Le 1/3 A doit parfois être agréé par O.C.E. :

- *"Avec l'accord écrit et préalable de O.C.E. pour le lieu de destination du matériel, F peut charger une autre maison d'acheter des marchandises indiquées sous l'article 2."*

Dans d'autres cas, le 1/3 A doit être choisi parmi certaines catégories limitées de personnes, comme dans l'exemple suivant :

- *"F s'engage à acheter ...
 Au titre de cet engagement seront pris en compte :
 . les achats de F pour ses besoins propres,
 . ceux de ses filiales et ceux de ses fournisseurs réalisés par son intervention."*

Voici un exemple d'une lettre par laquelle F sollicite de O.C.E. l'agrément d'un 1/3 A :

- *"Objet : Contrat Cadre n° ... A du 30.12.1978
 Messieurs,*

Par ce contrat, nous nous sommes engagés à vous acheter du ... roumain d'une valeur de ... FF. avant le 30.12.1981. Conformément à l'article II de ce contrat, nous avons le droit - avec votre accord - de faire remplir cet engagement par une autre entreprise.

Dans l'intérêt de la réalisation professionnelle de cette affaire, tant pour la qualité de vos machines que pour le Service Après Vente, nous sommes convenus avec la Sté 1/3 A que cette entreprise se chargera de remplir cet engagement à notre place.

En nous référant à l'Article II du contrat cadre, nous vous demandons donc, par la présente, votre accord à ce que la société 1/3 A puisse remplir notre engagement de compensation, pour une somme de ... FF. minimum, et ... FF. maximum.

Pour les détails de la réalisation, la Sté 1/3 A vous contactera directement."

d) Lorsque les obligations de contre-achats sont assurées par un 1/3 A, F en est-il toujours responsable envers D.C.E. ? En cas de défaillance du 1/3 A, par exemple, O.C.E. pourrait-il réclamer à F le paiement de la clause pénale ?

Les documents contractuels examinés par le groupe sont presque tous silencieux sur cette importante question. Une seule indication explicite, dans le sens de la solidarité de F, est fournie par l'exemple suivant, extrait d'une lettre adressée par F à O.C.E. pour notifier le transfert de ses obligations à 1/3 A :

- "Messieurs,

En application de l'Article 13 "Transfert" du contrat conclu entre nos deux Sociétés le 24 juin 19.. et relatif à la vente à notre Société d'environ 210.000,- tonnes de pétrole brut, nous avons l'honneur de porter à votre connaissance que nous désirons transférer à compter de la date d'entrée en vigueur du contrat précité tous les droits et obligations que F tient dudit contrat à la Société 1/3 A qui accepte ce transfert et s'engage conformément aux dispositions de l'Article 12 du contrat susvisé à traiter le pétrole brut ainsi transféré dans ses installations de raffinage en Europe et aux Etats-Unis.

En outre et conformément à l'Article 13 précité, F reste solidairement et conjointement responsable de la complète exécution du contrat par la Société 1/3 A Société bénéficiaire du transfert..."

En l'absence de toute clause, la question nous paraît devoir être résolue de manière différente selon le mode d'entrée en jeu du 1/3 A.

Si le contrat de contre-achat a été conclu entre F et O.C.E. et n'a pas fait l'objet d'un transfert, mais que des 1/3 A exécutent certaines des prestations, il paraît bien que F reste pleinement responsable envers O.C.E. des carences éventuelles des tiers à qui il a confié l'exécution d'une partie de ses obligations (1).

Si au contraire, le contrat de contre-achat est directement conclu entre 1/3 A et O.C.E., F, en l'absence de toute convention différente entre lui et O.C.E., ne répond pas des défaillances de 1/3 A.

(1) Sur la responsabilité du débiteur pour les faits du tiers qu'il a chargé d'exécuter ses obligations, cfr. notamment en droit français, A. WEILL, *Les Obligations*, 1ère éd., n° 415 ; en droit allemand, J. ESSER, *Schuldrecht*, 4ème éd., I, pp. 253-264.

Si le contrat est initialement conclu entre F et O.C.E., puis cédé à un 1/3 A, cette cession suppose normalement l'accord de O.C.E. Parfois, cet accord est subordonné au maintien d'une obligation solidaire du cédant, comme en témoigne l'exemple ci-dessus. En cas de silence des parties, cependant, on devra se référer aux solutions que fournit la loi applicable quant aux effets des cessions de contrat (1).

Lorsque F risque d'encourir une responsabilité envers O.C.E. en cas de défaillance de 1/3 A, le contrat F - 1/3 A peut évidemment reporter sur 1/3 A toute la charge de cette responsabilité. On y reviendra.

2 - Le contrat entre F et 1/3 A.

L'intervention de 1/3 A fait l'objet d'une convention entre F et 1/3 A, par laquelle 1/3 A s'engage, contre paiement d'une commission, à exécuter tout ou partie des obligations de contre-achats. Un exemple est reproduit en annexes, infra, pp. ...

a) Selon le mode d'entrée en jeu de 1/3 A, l'engagement de ce dernier peut être formulé de manières différentes.

Si F a conclu lui-même le contrat de contre-achat (ou prévoit qu'il devra conclure pareil contrat), 1/3 A peut se borner à s'engager à en exécuter certaines parties :

- *"Sous réserve de l'accord de O.C.E., nous nous engageons à acheter des ... chez ..., d'une valeur globale de ... FF., pour remplir votre engagement de compensation."*

(1) Sur la cession de contrat en droit comparé, cfr. K.H. NEUMAYER, La transmission des obligations, Bruxelles et Paris, 1980, pp. 254 - 261.

Une somme partielle de ... FF. est prévue pour le 2° trimestre de 1979.

Une somme partielle de ... FF. est prévue pour le 2° trimestre de 1980.

Quant à la 3° somme partielle de ... FF., vous nous informerez, au plus tard fin 1980, si vous remplirez vous-même votre engagement de compensation, ou si vous voulez que nous nous en chargions dans le courant de l'année 1981."

- "F and its partners expect to get an order for the construction of the X. steel project in which case F and its partners may have to take crude oil from 1/3 O.C.E. in the magnitude of up to a total of 7.000.000 tons (50 percent Grade 1 and 50 percent Grade 2) over a period of 2 to 5 years.

1/3 A commits itself hereby to purchase such quantities over such period of time or any period of time to be mutually agreed upon."

Dans d'autres cas, c'est le contrat F - OCE lui-même que 1/3 A accepte de se voir céder :

-(1) F et OCE ont arrêté les termes d'un contrat, paraphé le ... , pour deux complexes de peinture. Ce contrat prévoit une tranche non-financée en devises équivalente à ... de francs.

(2) OCE a invité F à acheter à 1/3 OCE une quantité de pétrole brut pour un prix total sensiblement égal au montant de la partie non-financée c-dessus, soit ... de francs.

(3) F signera à cet effet un contrat d'achat avec 1/3 OCE.

(4) 1/3 A acceptera le transfert des droits et obligations relatifs au contrat d'achat entre F et 1/3 OCE".

Parfois encore, l'accord F - 1/3 A, conclu alors que la négociation du contrat principal n'est pas achevée, prévoit que 1/3 A souscrira lui-même l'engagement de contre-achat envers OCE :

- "La Société F devant conclure avec la firme hongroise OCE un contrat pour la vente d'équipements industriels et de prestations concernant un atelier d'acide phosphorique thermique et un atelier de tripolyphosphate de soude, la Société 1/3 A s'engage à signer et à accomplir parallèlement un contrat séparé de compensation avec la firme OCE".

Le choix entre les deux dernières formules apparaît dans

la clause suivante :

"Dans le cadre des fournitures et prestations de F en (pays de OCE) pour un projet cuivre de ... tonnes/an pour le compte de OCE, il a été convenu ce jour entre F et 1/3 A ce qui suit : F cèdera à 1/3 A, avec l'accord de OCE, son contrat d'achat de pétroles bruts de compensation pour ses fournitures industrielles ou selon l'issue des négociations de F, 1/3 A signera directement avec OCE un contrat d'achat de pétroles bruts pour assister F".

b) Lorsque 1/3 A ne s'engage à acheter à la place de F qu'une partie des produits de compensation, 1/3 A n'assume normalement pas les obligations qui découlent spécifiquement du contrat de contre-achat (par exemple, la clause pénale) auquel il reste étranger. Mais il en va différemment lorsque le contrat de contre-achat est cédé à 1/3 A, ou, a fortiori, lorsque ce contrat est directement conclu entre 1/3 A et OCE. On en reparlera plus loin, à propos des rapports entre 1/3 A et OCE.

Dans la mesure où F risque de continuer à encourir une responsabilité envers OCE pour les manquements éventuels de 1/3 A, cependant, le contrat F - 1/3 A peut contenir une disposition reportant sur 1/3 A la charge entière d'une telle responsabilité :

"1/3 A sera le seul interlocuteur vis-à-vis de OCE et de F pour toutes les opérations relatives à l'exécution du contrat de compensation et dans le cadre du présent protocole d'accord. 1/3 A tiendra F en dehors de toutes réclamations, pénalités et contraintes financières éventuelles de la part de OCE découlant du contrat de compensation signé avec OCE et à ce titre prend à sa charge toutes les obligations y relatives".

Une clause rencontrée prévoit la collaboration de F et de 1/3 A en cas de litige avec OCE :

"En cas de litige avec OCE, F et 1/3 A se concerteront avant de prendre toute mesure pour faire valoir les droit de l'Acheteur".

c) L'intervention de 1/3 A est rémunérée par une "commission" qui peut prendre diverses autres appellations : "subsidy", "discount", "premium",

"disagio", "compensation commerciale", etc. ... Cette commission est calculée en pourcentage du prix des contre-achats réalisés, ou selon des formules analogues :

- *"F will grant to 1/3 A a subsidy of ... % on the fob value of the OCE contract prices".*

- *"F shall pay to 1/3 A a discount of ... cents per barrel plus the cost per barrel of Letter of Credit formalities with a maximum of ... cents per barrel".*

Le contrat F - 1/3 A précise habituellement les modalités de paiement de la commission :

- *"F s'engage à payer à 1/3 A des compensations commerciales de ... U.S. dollar par baril de brut lourd et ... U.S. dollar par baril de brut léger. Les dites compensations commerciales seront payées par F à 1/3 A en U.S. dollars librement convertibles et aux termes de paiement déterminés dans le contrat d'achat de brut entre 1/3 A et OCE".*

- *"Cette somme sera versée par F à 1/3 A de la façon suivante:*
- 1. pour les premiers 50 % (cinquante pour cent) selon l'échéancier ci-après; au cours de la première année :*
 - 10 % (dix pour cent) le sixième mois après l'entrée en vigueur du contrat conclu entre F et OCE;*
 - 10 % (dix pour cent) au début de la seconde année;*
 - 10 % (dix pour cent) au début de la troisième année;*
 - 10 % (dix pour cent) au début de la quatrième année;*
 - 10 % (dix pour cent) au début de la cinquième année;*
 - 2. pour les 50 % (cinquante pour cent) restant:*
 - d'une part, sur justificatifs au fur et à mesure de l'exécution du contrat de compensation opéré par 1/3 A;*
 - d'autre part, le solde en tout état de cause à la fin de la période autorisée pour l'exécution du contrat de compensation".*

Le paiement de la commission est parfois couvert par une lettre de garantie bancaire (à ne pas confondre avec la lettre de garantie exigée pour couvrir le paiement de la clause pénale, dans les rapports F - OCE ou 1/3 A - OCE) :

- *"If requested by 1/3 A the (Bank) will issue in favour of 1/3 A and before signature of each crude oil contract with OCE an irrevocable (repeat irrevocable) bank guarantee covering the payment of the subsidies payable by F to 1/3 A on the total quantities of crude oils as per each contract with SPC".*

"F shall present to 1/3 A before the assignment of the crude oil contract a guarantee issued by a first rate international bank for the due payments of the commercial discounts. Said guarantee to be executable as from the due dates of payments with no restrictions or limitations whatsoever upon simple presentation by 1/3 A to the bank of OCE crude oil invoice pursuant to the hereabove crude oil assigned contract".

d) Quels sont les rapports entre le contrat F - 1/3 A et le contrat principal conclu entre F et OCE ? (Rappelons que l'on a envisagé plus haut le problème distinct des rapports entre l'engagement de contre-achat de F envers OCE et le contrat principal; d'autre part, il sera question plus loin des rapports entre l'engagement de 1/3 A envers OCE et le contrat principal).

La question prend toute son acuité lorsque le contrat principal n'est pas conclu, ou vient à être résilié, et que 1/3 A prétend toujours percevoir des commissions de la part de F pour les achats qu'il continue à effectuer de OCE ou de 1/3 OCE.

Les contrats F - 1/3 A examinés par le groupe n'apportent guère d'éléments explicites de réponse à cette question pourtant cruciale.

Certes, ces contrats débutent toujours par une référence au contrat principal, comme en témoigne l'exemple suivant :

"F will be acting as a consortium leader/member for the export of industrial equipment and services to ... and 1/3 A will be acting as a purchaser and off-taker of ... crude oils.

F foresees that the ... government will link each contract for the supply of equipment and services to ... with parallel crude oil contracts with 1/3 OCE.

At F's request, 1/3 A commits itself to conclude individual crude oil/with 1/3 OCE for a global quantity of up to ... tons ...".

Une telle allusion est-elle cependant suffisante pour

créer un lien juridique de nature à faire suivre au contrat F - 1/3 A le sort du contrat principal ?

On peut estimer que l'entrée en vigueur du contrat F - 1/3 A est au moins lié à la conclusion du contrat principal. Tout comme il a été dit plus haut que l'engagement de contre-achat dépendait à son origine de la formation du contrat principal, il semble bien que l'accord F - 1/3 A, relatif à l'exécution de ces contre-achats, soit soumis à la même condition suspensive. 1/3 A ne peut s'engager envers F à accomplir tout ou partie de ses obligations envers O.C.E. que si ces obligations elles-mêmes naissent, ce qui paraît subordonné à la conclusion du contrat principal. Ce lien à la conclusion est formulé par certaines clauses rencontrées dans des contrats F - 1/3 A :

- *"Cet accord entre F et 1/3 A entrera en vigueur le jour de l'entrée en vigueur du contrat industriel entre F et O.C.E. Dans l'éventualité où ce contrat ne serait pas entré en vigueur le 1er juin ... cet accord serait annulé automatiquement sans qu'aucune des parties puisse réclamer à l'autre des indemnités de quelque nature." (1)*

La situation est probablement différente lorsque le contrat principal a bien été conclu, mais que F invoque, pour se dérober au paiement des commissions, des perturbations survenues au cours de l'exécution de ce contrat principal.

(1) Dans d'autres cas, l'entrée en vigueur du contrat F - 1/3 A est liée non à celle du contrat principal, mais à celle du contrat de contre-achat F - O.C.E. :

- *"Le présent accord entrera en vigueur le jour de la signature du contrat de brut entre F et O.C.E. ou entre 1/3 A et O.C.E. Dans le premier cas ce contrat sera assigné le même jour par F à 1/3 A."*

Le groupe n'a rencontré, dans les contrats F - 1/3 A, aucune clause analogue à celles qui mettaient fin au contrat de contre-achat en cas de résiliation du contrat principal (cfr. supra, p. 12).

On en est donc réduit à s'interroger sur les volontés présumées des parties. Ont-elles pu nourrir l'intention de lier le sort des deux contrats jusqu'au stade de leur exécution ? Il faut bien convenir que ces volontés risquent fort de ne pas coïncider. F ne sera guère disposé à continuer le paiement des commissions à 1/3 A si le contrat principal cesse d'être normalement exécuté. Mais 1/3 A, qui s'est engagé envers O.C.E. en considération de ces commissions, et qui a dû prendre des dispositions en vue de la revente des produits, n'entend sans doute pas lier le sort de ces commissions aux avatars du contrat principal. A notre avis, l'absence de concordance des volontés sur une liaison entre les deux contrats a pour conséquence nécessaire leur indépendance réciproque (1). Mais le problème reste délicat.

e) Parmi les dispositions des contrats F - 1/3 A non encore évoquées (outre les dispositions non spécifiques, telles les clauses d'arbitrage ou de droit applicable), le groupe a notamment relevé les clauses qui circonscrivent les obligations d'achat de 1/3 A en fonction du prix ou de la qualité des produits. Par exemple :

- "At F's request, 1/3 A commits itself to conclude individual crude oil contracts with 1/3 O.C.E. for a global quantity of up to ... tons for lifting over a period of 2 to 3 years provided 1/3 O.C.E.'s

(1) Cette solution paraît en tout cas bien s'imposer lorsque l'inexécution du contrat principal résulte de la faute de F.

prices at 60 days, negotiated by 1/3 A with the assistance of F are not higher than the then prevailing official sale price of Arabian Light 34 api at 60 days :

*minus 10 cents/bbl for grade 1 ... crude oil
plus 15 cents/bbl for grade 2 ... crude oil
minus 63 cents/bbl for grade 3 ... crude oil."*

- "The crude oil grades under said contract shall be about 50 % Grade 1 and 50 % Grade 2."

f) Relevons encore une intéressante clause d'exclusivité réciproque :

- "F and 1/3 A give each other the exclusivity of the countertrade obligations respectively of about ... of countertrade obligations and their fulfillment in the frame of If it becomes obvious to F that 1/3 A cannot fulfill its countertrade obligation within a reasonable time from the signature of the main contract F may undertake to fulfill same without recourse by 1/3 A."

3- Les liens créés entre 1/3 A et O.C.E.

Lorsque 1/3 A se borne à exécuter l'un ou l'autre des achats s'inscrivant dans l'engagement de contre-achats de F envers O.C.E., les contrats entre 1/3 A et O.C.E. sont de simples contrats de vente, comme les différents contrats conclus par F lorsqu'il remplit lui-même ses obligations découlant du contrat-cadre.

Mais lorsque 1/3 A se fait céder le contrat-cadre lui-même, ou qu'il le conclut directement avec O.C.E., il noue avec O.C.E. des liens comparables à ceux qui ont été décrits plus haut, à propos des engagements de contre-achats en soi. La structure du contrat est analogue, que le cocontractant de O.C.E. soit F ou 1/3 A.

Voici le début d'un contrat de contre-achat conclu directement entre 1/3 A et O.C.E. :

- *"Dans le but de faciliter les paiements consécutifs au contrat n° ... conclu et signé le ... entre F d'une part, et l'Entreprise d'Etat O.C.E. d'autre part, la Société 1/3 A et/ou les sociétés autorisées par elle, s'engage à acheter pendant la durée du Contrat sus-mentionné soit dans une période ... à partir de l'entrée en vigueur dudit Contrat, des produits et productions ... pour une valeur globale d'environ ... FF., soit ... % du montant du Contrat précité."*

On remarquera en passant que 1/3 A se réserve lui-même la faculté de faire intervenir d'autres 1/3 A.

Le problème des rapports entre le contrat de contre-achat et le contrat principal se pose également, comme lorsque le contrat de contre-achat est conclu entre F et O.C.E. (1), mais les intérêts en cause peuvent être différents. Alors que F souhaitera souvent être libéré de son obligation de contre-achat si le contrat principal ne se réalise pas, la situation n'est pas la même pour 1/3 A, qui s'est engagé soit parce qu'il avait un besoin personnel des produits de compensation, soit en raison de son activité spécialisée de "trading house". On peut donc supposer que 1/3 A souhaitera l'indépendance du contrat de contre-achat par rapport au contrat principal. Encore faut-il que cette intention puisse trouver appui dans la rédaction du contrat, ce qui n'est pas toujours le cas, comme on l'a vu plus haut. Au contraire, c'est même dans un contrat conclu entre un 1/3 A et O.C.E. que le groupe a rencontré la clause suivante, déjà citée :

- *"Il est entendu que le présent contrat est nul et sans effet en cas de non conclusion du Contrat n° ... entre ... et l'Entreprise d'Etat ... et qu'il sera résilié de plein droit en cas de résiliation dudit contrat."*

(1) On ne confondra pas ce problème avec celui des rapports entre le contrat principal et le contrat F - 1/3 A (cfr. supra, pp. 38-40).

C - L'intervention d'autres O.C.E. ("linking")

Les contrats de contre-achat prévoient souvent que les produits de compensation pourront ou devront être achetés, en tout ou en partie, à d'autres O.C.E. (1/3 O.C.E.) que le cocontractant initial de F :

- "F s'engage à acheter et O.C.E. à livrer, pendant la durée du présent contrat et pour un maximum de ... de Francs, des produits et matières polonais comprenant : ...

Il est entendu que, au cours de la durée du présent contrat, d'autres produits polonais ... pourront être achetés par F et que la valeur de ces achats sera prise en considération, au même titre que pour les produits visés à l'annexe II du présent contrat ci-dessus, en ce qui concerne le niveau de réalisation des engagements de F."

- "F s'engage à acheter pour une valeur minimum de ... % du contrat mentionné ci-dessus, c'est-à-dire FF. ..., en biens industriels et produits divers polonais, selon la répartition ci-dessous :

- ca ... % minimum dans le programme de O.C.E. ;
- ca ... % auprès d'autres organismes de commerce extérieur polonais."

- "La valeur des marchandises X... constitue ... % de la valeur indiquée au Point I ci-dessus, c'est-à-dire

.....

dont :

... % ... marchandises industrielles exportées par (liste des Centrales devant fournir les marchandises)

... % ... par telle Centrale

... % ... marchandises diverses, à convenir d'un commun accord avec la partie X ..."

- "Ces marchandises seront choisies par 1/3 A, ou par toute autre société autorisée par lui, pour ses besoins propres ou ceux d'autres firmes en France ou dans les pays tiers, à raison de 25 % parmi les produits de O.C.E. et 75 % parmi les produits d'autres fournisseurs hongrois avec l'accord de O.C.E. ..."

La faculté d'acquérir des produits en provenance d'autres O.C.E. présente l'intérêt d'élargir le choix et de permettre éventuellement l'acquisition de produits dont la commercialisation sera moins malai-

sée. L'obtention de cette facilité ne suscite pas de grands problèmes, semble-t-il, lorsque les 1/3 O.C.E. relèvent du même ministère que l'O.C.E. initial. L'opération est plus difficile, en raison de complications administratives, lorsque tel n'est pas le cas (1).

Le contrat-cadre de contre-achat reste conclu avec l'O.C.E. initial, mais les contrats d'application le seront avec les 1/3 O.C.E. en cause. Il semble toutefois que l'engagement général de contre-achat subsiste à l'égard de l'O.C.E. initial, notamment en ce qui concerne l'application éventuelle de la clause pénale.

II. Les opérations de compensation par contrat unique.

La littérature sur les opérations de compensation dénonce habituellement les dangers des "compensation deals" (2), qui consistent à lier en un même contrat la fourniture principale et l'engagement d'acheter une certaine quantité de marchandises en compensation partielle. On sait que les organismes d'assurance-crédit à l'exportation refusent de couvrir de tels marchés, ou tout au moins, n'acceptent de les couvrir que pour la part payable en devises. Les problèmes qui peuvent naître à propos de l'achat des marchandises de compensation risquent de se répercuter directement sur l'exécution et sur le paiement de la fourniture principale, ce qu'évite normalement la dissociation de l'opération en deux contrats distincts.

(1) Dans certains cas, des importateurs occidentaux obtiennent que leurs achats pourront être crédités en vue d'une compensation ultérieure avec un futur contrat "principal". Cette "pré-compensation" est cependant difficile à obtenir, car elle ne favorise pas les exportations des pays de l'Est (cfr. E. LAUNEY, op. cit., p. 123).

(2) Cfr. par exemple Crédit Suisse, op. cit., pp. 11-12 ; U.S. Dept. of Commerce, op. cit., p. 19.

Le groupe a cependant rencontré deux exemples d'accords de compensation par contrat unique.

Dans un premier cas, une entreprise occidentale fournissait du matériel d'équipement à un O.C.E. soviétique pour un prix déterminé. Le contrat stipulait ensuite :

- *"Le vendeur prend l'obligation pendant les années 1974- 1975, d'acheter dans les Organismes de Ventes soviétiques de l'équipement pour une somme totale qui ne peut être inférieure à ... % de la valeur totale du présent contrat."*

Une telle clause établit un lien juridique certain entre la fourniture principale et l'obligation d'acquérir du matériel de compensation.

Le second contrat examiné portait sur la fourniture à un O.C.E. roumain d'une machine d'une valeur de 30 millions de francs belges. Une clause manuscrite ajoutée en bas du contrat énonçait l'obligation d'acheter des produits de compensation :

- *"Le vendeur s'oblige à signer un contrat de marchandises de 1/3 O.C.E. pour une valeur de 4.594.650 F.B. et dans un délai de 18 mois prenant cours à la date de la confirmation du présent contrat. Si dans ce délai, le vendeur n'a pas souscrit à ses obligations, il devra payer à l'acheteur une somme correspondante à 100 % de la valeur non achetée."*

On relèvera le montant exorbitant (100 %) de la clause pénale. L'engagement d'acheter des marchandises de compensation a dû être couvert par une lettre de garantie bancaire.

Ce type de contrat lié doit être fermement déconseillé. Des litiges risquent trop de surgir à propos des achats de compensation,

qui viendraient perturber directement l'exécution des obligations principales (1).

III. Les contrats de "buy-back".

Les contrats de "buy-back" sont des accords de compensation dont la particularité est que les contre-achats portent sur les produits résultant de la fourniture principale. Un contrat de transfert de technologie, par exemple, est totalement ou partiellement rémunéré par les produits mêmes de la technologie vendue. Le recours au procédé du "buy-back" est parfois préconisé en vue de faciliter l'acquisition de technologie par les pays en voie de développement.

De telles opérations peuvent se réaliser par un contrat unique, et les risques sont peut-être ici moins grands, puisque F est d'avance familiarisé avec les produits qu'il doit acquérir. Des litiges délicats sont cependant susceptibles de naître lorsque les produits sont défectueux et qu'O.C.E. en impute la responsabilité à la mauvaise qualité de la fourniture principale. De toute façon, il semble bien que les organismes d'assurance-crédit à l'exportation ne fassent pas d'exception pour les opérations de "buy-back" et exigent également leur dissociation en deux contrats distincts.

Le groupe a pris connaissance de trois contrats de buy-back. Le premier était relatif à l'achat par un 1/3 A de certaines quantités de produits d'une usine fournie par F à l'U.R.S.S. 1/3 A était la

(1) Un autre inconvénient du contrat unique peut résider dans l'inadaptation probable des conditions générales, conçues en fonction de l'opération principale, à l'exécution des achats de compensation.

firmes qui avaient conçu la technologie utilisée dans la construction de l'usine. Le contrat de contre-achat en "buy-back" se présente sous une forme beaucoup plus élaborée que les contrats de contre-achats ordinaires. Ici, en effet, les produits de compensation sont bien connus, et il est possible d'établir dès l'abord un contrat de fournitures détaillé, ne présentant pas toutes les indéterminations relevées plus haut. Le contrat examiné se caractérisait aussi par l'absence de clause pénale à charge du 1/3 A.

Un deuxième contrat de buy-back a été évoqué, où une clause pénale sévère était par contre insérée, mais à l'encontre de O.C.E. Il s'agissait d'acheter des pièces automobiles en provenance d'une usine construite dans un pays de l'Est, et la régularité d'approvisionnement était essentielle pour F (1).

Le dernier contrat de buy-back examiné par le groupe concernait l'achat par F d'ensembles construits à l'aide de la licence de fabrication concédée à O.C.E. par le contrat principal. Ce contrat, contrairement aux précédents, était relativement peu détaillé. Il remettait au stade des contrats d'exécution la détermination des spécifications techniques, des dates et conditions de livraison, des conditions et modes de paiement, etc...

Avec les contrats de buy-back, la compensation se rapproche de la coopération industrielle. L'échange de biens présentant entre eux un rapport étroit constitue en effet l'une des formes de la coopération (2).

(1) Ce contrat est reproduit dans L'accord industriel international, Faculté des Sc. jurid. de Rennes, 1975, pp. 152-159.

(2) Cfr. Crédit Suisse, op. cit., p. 16. Cfr. aussi C.E.E., Rapport analytique sur la coopération industrielle entre les pays de la C.E.E., 1973, pp. 36-37 ; UNIDO, New Channels for Financing Industry from Commercial Sources, doc. IO/WG. 287/5 du 8 nov. 1978, pp. 8-9. Le Guide pour la rédaction de contrats internationaux de coopération industrielle de la Commission Economique pour l'Europe fait allusion aux opérations de buy-back (cette Revue, 1976, pp. 655-657).

Dans certains pays, on note d'ailleurs une tendance à substituer aux contrats de compensation des opérations plus vastes, réalisant des équilibres plus globaux, par la voie d'accords de coopération de longue durée.

IV. Les accords de troc.

Le troc, forme la plus ancienne des échanges économiques, est aussi la forme la plus caractérisée des opérations de compensation. En échange de sa fourniture, F se voit livrer une contrepartie qui consiste intégralement en marchandises, sans qu'intervienne un règlement en devises. L'opération s'inscrit dans un contrat unique, dont la nature est celle d'un contrat d'échange (1).

Les accords de troc paraissent relativement rares (2). Le groupe n'en a disposé d'aucun exemple à l'état pur.

A titre analogique, il a cependant examiné quelques contrats d'échange justifiés par d'autres raisons que le souci d'éviter un règlement en devises, à savoir le réel besoin économique des produits

(1) Ce contrat, dont le régime s'inspire de celui de la vente, est bien connu des droits continentaux. La Common law l'ignore cependant, ce qui ne manque pas de créer des incertitudes quant au régime applicable à de telles opérations lorsqu'elles sont soumises au droit anglais.

(2) On cite cependant l'important contrat conclu entre Pepsi-Cola et l'U.R.S.S., où le sirop destiné à produire la limonade est échangé contre de la vodka (cfr. E. WEIGAND, op. cit., p. 2).

échangés dans le chef de chacune des parties. Deux entreprises chimiques, par exemple, s'échangent du naphte de qualités différentes. Il semble que les principaux problèmes liés à l'établissement de tels contrats soient d'assurer un véritable équilibre des prestations, et de régler le paiement des soultes éventuelles.

D'autre part, le groupe a pris connaissance d'un contrat de compensation à 90 %, pourcentage tel que l'opération devenait très proche d'un troc accompagné d'une soulte de 10 %. Il s'agissait d'un contrat non imposé à la firme occidentale, mais au contraire demandé par elle, en raison du besoin réel qu'elle avait du produit acheté à O.C.E. Les rôles étaient d'ailleurs quelque peu renversés, puisque c'était O.C.E. qui n'achetait que pour une partie du montant de ses propres fournitures.

Voici la clause principale de ce contrat :

- "Au cours de chaque année civile pendant la durée du présent accord :

1. F s'engage à acheter au moins ... tonnes de soufre, sous forme liquide ou solide.

2. OCE s'engage à acheter des produits du groupe F pour un montant égal à au moins 90 % de la valeur des ... tonnes de soufre mentionnées ci-dessus.

3. Si OCE achète des produits du groupe F pour un montant supérieur à celui indiqué au paragraphe ci-dessus, F sera tenu d'acheter, au cours de la même année, du soufre, ou à son choix tous autres produits commercialisés par F, de façon à ce que les achats de F sur l'année en question atteignent un montant égal à au moins 90 % des achats totaux effectués par OCE. Il est entendu qu'en aucun cas F ne sera tenu d'acheter, en vertu de la présente obligation, plus de l'équivalent de 300.000 tonnes de soufre.

4. Si F achète du soufre ou tous autres produits commercialisés par OCE à raison d'un montant supérieur à celui de ... tonnes de soufre, OCE sera tenu d'acheter au cours de la même année des produits du groupe F de façon à ce que les achats de OCE pendant l'année en question atteignent un montant égal à au moins 90 % des achats totaux effectués par F ; il est entendu qu'en aucun cas OCE ne sera tenu d'acheter, en vertu de la présente obligation, plus de l'équivalent de ... tonnes de soufre".

La communauté réelle d'intérêt existant entre les parties explique que ce contrat ne comportait ni clause pénale, ni obligation de fournir une lettre de garantie.

V. Conseils aux négociateurs.

Pour un exportateur occidental, l'engagement d'acheter des produits de compensation est rarement assumé avec enthousiasme. Mais comme il s'agit souvent d'une condition mise à la conclusion du marché principal, il importe au moins de veiller à ce que les obligations de compensation fassent l'objet d'un aménagement juridique satisfaisant.

De nombreux conseils se dégagent au moins implicitement des analyses qui précèdent. Nous en rappelons ici les principaux, en nous inspirant de l'intérêt de F.

1. Eviter si possible de lier en un seul contrat l'opération principale et les achats de compensation, afin d'empêcher que les problèmes éventuels relatifs aux contre-achats n'affectent la bonne fin du contrat principal. Ecarter toute allusion aux contre-achats dans le contrat principal.

2. Préciser dans le contrat de contre-achat son degré de dépendance à l'égard du contrat principal : les obligations de contre-achat ne naissent que si le contrat principal est conclu ; elles peuvent être éventuellement suspendues, réduites ou résiliées si l'exécution du contrat principal est perturbée dans les circonstances à définir.

3. Ecarter la possibilité de compenser les sommes dues en vertu du contrat de contre-achat avec les créances résultant du contrat principal.

4. Veiller à la détermination, ou à la déterminabilité de l'objet des engagements de contre-achats. Eviter les formules vagues.

5. Veiller à ce que la revente des produits de compensation ne se heurte pas à des restrictions territoriales.

6. Prévoir un délai suffisant pour l'exécution des obligations de contre-achats , compte tenu du temps nécessaire pour l'écoulement des produits.

7. Stipuler le caractère libératoire de la clause pénale sanctionnant l'inexécution des obligations de contre-achats. Veiller à ce que son taux ne dépasse pas les normes habituelles (5 - 15 %).

8. Préciser qu'en cas d'inexécution des contre-achats pour des raisons imputables à OCE, les engagements de F seront réduits à due concurrence. Stipuler que F est considéré avoir rempli une obligation de contre-achat dès qu'il passe commande.

9. Se réserver la faculté de faire exécuter tout ou partie des contre-achats par 1/3 A.

10. Dans le contrat F - 1/3 A, préciser le sort des commissions dues par F si l'exécution du contrat principal vient à être perturbée pour des raisons imputables à F.

11. Si F reste personnellement ou solidairement tenu envers OCE de l'inexécution par 1/3 A des engagements de contre-achats, stipuler que 1/3 A tiendra F indemne des pénalités qu'il serait amené à payer en de telles circonstances.

12. Elargir le choix des produits de compensation en stipulant que les achats pourront éventuellement être faits auprès d'autres OCE.