

68. Dans la loi uniforme, une disposition similaire à l'article 15 des RUG aurait une nature juridique différente et peut-être une portée différente. L'article 15 des RUG limite l'effet des clauses d'exonération figurant dans les autres articles, dont tous, y compris l'article 15, prennent effet par une convention des parties et peuvent donc être écartés ou modifiés. Par contre, la loi uniforme pourrait imposer une responsabilité obligatoire. Elle pourrait ainsi effectivement limiter toutes exonérations d'une telle responsabilité, que celles-ci figurent dans des lettres de garantie ou dans des conditions générales ou des règles unificatives visées dans des lettres de garantie.

### B. Exonérations de responsabilité

69. Pour ce qui est des articles 11 à 14 des RUG, leurs dispositions sont pratiquement identiques à celles que le Groupe de travail avait examinées à sa douzième session. On se souviendra que de sérieuses objections avaient été formulées, en particulier à l'encontre des articles 12 à 14, jugés trop favorables aux garants et aux parties ordonnatrices. On a donc proposé de supprimer ces clauses d'exonération ou de les formuler de manière plus équilibrée.

70. On a répondu à cela que ces dispositions étaient calquées sur les articles 17 à 20 des RUU et que ceux-ci n'avaient pas posé de difficultés. Pour ce qui est de l'exonération en cas de force majeure, on a déclaré que les textes de garantie contenaient souvent des clauses de force

majeure et que même en l'absence d'exonération contractuelle, l'application de la législation nationale aboutirait à un résultat similaire. Toutefois, étant donné que la portée des faits exonérateurs variait selon les législations nationales, il pourrait être souhaitable de tenter une harmonisation.

71. Lorsqu'il examinera si la loi uniforme doit retenir tout ou partie des exonérations prévues aux articles 11 à 14 des RUG, le Groupe de travail pourra souhaiter tenir compte des considérations ci-après qui découlent des différences existant entre les RUG et la loi uniforme. Si l'acceptabilité du texte pour les banquiers en tant qu'ils sont les premiers intéressés constituera un facteur important dans la décision d'un Etat d'adopter ou non la loi uniforme, cette acceptabilité ne risque guère d'être compromise par des clauses d'exonération, car de telles clauses sont couramment utilisées par les milieux intéressés, par exemple dans des conditions générales.

72. En outre, du fait même que les RUG contiennent des clauses d'exonération, il semble moins nécessaire d'en faire figurer dans la loi uniforme. Enfin, les clauses d'exonération semblent plus appropriées dans un texte qui énonce lui-même les diverses obligations dont la violation soulève la question de la responsabilité et de l'exonération de cette responsabilité. Il peut donc être moins nécessaire d'inclure des clauses d'exonération dans la loi uniforme qui, quelle qu'en soit en définitive la portée, contiendra à coup sûr moins de "règles de la circulation" et de dispositions imposant des obligations que les RUG.

## C. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa quinzième session (New York, 13-24 mai 1991) (A/CN.9/345) [Original : anglais]

### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION .....	1-10
I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS .....	11-13
II. EXAMEN DE CERTAINES QUESTIONS CONCERNANT LES OBLIGATIONS DU GARANT .....	14-36
A. Délai alloué pour l'examen .....	15-17
B. Obligations de notification .....	18-29
C. Responsabilité et exonération .....	30-36
III. FRAUDE, ABUS ET NOTIONS SIMILAIRES .....	37-57 67-77
A. Champ d'application et définition éventuelle de la notion de fraude ou d'abus .....	39-52
B. Connaissance ou critère auquel doit satisfaire la preuve .....	53-57
C. Exception de fraude opposable par un contre-garant .....	67-71
D. Personnes contre lesquelles ne peut être invoquée l'exception de fraude .....	72

	<i>Paragraphes</i>
E. Possibilité d'inclure dans la loi uniforme une disposition relative aux demandes du type "prorogez ou payez" .....	73-77
IV. AUTRES MOTIFS DE NON-PAIEMENT .....	78-83
A. Invalidité, nullité ou caractère inexécutable de l'obligation de paiement .....	79-80
B. Compensation avec des créances du garant .....	81-83
V. MESURES CONSERVATOIRES ET AUTRES MESURES JUDICIAIRES .....	58-66
VI. CONFLIT DE LOIS ET JURIDICTION COMPÉTENTE .....	85-110
A. Débat préliminaire sur l'opportunité d'inclure dans la Loi uniforme des dispositions relatives au conflit de lois et à la juridiction compétente .....	85-87
B. Relations devant être couvertes par des règles de conflit de lois .....	88-89
C. Désignation et la loi applicable .....	90-103
1. Liberté des parties de choisir la loi applicable .....	91-94
2. Détermination de la loi applicable en l'absence de choix des parties .....	95-101
3. Champ d'application de la loi applicable .....	102-103
D. Juridiction compétente .....	104-110

## INTRODUCTION

1. Conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt et unième session<sup>1</sup>, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux s'est attaché, à sa douzième session, à examiner le projet de Règles uniformes en matière de garanties établi par la Chambre de commerce internationale (CCI) et à déterminer s'il était souhaitable et possible de parvenir à une plus grande uniformité de la législation relative aux garanties et aux lettres de crédit stand-by (A/CN.9/316). Le Groupe de travail a recommandé que l'on commence à élaborer une loi uniforme, que ce soit sous la forme d'une loi type ou d'une convention.

2. A sa vingt-deuxième session, la Commission a accepté la recommandation du Groupe de travail tendant à ce que l'on commence à élaborer une loi uniforme, et a chargé de cette tâche le Groupe de travail<sup>2</sup>.

3. A sa treizième session (A/CN.9/330), le Groupe de travail a commencé ses travaux en examinant les questions qui pourraient être traitées dans une loi uniforme, telles qu'elles étaient présentées dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.65). Ces questions touchaient le champ

d'application de la Loi uniforme quant au fond, l'autonomie des parties et ses limites et les règles d'interprétation possibles. Le Groupe de travail s'est aussi engagé dans un échange de vues préliminaire sur les questions touchant la forme de la lettre de garantie ou de la lettre de crédit stand-by et le moment de leur établissement. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de lui présenter à sa quatorzième session un premier projet d'articles, avec des variantes possibles, sur ces questions ainsi qu'une note sur d'autres questions sur lesquelles pourrait porter la Loi uniforme.

4. A sa quatorzième session (A/CN.9/342), le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 1<sup>er</sup> à 7 de la Loi uniforme établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.67). Celui-ci a été prié d'établir, sur la base des délibérations et conclusions du Groupe de travail, une version révisée de ces projets d'articles. Le Groupe de travail a également examiné les questions présentées dans une note du Secrétariat sur les points ci-après : modification, transfert, expiration et obligations du garant (A/CN.9/WG.II/WP.68). Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base des délibérations et conclusions du Groupe de travail, une première série de projets d'articles sur ces questions. On a également relevé que le Secrétariat présenterait au Groupe de travail, à sa quinzième session, une note sur de nouvelles questions sur lesquelles porterait la Loi uniforme, y compris la fraude et autres motifs de non-paiement, les mesures conservatoires et autres mesures judiciaires, le conflit de lois et la juridiction compétente.

<sup>1</sup>Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17 (A/43/17), par. 22.

<sup>2</sup>Ibid., quarante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/44/17), par. 244.

5. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa quinzième session à New York, du 13 au 24 mai 1991. Y ont assisté les représentants des Etats suivants, membres du Groupe de travail : Allemagne, Canada, Chili, Chine, Chypre, Egypte, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Inde, Iran (République islamique d'), Iraq, Italie, Jamahiriya arabe libyenne, Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Nigéria, Pays-Bas, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Tchécoslovaquie, Togo, Union des Républiques socialistes soviétiques, Uruguay et Yougoslavie.

6. Ont aussi assisté à la session des observateurs des Etats suivants : Algérie, Arabie saoudite, Australie, Autriche, Bahamas, Brésil, Cap-Vert, Colombie, Congo, Equateur, Finlande, Haïti, Honduras, Indonésie, Oman, Ouganda, Pakistan, Pérou, Philippines, Pologne, République-Unie de Tanzanie, Roumanie, Rwanda, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Vanuatu, Venezuela, Viet Nam et Yémen.

7. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales ci-après : Comité consultatif juridique afro-asiatique, Conférence de La Haye de droit international privé, Fonds monétaire international (FMI), Fédération bancaire de la Communauté européenne, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, et Chambre de commerce internationale (CCI).

8. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

*Président* : M. Jean Gauthier (Canada)

*Rapporteur* : M. R. Sandoval (Chili).

9. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.69) et deux notes du Secrétariat sur d'autres questions dont pourrait traiter une loi uniforme : fraude et autres motifs de non-paiement, mesures conservatoires et autres mesures judiciaires (A/CN.9/WG.II/WP.70); et conflit de lois et juridiction compétente (A/CN.9/WG.II/WP.71).

10. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant :

1. Election du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Elaboration d'une loi uniforme relative aux lettres de garantie internationales.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

## I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

11. Le Groupe de travail a examiné certaines questions relatives aux obligations du garant. Ces questions étaient présentées dans la note du Secrétariat sur les points ci-après : modification, transfert, expiration et obligations du garant (A/CN.9/WG.II/WP.68). Cette note avait été soumise au Groupe de travail à sa quatorzième session mais n'avait pas été examinée, faute de temps. Les délibérations et conclusions du Groupe de travail sont présentées ci-après au chapitre II. Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces conclusions, un premier projet d'articles sur les questions examinées.

12. Le Groupe de travail est ensuite passé à l'examen des questions traitées dans la note du Secrétariat concernant la fraude et autres motifs de non-paiement et les mesures conservatoires et autres mesures judiciaires (A/CN.9/WG.II/WP.70). Les délibérations et conclusions du Groupe de travail sont présentées ci-après aux chapitres III, IV et V. Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces conclusions, un premier projet d'articles sur les questions examinées, avec les variantes possibles.

13. Le Groupe de travail a également examiné les questions traitées dans la note du Secrétariat relative au conflit de lois et à la juridiction compétente (A/CN.9/WG.II/WP.71). Les délibérations et conclusions du Groupe de travail sont présentées ci-après au chapitre VI. Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces conclusions, un premier projet d'articles sur les questions examinées.

## II. EXAMEN DE CERTAINES QUESTIONS CONCERNANT LES OBLIGATIONS DU GARANT

14. Le Groupe de travail a poursuivi son débat sur les obligations du garant et a examiné les questions ci-après dont il n'avait pu, faute de temps, débattre à sa quatorzième session : délai alloué pour l'examen, obligations de notification, et responsabilité et exonération (voir le document A/CN.9/WG.II/WP.68, par. 58 à 72).

### A. Délai alloué pour l'examen

15. Le Groupe de travail a noté que l'alinéa *a* de l'article 10 du texte révisé du projet de règles uniformes pour les garanties sur demande de la CCI (RUG)<sup>3</sup> dispose : "Le garant aura un délai raisonnable pour examiner une demande au titre d'une garantie et pour décider s'il doit payer ou rejeter la demande". Il était entendu que, comme l'indiquait cette disposition, le délai alloué au garant devait lui servir à la fois pour examiner la demande et pour décider s'il allait ou non la payer.

16. De nombreuses délégations se sont prononcées pour l'utilisation dans la loi uniforme de l'expression "délai raisonnable" comme dans la disposition susmentionnée. On a fait valoir que c'était là une expression usitée dans la pratique bancaire et qu'elle était suffisamment souple pour convenir aux divers cas particuliers ainsi que pour tenir compte des différences de pratiques entre les régions ou les pays. Toutefois, pour d'autres délégations, il fallait que le délai soit uniforme et sûr et, pour ce faire, il fallait fixer un certain nombre de jours ouvrables (par exemple, trois, cinq ou sept). Selon un autre point de vue, il fallait combiner les deux approches en accordant au garant un délai raisonnable jusqu'à concurrence de sept jours, comme semble le faire la règle actuellement suggérée pour la future révision des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU) de la CCI. On a rétorqué qu'un tel délai maximum finirait par être considéré comme le délai normal, ce qui risquait d'allonger le délai actuellement pratique, qui était d'environ trois jours.

<sup>3</sup>Document de la CCI n° 460/470-1/19 Rev. et 460/470-10/1 Rev. du 8 février 1991.

17. Le Groupe de travail est convenu que la future disposition sur le délai à allouer pour l'examen à insérer dans la loi uniforme ne devrait pas avoir un caractère obligatoire. Il devrait être possible d'y déroger soit en incorporant des règles comme celles qui sont énoncées dans les RUG ou les RUU soit en stipulant un délai différent dans la lettre de garantie.

### B. Obligations de notification

18. Le Groupe de travail a examiné, sur la base des paragraphes 61 à 64 du document A/CN.9/WG.II/WP.68, le point de savoir si la loi uniforme devrait contenir des dispositions concernant la notification à adresser au donneur d'ordre, la notification à adresser au bénéficiaire en cas de rejet de la demande et les éventuelles notifications à adresser aux institutions financières.

#### *Notification au donneur d'ordre*

19. On a noté que la question de la notification à adresser au donneur d'ordre était traitée à l'article 17 du projet de RUG qui disposait :

“Sous réserve des termes de l'article 10<sup>4</sup>, le cas échéant, en cas de demande, le garant en avertira sans délai le donneur d'ordre ou la partie ordonnatrice et, dans ce cas, la partie ordonnatrice avertira le donneur d'ordre.”

20. On a en outre noté que l'article 17 du projet de RUG n'était apparemment pas conçu pour traiter du problème des demandes “Prorogez ou payez”, celles-ci étant abordées ailleurs, à savoir à l'article 26 du projet de RUG. Il a été déclaré qu'une règle telle que celle qui figure à l'article 17 du projet de RUG ne correspondrait pas à la pratique en matière de lettres de crédit stand-by, telle que reflétée à l'article 16 des RUU<sup>5</sup>.

21. Le Groupe de travail était partagé sur le point de savoir si la loi uniforme devait imposer au garant l'obligation d'informer le donneur d'ordre d'une demande faite par le bénéficiaire. Les délégations opposées à une telle obligation ont notamment fait valoir que le donneur d'ordre était normalement avisé par courtoisie, mais que la loi ne devait pas imposer une telle obligation car cela réduirait l'indépendance et l'intégrité de l'engagement du garant dont on attendait un paiement certain et rapide; le donneur d'ordre serait ainsi incité à essayer d'empêcher le paiement pour des raisons non valables, puisque le gros des demandes n'étaient ni frauduleuses ni abusives; le respect d'une telle obligation de notification ne serait pas facile à prouver; enfin, en cas de non-respect, il ne serait pas facile de trouver une sanction appropriée.

22. Ceux qui estimaient que la loi uniforme devait contenir une disposition obligeant le garant qui reçoit une demande à en aviser le donneur d'ordre ont avancé les

raisons suivantes : une disposition qui n'aurait pas force obligatoire ne modifierait pas radicalement ce qui était apparemment une pratique courante très répandue; elle laisserait le garant libre de décider de faire droit à la demande ou de la rejeter; la notification de la demande au donneur d'ordre était une question d'équité car le donneur d'ordre était la personne la plus susceptible d'avoir connaissance d'une fraude ou d'un abus possible et d'en informer le garant et c'étaient, en fin de compte, ses fonds qui étaient en jeu.

23. Des vues divergentes ont été exprimées sur la question de savoir si la notification devait être faite avant le paiement. Selon un point de vue, la notification était inutile si elle était faite après le paiement. On a généralement estimé toutefois que l'obligation de notification ne devait pas être liée temporellement à l'obligation d'examiner la demande et de prendre une décision au sujet du paiement. Par conséquent, le paiement pouvait être fait (dans le délai prescrit pour l'examen de la demande) avant que la notification soit faite (dans le délai prévu pour la notification). Le non-respect de l'obligation de notification n'affecterait donc pas la validité du paiement mais pourrait, dans certains cas, susciter une demande de dommages et intérêts. Il a été noté que le Groupe de travail devait encore examiner la question des dommages-intérêts pour ce cas et d'autres cas possibles de non-respect des obligations.

24. Pour permettre au donneur d'ordre d'avoir connaissance d'une demande sans imposer au garant l'obligation de notification, on a proposé que le bénéficiaire soit tenu, sur la base de l'acceptation expresse ou (pour les garanties bancaires seulement) de l'acceptation tacite, de présenter au garant avec sa demande une déclaration certifiant que l'original ou la copie de la demande a été envoyé directement au donneur d'ordre de façon à ce que le garant ait une preuve documentaire de la notification avant d'effectuer le paiement. Malgré l'intérêt qu'elle a suscité, cette suggestion n'a pas été acceptée pour les raisons suivantes : elle entraînerait des changements considérables dans la pratique actuelle de notification; elle créerait des difficultés techniques inutiles; la sanction envisagée — le refus immédiat de paiement — était trop sévère; et il en résulterait une dichotomie entre les lettres de crédit stand-by et les garanties bancaires qui n'était pas justifiée, du moins dans le contexte de la notification de la demande au donneur d'ordre.

#### *Notification du rejet de la demande au bénéficiaire*

25. On a noté que l'article 10 b du projet de RUG traitait de la question de la notification du rejet de la demande de la manière suivante :

“Si le garant décide de refuser une demande, il en avisera immédiatement le bénéficiaire par télétransmission ou, si ce n'est pas possible, par d'autres moyens rapides. Tous documents éventuels seront mis à la disposition du bénéficiaire.”

26. Il a été déclaré que, dans la pratique telle que reflétée à l'article 16 des RUU, on trouvait en matière de lettres de crédit stand-by une règle plus complète concernant la notification, assortie de sanctions.

<sup>4</sup>Les dispositions de l'article 10 du projet de RUG sont reproduites aux paragraphes 15 et 25 du présent rapport.

<sup>5</sup>Le texte des articles des RUU auxquels il est fait référence est la version révisée de 1983 (publication n° 400 de la CCI) et a été reproduit dans le document A/CN.9/251.

27. Le Groupe de travail est convenu que la loi uniforme devait contenir une disposition obligeant le garant à aviser le bénéficiaire du rejet de la demande. De nombreux membres estimaient que le garant devait être tenu d'indiquer, dans la notification, pourquoi il avait décidé de refuser le paiement. On a estimé toutefois que l'obligation de motiver le refus devait être suffisamment souple pour tenir compte des différentes conditions de paiement prévues dans les lettres de garantie. On a dit que cette obligation devrait être suffisamment générale pour dispenser le garant de spécifier certains détails, comme il serait tenu de le faire dans le contexte — différent — des lettres de crédit commerciales; on a indiqué cependant qu'une telle règle ne conviendrait pas pour les lettres de crédit stand-by qui exigeaient parfois une documentation détaillée.

28. Des vues divergentes ont été exprimées sur la question de savoir si la loi uniforme devait contenir une règle restrictive calquée sur l'article 16 *d* et *e* des RUU. Selon un point de vue, une telle règle n'était pas appropriée pour les lettres de garantie car, dans le cas de ces lettres, il y avait beaucoup moins de documents et beaucoup moins de risques d'anomalie, et les documents ne devenaient pas "périmés" 21 jours après la date du connaissance (comme c'était le cas en vertu de l'article 47 *a* des RUU). La majorité a estimé toutefois qu'une disposition restrictive pourrait être appropriée dans le contexte des lettres de garantie mais qu'il fallait en étudier plus avant les conditions précises et les conséquences, compte tenu des caractéristiques des lettres de crédit stand-by et des garanties indépendantes ainsi que des pratiques les concernant.

#### *Autres obligations de notification*

29. Le Groupe de travail a examiné si la loi uniforme devait envisager d'autres obligations de notification — par exemple, si elle devait exiger que tout établissement financier auquel il est demandé d'émettre, de confirmer ou notifier une lettre de garantie et qui décide de ne pas faire droit à une telle demande en informe la partie dont la demande émane dans un délai spécifié. Le Groupe de travail est convenu que la loi uniforme ne devait pas prévoir de telles obligations.

### C. Responsabilité et exonération

30. Le Groupe de travail a examiné, sur la base des paragraphes 65 à 72 du document A/CN.9/WG.II/WP.68, le point de savoir si la loi uniforme devait contenir des dispositions sur la responsabilité des garants et sur d'éventuelles exonérations de responsabilité. On a noté que les articles 11 à 14 du projet de RUG<sup>6</sup> comportaient des dispositions détaillées exonérant les garants et les parties ordonnatrices de toute responsabilité pour toute une variété d'actes ou d'omissions et que l'article 15 du projet de RUG limitait l'effet de ces exonérations en prévoyant que les garants et les parties ordonnatrices ne seraient pas exonérés de leur responsabilité "s'ils n'ont pas agi de bonne foi et avec un soin raisonnable".

<sup>6</sup>Les articles 11 à 14 du projet de RUG sont reproduits au paragraphe 65 du document A/CN.9/WG.II/WP.68.

#### *Dispositions concernant l'exonération de responsabilité*

31. Le Groupe de travail est convenu que la loi uniforme ne devrait pas comporter de dispositions relatives aux exonérations de responsabilité analogues à celles des RUG. On a estimé que la question de l'exonération de responsabilité devait être traitée au niveau contractuel et non pas au niveau législatif; elle devait être réglée dans des règles uniformes comme les RUG, dans des conditions générales ou dans des accords négociés au cas par cas. De plus, une série de clauses d'exonération serait superflue dans la loi uniforme qui contiendrait certainement beaucoup moins de règles opérationnelles ou de dispositions analogues sur les obligations que les RUG ou les RUU.

#### *Règle sur la responsabilité et ses éléments*

32. Des doutes ont été exprimés quant à la nécessité d'inclure dans la loi uniforme une règle sur la responsabilité. On a fait observer que les questions de responsabilité étaient rarement portées devant les tribunaux, que le problème pouvait être réglé par le droit général des divers systèmes juridiques, qu'il n'y avait pas de norme généralement acceptable qui s'appliquerait également à la question controversée de la responsabilité du fait du comportement d'agents et que les dispositions du projet d'article 5 de la loi uniforme suffisaient<sup>7</sup>. Après avoir délibéré, le Groupe de travail est toutefois convenu que la loi uniforme devrait comporter une règle sur la responsabilité allant dans le sens de l'article 15 des RUG.

33. En ce qui concerne les éléments de la responsabilité, le Groupe de travail est convenu que la notion de "bonne foi" devait être retenue. Pour ce qui est de la notion de "soin raisonnable", des opinions divergentes ont été exprimées, souvent selon qu'on envisageait une règle de responsabilité obligatoire ou non obligatoire. Dans l'hypothèse d'une règle obligatoire à laquelle les parties ne pourraient déroger en adoptant des clauses d'exonération, on a exprimé l'avis qu'il convenait de retenir le critère du "soin raisonnable" puisqu'on était pleinement autorisé à attendre des garants qu'ils fassent preuve de la diligence voulue. La majorité a toutefois estimé que le critère du "soin raisonnable", éventuellement nuancé par une référence aux pratiques bancaires, était trop strict; une règle de responsabilité à caractère obligatoire devrait être plus limitée et viser uniquement par exemple la faute lourde ou l'imprudence caractérisée.

34. D'autres suggestions tendant à modifier ou à compléter le critère du "soin raisonnable" visaient principalement à poser une règle supplémentaire de responsabilité qui, selon une proposition largement appuyée, n'aurait pas caractère obligatoire et qui compléterait le projet de disposition sur le degré de soin à apporter à l'examen de conformité qui avait été débattu à la quatorzième session

<sup>7</sup>Le texte du projet d'article 5, que le Groupe de travail a décidé de placer entre crochets (A/CN.9/342, par. 41) est le suivant :

"Pour l'interprétation de la présente Loi, il sera tenu compte de son [caractère international] [origine internationale] [1] et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application, ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans [les opérations internationales] [la pratique internationale en matière de garantie ou de crédit]."

(voir A/CN.9/342, par. 106 à 110). On a proposé d'inclure une référence aux meilleures pratiques bancaires, à de bonnes pratiques bancaires généralement reconnues comme telles, à la diligence requise par la profession et aux pratiques bancaires telles qu'elles ressortaient, par exemple, des RUU, des manuels bancaires et des livres blancs locaux, nationaux ou régionaux. En réponse aux suggestions tendant à inclure une référence aux pratiques bancaires, on a fait observer que la fixation de normes ne pouvait pas être laissée exclusivement aux personnes qui y seraient soumises, que les pratiques bancaires n'étaient pas uniformes et étaient souvent incertaines et qu'une référence à la catégorie de personnes visée était superflue puisque le degré de soin à apporter devait être apprécié dans le contexte professionnel où la norme en question était censée s'appliquer.

*Possibilité d'étendre la règle de responsabilité de façon qu'elle ne soit pas uniquement applicable au garant*

35. On a émis l'avis que la future règle de responsabilité de la loi uniforme ne devrait pas s'appliquer uniquement au garant, mais à tous les participants à la lettre de garantie, en particulier au bénéficiaire et au donneur d'ordre. On a fait observer que la bonne foi était une exigence fondamentale et que toutes les parties devaient s'y soumettre. De plus, une règle de responsabilité à caractère obligatoire qui ne s'appliquerait qu'au garant donnerait à tort l'impression que la loi uniforme permettait n'importe quelle exonération de responsabilité un profit des autres parties. Dans le même ordre d'idées, mais sans aller aussi loin, on a suggéré que, puisque la loi uniforme était axée sur le rapport entre le garant et le bénéficiaire, la règle de responsabilité ne s'applique, outre au garant, qu'au bénéficiaire.

36. La majorité a toutefois estimé qu'il convenait que la règle de responsabilité s'applique uniquement aux garants et, éventuellement, aux parties ordonnatrices. On a estimé que si l'on étendait cette règle aux autres parties, il faudrait définir des critères différents pour les divers contextes commerciaux et traiter de la question des sanctions ou des recours; or, les lois nationales actuelles étaient en mesure de résoudre ces questions sans l'aide de la loi uniforme.

### III. FRAUDE, ABUS ET NOTIONS SIMILAIRES

37. Le Groupe de travail a examiné les questions relatives à la fraude, à l'abus et aux notions similaires dans le contexte des transactions concernant les lettres de garantie. Il était saisi d'une note du Secrétariat traitant de ces notions et de leur application dans différents pays de *common law* et de droit civil (A/CN.9/WG.II/WP.70, par. 7 à 75).

38. Comme il est indiqué au paragraphe 9 de cette note, le Groupe de travail s'est d'abord demandé si la Loi uniforme devait traiter des comportements frauduleux ou abusifs pouvant être pertinents autrement qu'en tant que motifs de refus de paiement. Il a été convenu que la Loi uniforme ne devait traiter que de la conduite frauduleuse du bénéficiaire. Toutefois, au cours du débat relatif à l'exception de fraude qui a suivi, il a été suggéré d'examiner à un stade ultérieur s'il n'était pas souhaitable de traiter aussi de tout

acte frauduleux ou abusif que le donneur d'ordre pourrait commettre en essayant d'empêcher le paiement sans raison valable.

#### A. Champ d'application et définition éventuelle de la notion de fraude ou d'abus

39. Le Groupe de travail a rappelé que, tout en reconnaissant qu'il serait difficile d'harmoniser les différentes manières d'aborder le problème de la fraude, il était convenu, à la douzième session, qu'il faudrait uniformiser davantage le traitement de la fraude et que l'élaboration de dispositions dans le cadre de la Loi uniforme serait particulièrement utile à cette fin (A/CN.9/316, par. 147 à 162). Le Groupe de travail a commencé son effort d'harmonisation par un échange préliminaire d'informations sur les notions actuellement en cours et sur leur interprétation dans différents systèmes juridiques.

#### *Echange d'informations sur les notions en cours*

40. On a fait observer que l'interprétation de la notion de fraude était souvent influencée par le droit pénal. Dans certains systèmes juridiques, la fraude était définie comme suit : induire autrui en erreur par des moyens illicites; soumettre des documents qui, expressément ou implicitement, présentent des faits d'une manière que l'on sait fausse; se conduire de manière déloyale dans l'intention de nuire, d'obtenir un gain illicite ou de s'enrichir injustement. Dans d'autres systèmes juridiques la "fraude" avait un sens beaucoup moins strict et englobait les cas où l'élément d'intention n'entraînait pas en jeu; en ce qui concernait les lettres de crédit stand-by, la fraude signifiait l'absence de motif plausible de demander paiement du crédit.

41. En ce qui concerne la notion d'abus, on a fait observer qu'elle était souvent appliquée de la même façon que pour tout autre droit exercé par une personne. Parmi les définitions générales de ce genre appliquées dans certains systèmes juridiques, on trouve les définitions suivantes : outrepasser les limites de l'exercice normal d'un droit par une personne raisonnable; exercer un droit dans un but autre que celui pour lequel il a été octroyé. Parmi les autres définitions de la notion d'abus, qui s'appliquent plus particulièrement au contexte des lettres de garantie, on peut citer les définitions suivantes : demande présentée par un bénéficiaire qui a déjà reçu pleine satisfaction; demande de paiement présentée malgré l'absence manifeste de tout risque ou éventualité couvert expressément ou implicitement par l'objet de la lettre de garantie.

42. On a noté que non seulement la notion de fraude et celle d'abus étaient définies de manière différente, comme il est indiqué ci-dessus, mais aussi qu'il y avait des disparités et des incertitudes considérables dans leur application à des cas particuliers. On a noté également que les deux notions étaient souvent utilisées de manière interchangeable et qu'il n'était pas possible d'établir entre elles de distinction nette.

43. On a dit, en conséquence, qu'il fallait essayer de ne pas utiliser les termes "fraude" et "abus" dans la Loi uniforme. On a dit également que, pour définir de façon précise les cas limités dans lesquels une exception à un

engagement de paiement indépendant se justifiait, il était souhaitable d'en déterminer les paramètres en examinant les cas limites qui pouvaient prêter à controverse.

*Examen de cas en vue de délimiter le champ d'application de l'exception de fraude*

44. On s'est demandé si une lettre de garantie pouvait être établie de manière suffisamment abstraite pour exclure toute possibilité de fraude. Le Groupe de travail, notant qu'il n'existait aucun système juridique permettant d'établir un tel type de lettre de crédit stand-by ou de garantie, a estimé qu'il fallait exclure ce type de lettre dans la Loi uniforme. Le Groupe de travail a toutefois constaté que, dans certains systèmes juridiques, il était possible de limiter dans une certaine mesure l'application de l'exception de fraude en insérant dans la lettre de garantie des clauses contractuelles, subordonnant cette application à l'existence d'une preuve concluante ou d'un aveu judiciaire, par exemple.

45. On a donné quelques exemples de situations qui entraient manifestement dans le champ d'application de l'exception de fraude, tels que la falsification de documents et autres délits. On a dit que l'exception de fraude pourrait également s'appliquer en cas d'invalidité ou de non-existence d'une opération sous-jacente assurée par la lettre de garantie.

46. Le Groupe de travail a examiné le cas suivant qui, à en juger par la controverse qu'il a suscitée, peut être qualifié de cas limite : le bénéficiaire d'une garantie de bonne fin sans clause de réduction demande le paiement du montant total, alors qu'il a subi un préjudice d'un montant beaucoup moins élevé du fait que le donneur d'ordre n'a pas achevé la dernière phase d'un projet de construction. Selon une opinion, la demande devait être considérée comme abusive (du point de vue du rapport entre le préjudice subi et le montant de la garantie) parce que le montant réclamé était manifestement disproportionné avec la perte subie et, par conséquent, excessif par rapport à l'objet de la garantie ou par rapport à la satisfaction obtenue par le bénéficiaire. Selon un autre point de vue, la demande ne devait pas être considérée comme abusive car l'exception de fraude était limitée à l'absence totale de contrepartie — c'est-à-dire, à l'absence totale de tout fondement plausible pour la demande. Si on désirait établir un lien entre le montant payable en vertu de la lettre de garantie et la perte subie dans le cadre de l'opération sous-jacente, on devait l'indiquer clairement dans le texte même de la lettre de garantie. On pouvait par exemple y insérer une clause prévoyant la réduction du paiement en cas de non-achèvement des travaux ou émettre des lettres de garantie séparées pour les différentes phases du projet.

47. En vue de déterminer les limites de l'exception de fraude, on a également mentionné le cas d'une garantie de bonne fin pour l'exécution d'un contrat relatif à l'établissement d'un réseau téléphonique dont le mauvais fonctionnement partiel susciterait entre les parties au contrat un litige qui les obligerait à engager un expert. On a dit à ce sujet que, abstraction faite de la question de savoir si le mauvais fonctionnement de certaines lignes téléphoniques pouvait être considéré comme un défaut d'exécution

intégrale, le fait même qu'il faille engager un expert excluait l'application de l'exception de fraude car la condition selon laquelle l'abus devait être manifeste et évident, sans qu'une enquête soit nécessaire, n'était pas remplie.

48. Le Groupe de travail est convenu que l'exception de fraude ne devait pas s'appliquer dans les cas où les parties à une opération sous-jacente étaient en désaccord, de bonne foi, au sujet de questions de fait ou de droit concernant l'exécution. Il a reconnu toutefois qu'il n'était pas facile d'établir une ligne de démarcation précise entre ce type de litiges contractuels et les cas auxquels devait s'appliquer l'exception de fraude.

*Critères et approche à adopter pour définir le champ d'application de l'exception de fraude*

49. Le Groupe de travail a examiné la question suivante, formulée dans la note du Secrétariat (*ibid.*, par. 75, 1 a) : une définition générale doit-elle être limitée par un critère subjectif (par exemple, intention de nuire, malhonnêteté, mauvaise foi) ou doit-elle, selon l'attitude qui prévaut parmi les tribunaux, être fondée sur des critères objectifs pouvant être plus faciles à établir (par exemple, absence de fondement possible, but de la demande sans rapport avec le risque couvert)? Quelques membres se sont déclarés favorables à une limitation subjective, mais la majorité a estimé qu'une telle limitation ne serait pas appropriée.

50. On a noté, par exemple, qu'un critère subjectif comme la malhonnêteté ou l'intention de nuire était difficile à établir et qu'il devait être souvent déduit d'un critère objectif. On a également fait observer que, si des critères objectifs paraissaient préférables, il fallait toutefois y ajouter, comme substituts éventuels, des éléments subjectifs qui deviendraient pertinents, par exemple, dans le cas où le bénéficiaire présentait une déclaration exacte avec une signature falsifiée. On a reconnu que la distinction entre critères subjectifs et critères objectifs n'était pas claire et présentait un intérêt limité. Le Groupe de travail a conclu que toute nouvelle définition pourrait contenir des critères subjectifs ainsi que des critères objectifs.

51. Diverses suggestions ont été faites au sujet d'une définition possible de l'exception de fraude dans la Loi uniforme. Selon l'une d'elles, il fallait mettre au point une définition générale qui pourrait s'inspirer des définitions mentionnées au cours des débats du Groupe de travail ou dans la note du Secrétariat. Selon une autre, il fallait essayer de définir le champ d'application de l'exception de fraude en établissant une liste non exhaustive de situations, compte tenu des cas examinés par le Groupe de travail et des exemples d'abus possibles mentionnés dans la note du Secrétariat. Selon une troisième suggestion, il fallait combiner ces deux approches et formuler une définition générale accompagnée d'une liste indicative de cas visés. On a suggéré, enfin, de ne pas chercher à formuler une définition quelconque mais de se contenter de proposer des directives qui pourraient faire appel à diverses notions, souligner le caractère de l'engagement du garant et préciser que l'exception couvre la fraude dans l'opération et que les faits sur lesquels se fonde l'exception doivent être établis de manière claire et convaincante sans qu'une enquête soit nécessaire.

52. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de proposer diverses formules possibles fondées sur les suggestions ci-dessus, compte tenu des débats et des conclusions préliminaires du Groupe de travail.

### B. Connaissance ou critère auquel doit satisfaire la preuve

53. Le Groupe de travail a examiné la question du critère auquel doit satisfaire la preuve ou de la connaissance permettant au garant de refuser le paiement en cas d'allégation de fraude ou d'abus. Il a été convenu que ce critère devait être rigoureux compte tenu du caractère exceptionnel de cette exception au principe de l'indépendance de l'obligation de paiement rapide et eu égard à la position et à la réputation du garant ainsi qu'à son besoin de certitude. Selon un avis, lorsqu'un garant effectuait le paiement de bonne foi, sur la base de documents conformes, il devait pouvoir être remboursé, même en cas de fraude.

54. En ce qui concerne les termes qu'il serait possible d'utiliser pour exprimer ce critère rigoureux, on a estimé que l'une quelconque des expressions similaires mentionnées dans la note du Secrétariat (*ibid.*, par. 75, al. 2 a), à savoir "évident", "certain", "évident pour chacun", "manifeste", "établi par une preuve concrète" ferait l'affaire. Il a été souligné que par "manifeste", il fallait entendre "crevant les yeux". On a proposé d'autres expressions du même ordre, notamment : "sans aucun doute"; "la seule conclusion raisonnable" ou "la seule conclusion réaliste".

55. Comme cela avait été proposé dans la note du Secrétariat (*ibid.*, par. 75, al. 2 b), le Groupe de travail s'est demandé si le critère susvisé devait être limité à la question du refus spontané du garant ou s'il devait aussi s'appliquer aux ordonnances faisant défense au garant de payer ou au bénéficiaire de demander ou de recevoir le paiement. De l'avis de beaucoup de membres du Groupe, en règle générale, le même critère de preuve devrait s'appliquer à ces deux situations, c'est-à-dire à la décision du garant comme à celle du tribunal. Il a cependant été reconnu que la différence entre ces deux situations pouvait conduire à certaines disparités dans l'application du critère.

56. Il a été souligné, par exemple, que le garant devait prendre rapidement une décision, dans les délais prescrits pour l'examen de la créance tandis qu'un tribunal pouvait disposer de plus de temps ou prendre sa décision à un stade ultérieur, selon ses procédures et son fonctionnement particuliers. Une autre différence résidait dans le fait que le garant devait généralement fonder sa décision sur les seuls éléments présentés par le donneur d'ordre, tandis qu'un tribunal pouvait, toujours en fonction de ses propres procédures, entendre aussi le bénéficiaire, voire d'autres parties. Il y avait une autre différence encore dans le fait que le garant devait s'appuyer essentiellement sur des pièces justificatives, tandis qu'un tribunal pouvait aussi bien admettre d'autres moyens de preuve dans sa procédure sommaire. En outre, le critère de preuve normalement requis dans la procédure préliminaire n'allait souvent pas jusqu'à la certitude ou à l'évidence étant donné que l'on pouvait se

contenter d'établir, par exemple, que l'affaire paraissait fondée de prime abord ou que le succès était probable au fond.

57. En examinant ces divergences possibles entre la décision du garant et celle d'un tribunal, on s'est rendu compte que l'application du critère de preuve dans la procédure judiciaire ne pouvait être considérée isolément et devait être replacée dans le cadre procédural, qui avait tendance à varier d'une juridiction à l'autre. Le Groupe de travail a donc décidé à ce stade de ses débats d'aborder la question des mesures conservatoires et autres mesures judiciaires dont traitait la note du Secrétariat (*ibid.*, par. 90 à 114). Le Groupe de travail a ultérieurement terminé son examen des notions de fraude, d'abus et de notions similaires (voir ci-après, par. 67 à 77).

### V. MESURES CONSERVATOIRES ET AUTRES MESURES JUDICIAIRES

58. Le Groupe de travail a procédé à un échange d'informations sur les mesures conservatoires qui pouvaient être prises dans un pays donné et sur leurs caractéristiques particulières complétant souvent les informations fournies par la note du Secrétariat. Il a été noté, par exemple, que les juridictions nationales ne prévoyaient pas toutes des procédures permettant d'ordonner des mesures conservatoires en vue d'appliquer l'exception de fraude; dans l'un des pays mentionnés, une ordonnance faisant défense au garant de payer ne pouvait être obtenue que si le garant ou le donneur d'ordre avait fait une demande au fond contre le bénéficiaire et si l'ordonnance visait à préserver les intérêts invoqués dans cette demande.

59. Il a été noté en outre qu'il existait des écarts considérables quant aux différents stades et au déroulement habituel des procédures concernant les mesures conservatoires. Par exemple, dans un pays, les ordonnances temporaires de ne pas faire pouvaient être obtenues en quelques heures s'il s'agissait de procédures engagées sur requête sans exécution des moyens de contrainte, puis être suivies des procédures préliminaires, assorties de conditions procédurales plus rigoureuses, qui pouvaient durer quelques mois; dans un autre pays, par contre on pouvait obtenir en quelques jours une mesure conservatoire avant dire droit à l'issue d'une audition. S'agissant de la longueur variable des procédures, il a été noté que si les demandes de mesures conservatoires aboutissaient très rarement, semblait-il, dans la plupart des pays, les procédures longues prêtaient à des abus de la part des donneurs d'ordre à des fins dilatoires.

60. En vue de réduire le risque d'une telle entrave à l'action de la justice, certaines juridictions obligeaient les demandeurs à verser un cautionnement ou un dépôt de garantie. Il a été souligné qu'il pourrait être utile d'étendre ce moyen à d'autres juridictions.

61. Un accueil moins favorable a été réservé à un autre type de mesures consistant à ordonner au garant, en cas d'incertitude sur la question de la fraude, de mettre le montant de la lettre de garantie en dépôt fiduciaire ou de le consigner en justice en attendant que la question soit

tranchée définitivement dans le cadre de la procédure principale. Cette mesure a été jugée peu compatible avec l'intégrité de la lettre de garantie et avec la nécessité de limiter l'exception de fraude aux cas évidents ou manifestes.

62. Le Groupe de travail a constaté que les mesures conservatoires auxquelles on pouvait avoir recours se présentaient différemment selon les pays, tout comme différaient l'usage qui était fait de ces mesures et leur efficacité. Dans plusieurs pays, la mesure conservatoire la plus demandée consistait en une ordonnance faisant défense au garant de payer. Une autre mesure conservatoire utilisée à l'encontre du garant dans plusieurs pays consistait à lui interdire de débiter le compte du donneur d'ordre. Tout bien considéré, la mesure apparemment la plus efficace consistait, dans plusieurs pays, à saisir les fonds qui étaient encore entre les mains du garant ou que le bénéficiaire possédait dans le pays en question. On a fait observer que la mesure la moins efficace consistait à faire défense au bénéficiaire de demander ou d'accepter le paiement, notamment en raison du fait que la société avait probablement son siège à l'étranger.

63. Il a été question de certains éléments des mesures provisoires qui non seulement différaient selon les pays, mais posaient aussi des problèmes ou prêtaient à controverse dans un même pays. Un de ces éléments concernait la relation entre la procédure préliminaire et la procédure principale, et les délais à respecter pour engager l'une ou l'autre de ces procédures. Une question connexe portait sur le point de savoir si les deux types de procédure devaient opposer les mêmes parties. Un autre élément avait trait à l'obligation éventuelle de justifier par les nécessités d'une action en justice les mesures provisoires demandées. Restait l'importante question de savoir si non seulement le garant avait le droit de refuser d'honorer une demande de paiement frauduleuse, mais s'il était également tenu d'agir de la sorte, que cette obligation soit contractuelle ou extra-contractuelle.

64. Compte tenu de ce qui précède, il est apparu assez nettement qu'un plus grand degré de certitude et d'uniformité était souhaitable. Les opinions différaient cependant quant à savoir si et en quoi la Loi uniforme pouvait contribuer à la réalisation de cet objectif. Selon certains, la Loi uniforme devrait se borner aux questions de droit positif et ne pas traiter celles qui relèvent du code de procédure. Toutefois, selon l'opinion prédominante, l'uniformisation des dispositions du droit positif concernant l'exception de fraude n'aurait qu'une valeur limitée si elle ne s'accompagnait pas de mesures de procédure harmonisées et certaines. Il fallait donc s'efforcer de progresser dans cette voie, en évitant d'empiéter sur l'organisation des tribunaux nationaux et sur leurs procédures traditionnelles.

65. Certains ont proposé d'examiner l'opportunité d'introduire une disposition prévoyant en termes généraux l'accès de toutes les parties aux tribunaux et recommandant une procédure expéditive, étant entendu que les tribunaux des pays intéressés devraient disposer de règles et de procédures adéquates. D'autres ont proposé de s'efforcer d'élaborer des principes directeurs concernant le critère de la preuve et d'autres éléments présentant un intérêt

particulier pour les opérations relatives à la lettre de garantie, sans pour autant bouleverser les procédures et le fonctionnement actuels des tribunaux nationaux.

66. S'agissant des pays qui ne prévoient aucun type de mesures conservatoires, l'espoir a été exprimé que des modifications seraient apportées à cette situation. On a estimé cependant qu'il n'était pas réaliste d'essayer d'imposer de tels changements par l'intermédiaire de la Loi uniforme. Aussi, le projet de dispositions de remplacement que le Groupe de travail demandait au Secrétariat d'établir à partir des suggestions exposées plus haut devrait se garder de toute formulation comportant l'obligation d'introduire de tels changements.

### III. FRAUDE, ABUS ET NOTIONS SIMILAIRES (Suite)

#### C. Exception de fraude opposable par un contre-garant

67. Le Groupe de travail a repris ses délibérations sur la fraude, l'abus et les notions similaires en examinant la question suivante, posée dans la note du Secrétariat (*ibid.*, par. 75, al. 3) : quelles considérations particulières s'appliquent à l'exception de fraude opposable par un contre-garant en cas de fraude ou d'abus du bénéficiaire ? La situation envisagée était celle d'une demande de paiement faite par le bénéficiaire d'une contre-garantie (seconde banque) qui avait reçu du bénéficiaire ultime une demande de paiement au titre de sa lettre de garantie indirecte. Les questions spécifiques posées dans la note du Secrétariat étaient les suivantes : la fraude ou l'abus sont-ils pertinents en l'absence de collusion entre le bénéficiaire ultime et la seconde banque ? Dans l'affirmative, à quelles conditions la conduite du bénéficiaire ultime permet-elle à la première banque/au contre-garant d'opposer l'exception de fraude ?

68. Lors de l'examen de ces questions, il a été convenu que les lettres de garantie émises par la première et par la deuxième banque représentaient des engagements séparés et indépendants qui différaient souvent quant à leurs termes et conditions de paiement. Comme il était indiqué au paragraphe 66 de la note du Secrétariat, la question de la fraude ou de l'abus en tant que motif de refus de paiement de la contre-garantie devait être tranchée exclusivement dans le cadre de la relation entre les deux banques, compte tenu de l'objectif de la contre-garantie, à savoir garantir la seconde banque conformément à ses termes. En conséquence, une fraude ou un abus du bénéficiaire ultime ne pouvait pas en tant que tel être imputé à la seconde banque mais pouvait devenir pertinent dans le contexte d'une demande frauduleuse ou abusive adressée par la seconde banque à la première, et dans ce contexte uniquement.

69. Des vues divergentes ont été exprimées au sujet des conditions dans lesquelles une demande adressée par la seconde banque constituerait un abus qui permettrait à la première banque de refuser le paiement. Selon un des points de vue exprimés, l'exception de fraude devait être limitée au cas de collusion entre le bénéficiaire ultime et la seconde banque. Selon un autre point de vue, la demande

de la seconde banque était abusive si cette banque avait connaissance, avant le paiement, de la fraude commise par le bénéficiaire ultime. Selon un troisième point de vue, la seconde banque n'avait pas droit au remboursement si elle avait agi avec négligence, c'est-à-dire si elle n'avait pas fait preuve de conscience professionnelle. Selon encore un autre point de vue, la seconde banque avait droit au remboursement si elle avait agi de bonne foi. On a proposé d'ajouter comme autres conditions que la conduite frauduleuse du bénéficiaire ultime constituait un motif de refus de paiement en vertu du droit applicable à l'engagement de la seconde banque ou qu'il entraînait pour la seconde banque le devoir de refuser le paiement.

70. Etant donné que ces conditions supplémentaires se réfèrent à des questions juridiques qui seraient probablement réglées en vertu de lois étrangères incertaines, certains ont exprimé la crainte que la question de l'exception de fraude opposable par le contre-garant soit trop compliquée pour être correctement traitée dans la loi uniforme. Ils ont fait également valoir à cet égard que cette question était déjà traitée dans les dispositions générales relatives à l'exception de fraude que le Groupe de travail avait examinée précédemment. D'autres ont répondu que les problèmes qui se posaient montraient bien que cette situation spéciale devait faire l'objet d'une disposition.

71. Après avoir délibéré, le Groupe de travail a décidé de réexaminer à sa prochaine session, sur la base des projets de dispositions que le Secrétariat établirait en fonction des suggestions ci-dessus, la question de savoir si la loi uniforme devait contenir une disposition spéciale sur l'exception de fraude opposable par le contre-garant.

#### **D. Personnes contre lesquelles ne peut être invoquée l'exception de fraude**

72. Répondant à une question posée dans la note du Secrétariat (*ibid.*, par. 75, al. 4), le Groupe de travail a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'indiquer dans la loi uniforme le type de personnes contre lesquelles l'exception de fraude ne pouvait être invoquée.

#### **E. Possibilité d'inclure dans la loi uniforme une disposition relative aux demandes du type "prorogez ou payez"**

73. Le Groupe de travail a noté que les demandes du type "prorogez ou payez" étaient mentionnées dans la note du Secrétariat comme une source possible d'abus dans certaines circonstances (*ibid.*, par. 51 à 54) et que le Groupe de travail était invité à examiner la question de savoir s'il fallait inclure dans la loi uniforme une disposition traitant de ce type de demande, en s'inspirant peut-être de l'article 26 du projet de règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUG), qui se lisait comme suit :

"Si le bénéficiaire sollicite une prolongation de la validité de la garantie au lieu et place d'une demande de paiement présentée selon les termes et conditions de la garantie, le garant en informera sans délai la partie qui a donné ses instructions au garant. Le garant suspendra

alors le paiement de la demande pendant un temps qu'il estimera raisonnable pour permettre au donneur d'ordre et au bénéficiaire de se mettre d'accord sur l'octroi d'une telle prolongation et pour permettre au donneur d'ordre de prendre des dispositions en vue de l'émission de celle-ci.

"Si la prolongation n'est pas octroyée, le garant est tenu de payer le montant de la demande conforme sans autre démarche de la part du bénéficiaire. Le garant n'encourt aucune responsabilité (pour des intérêts ou toute autre cause) si un paiement dû au bénéficiaire se trouve retardé du fait de la procédure décrite ci-dessus.

"Même si le donneur d'ordre accepte ou sollicite une telle prolongation, elle ne sera accordée que si le garant et la (les) partie(s) ordonnatrice(s) l'accepte(nt) également."

74. On a noté que les demandes du type "prorogez ou payez" se rencontraient fréquemment dans la pratique en matière de garantie. On a fait cependant observer que ce genre de pratique n'existait pas pour les lettres de crédit stand-by et que dans ce cas une demande du type "prorogez ou payez" serait considérée comme une demande de modification. Comme l'indiquait la note du Secrétariat (*ibid.*, par. 52), ces demandes pouvaient être motivées par des raisons diverses et il était généralement difficile, en particulier pour le garant, de juger si une demande donnée était faite de bonne foi ou de mauvaise foi. Il a donc été jugé nécessaire d'aviser le donneur d'ordre, d'autant plus que le garant avait besoin du consentement de ce dernier à toute prorogation de la période de validité de la lettre de garantie.

75. Tout en reconnaissant que les demandes du type "prorogez ou payez" risquaient de créer des problèmes, les membres du Groupe de travail ont exprimé des vues divergentes quant à la question de savoir si la loi uniforme devait traiter de ce type de demande autrement que comme une source possible d'abus. Un membre a estimé que le problème devait être réglé par voie d'accord entre les parties et non par voie réglementaire, y compris par des conditions générales ou des règles uniformes comme les RUG. Un autre a jugé que le problème était suffisamment vexant et crucial pour mériter d'être traité dans la loi uniforme; on pourrait toutefois le traiter de manière moins élaborée que dans l'article 26 du projet de RUG, en se contentant d'énoncer les principes suivants : le donneur d'ordre doit être avisé de la demande de prorogation; le donneur d'ordre doit consentir à la prorogation; le garant n'est pas lié par le consentement du donneur d'ordre ou par une demande de prorogation présentée par lui; il n'y a suspension de paiement et, en cas de non-prorogation, obligation de payer que si la demande de paiement est conforme aux termes de la lettre de garantie.

76. Il a été noté que ces principes figuraient dans l'article 26 du projet de RUG. Des craintes ont toutefois été exprimées au sujet de la période de suspension prévue dans ce projet d'article et de ses implications en ce qui concernait le temps disponible pour l'examen de la demande et la date d'expiration. On a proposé de remplacer la formule vague "temps . . . raisonnable" par une période spécifiée et de préciser les incidences qu'aurait l'introduction dans la

loi uniforme d'une disposition relative à la suspension de paiement. Selon une opinion, le garant (ou le contre-garant) ne devrait, en aucun cas, être tenu de proroger la lettre de garantie (ou la lettre de contre-garantie) sans avoir consenti à cette prorogation et la période de validité ne devrait pas se trouver suspendue par une demande de prorogation.

77. Après avoir délibéré, le Groupe de travail a décidé de réexaminer la question sur la base des projets de dispositions que présenterait le Secrétariat.

#### IV. AUTRES MOTIFS DE NON-PAIEMENT

78. Le Groupe de travail s'est demandé si la loi uniforme devait contenir des dispositions consacrées aux autres motifs de non-paiement, comme le Secrétariat l'envisageait dans sa note (*ibid.*, par. 76 à 89).

##### A. Invalidité, nullité ou caractère inexécutable de l'obligation de paiement

79. Le Groupe de travail a examiné quelques cas où l'obligation de paiement était invalide, nulle ou inexécutable. On a cité, par exemple, l'interdiction, sur le plan national ou international, de transferts de fonds et le problème posé par une obligation de paiement dans une monnaie non convertible qui n'était pas disponible dans le lieu de paiement.

80. Tout en reconnaissant l'importance de ces questions et de ces problèmes, le Groupe de travail est convenu que la loi uniforme ne devait pas contenir de dispositions spéciales relatives aux cas dans lesquels une obligation de paiement en vertu d'une lettre de garantie est invalide, nulle ou inexécutable.

##### B. Compensation avec des créances du garant

81. Des vues divergentes ont été exprimées sur la question de savoir si la loi uniforme devait traiter de la question de la compensation avec des créances du garant. Selon un des membres, cette question devait être réglée par voie d'accord entre les parties dans le cadre du droit national applicable. A son avis, la loi uniforme ne pouvait pas traiter correctement toutes les questions complexes qui se posaient, et notamment les règles de fond et de procédures applicables en la matière, qui variaient d'un pays à l'autre. Selon un autre membre, la loi uniforme devait contenir des dispositions qui permettent de remédier aux disparités et aux incertitudes existantes, tout en donnant aux parties une autonomie totale et sans empiéter sur les lois régissant la faillite ou l'insolvabilité.

82. En ce qui concerne le contenu possible d'une disposition relative à la compensation, on a généralement estimé que le garant ne devait pas être autorisé à invoquer, dans le cadre d'une compensation, des créances qui lui avaient été cédées par le donneur d'ordre. En ce qui concerne les propres créances du garant, des points de vue divergents ont été exprimés (sur la base de ceux exposés aux paragraphes 83 à 85 de la note du Secrétariat). Selon l'un

d'eux, il ne fallait pas autoriser la compensation, car le garant ne devait pas être guidé par ses propres intérêts et le bénéficiaire était en droit de compter sur un paiement effectif. Selon un autre, la compensation devait être autorisée, car elle n'était pas contraire au caractère indépendant de l'engagement et il n'y avait aucune raison de traiter une lettre de garantie différemment d'une lettre de change. Selon un point de vue intermédiaire, la compensation devait être autorisée dans certaines circonstances.

83. Après avoir délibéré, le Groupe de travail a décidé de réexaminer la question sur la base des projets de dispositions que le Secrétariat établirait en fonction des points de vue susmentionnés.

#### VI. CONFLIT DE LOIS ET JURIDICTION COMPÉTENTE

84. Le Groupe de travail était saisi d'une note du Secrétariat relative au conflit de lois et à la juridiction compétente, qui faisaient partie des autres questions sur lesquelles pourrait porter la Loi uniforme (A/CN.1/WG.II/WP.71).

##### A. Débat préliminaire sur l'opportunité d'inclure dans la Loi uniforme des dispositions relatives au conflit de lois et à la juridiction compétente

85. Certains ont dit qu'il ne convenait pas d'envisager l'inclusion de dispositions relatives au conflit de lois et à la juridiction compétente dans la Loi uniforme, qui était consacrée à des questions de droit matériel. Des dispositions de ce genre seraient particulièrement déplacées si la Loi uniforme devait être adoptée sous forme de convention, car une telle convention établirait les règles relatives à sa propre application. Seule une convention distincte sur la loi applicable aux lettres de garantie internationales pourrait régler de façon suffisamment détaillée les nombreuses questions compliquées concernant, par exemple, les clauses relatives au choix de la loi applicable et la délimitation du champ d'application de cette loi. Vu la complexité et la difficulté du sujet, des dispositions appropriées ne pourraient être formulées que dans une autre instance de l'ONU (par exemple, par un autre groupe de travail de la CNUDCI) ou par une organisation spécialisée comme la Conférence de La Haye de droit international privé. On a également fait valoir, à l'encontre de l'inclusion de dispositions relatives au conflit de lois et à la juridiction compétente dans la Loi uniforme, que de telles dispositions étaient inutiles étant donné que les questions relatives au conflit de lois ou à la juridiction compétente donnaient rarement lieu à des problèmes dans la pratique, comme le prouvait la rareté de la jurisprudence en la matière.

86. D'autres ont soutenu, au contraire, qu'il convenait d'envisager la possibilité d'inclure dans la Loi uniforme des dispositions relatives au conflit de lois et à la juridiction compétente. Ces questions étaient, en effet, intrinsèquement liées aux questions de droit matériel déjà examinées, y compris la question des mesures que les tribunaux pourraient prendre. Le moment était aussi favorable, vu les divers efforts d'unification actuellement en cours dans le domaine des garanties et des lettres de crédit. On a jugé

utile d'examiner au moins les questions soulevées dans la note du Secrétariat en vue d'identifier les problèmes et de considérer des solutions possibles. Après cet examen, on pourrait décider en toute connaissance de cause si la Loi uniforme devait contenir des dispositions relatives au conflit de lois et à la juridiction compétente ou s'il fallait recommander, par exemple, que ces questions soient examinées par la Conférence de La Haye de droit international privé. Selon une opinion, on pourrait, en suivant l'approche adoptée dans les conventions de Genève de 1930 relatives aux lettres de change et aux billets à ordre, établir toute la loi uniforme en cours d'élaboration qui portait sur le fond de la question, une convention séparée sur le conflit de lois, tâche dont pourrait s'acquitter la CNUDCI elle-même en collaborant d'une façon ou d'une autre avec la Conférence de La Haye de droit international privé.

87. Après avoir délibéré, le Groupe de travail a décidé d'examiner les questions relatives au conflit de lois et à la juridiction compétente dans l'espoir qu'un tel examen, qui serait utile en soi, l'aiderait à prendre plus tard une décision sur la voie à suivre à l'avenir pour formuler des règles en la matière.

#### B. Relations devant être couvertes par des règles de conflit de lois

88. Le Groupe de travail a examiné les relations qui devraient être couvertes par des règles de conflit de lois s'il était décidé plus tard d'inclure de telles règles dans la Loi uniforme. Il a approuvé la suggestion figurant dans la note du Secrétariat (*ibid.*, par. 10), à savoir que l'accent devait être mis sur la relation entre le garant — qu'il s'agisse d'un garant indirect, d'un contre-garant ou d'un garant confirmateur — et le bénéficiaire.

89. En réponse à la question posée au paragraphe 11 de la note du Secrétariat, le Groupe de travail est convenu que les règles de conflit de lois à inclure dans la Loi uniforme ne devaient viser que la relation entre le garant et son bénéficiaire.

#### C. Désignation et la loi applicable

90. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé, à sa douzième session (A/CN.9/316, par. 164), que les dispositions relatives à la loi applicable devaient comporter deux éléments : reconnaissance de la liberté des parties de choisir la loi applicable et détermination de la loi applicable en l'absence d'accord entre les parties, et il a réaffirmé cette décision.

##### 1. Liberté des parties de choisir la loi applicable

91. Le Groupe de travail s'est demandé si la liberté de choix des parties devait être illimitée ou si la loi choisie par les parties devait avoir un certain lien avec la lettre de garantie. Certains pensaient qu'il fallait exiger l'existence d'un certain lien ou exclure un choix déraisonnable, mais la majorité a estimé que la liberté des parties devait être illimitée, étant donné que toute limitation créerait une incertitude

regrettable et qu'il était nécessaire, d'un point de vue pratique, de permettre aux parties de choisir une loi qui n'avait aucun lien avec l'opération parce qu'elles la jugeaient, par exemple, neutre ou particulièrement détaillée.

92. Ainsi qu'il était suggéré aux paragraphes 18 à 21 de la note du Secrétariat, le Groupe de travail a examiné les questions de la forme et des modalités du choix des parties. On a noté qu'il fallait tenir compte, à cet égard, des caractéristiques de la lettre de garantie, notamment de son caractère indépendant et formaliste ainsi que du fait que, du moins dans la pratique, le choix de la loi ne résultait pas toujours d'un accord véritable entre les deux parties.

93. Un des membres du Groupe de travail a proposé de ne reconnaître qu'un choix exprès, mais la majorité a estimé qu'une telle règle serait trop stricte. Diverses suggestions ont été faites quant aux types de choix non exprès qui seraient autorisés. Un membre a proposé d'utiliser la formule figurant au paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980), selon laquelle "le choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause". D'autres membres, se référant aux caractéristiques de la lettre de garantie, ont fait les suggestions suivantes : utiliser la formule de la Convention de Rome de 1980, mais en supprimant les mots "ou des circonstances de la cause"; adopter la formule de l'article 2 de la Convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, qui dispose que le choix "doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat"; prévoir que le choix de la loi "peut être déduit des termes de la lettre de garantie".

94. En réponse à la question posée au paragraphe 21 de la note du Secrétariat, le Groupe de travail est convenu qu'il n'était de toute évidence pas nécessaire d'inclure dans la Loi uniforme une déclaration selon laquelle toute clause relative au choix de la loi applicable existant dans une autre relation est sans effet sur la loi applicable à la relation entre le garant et le bénéficiaire.

##### 2. Détermination de la loi applicable en l'absence de choix des parties

95. En ce qui concerne le contenu possible d'une règle déterminant la loi applicable en l'absence de choix des parties, il a été noté que la solution couramment adoptée dans la plupart des pays consistait à choisir la loi du pays du garant. Le Groupe de travail a adopté cette solution comme règle de base, en la développant pour tenir compte des cas où le garant (ou le contre-garant) a plus d'un établissement, comme il est suggéré au paragraphe 27 de la note du Secrétariat.

96. Sur la base de l'analyse figurant aux paragraphes 28 à 35 de cette note, le Groupe de travail s'est demandé si la règle de base énoncée ci-dessus pourrait être affinée pour tenir compte des cas où, outre un garant, une deuxième banque intervient soit en tant que deuxième garant, soit en tant que banque notificatrice ou agent de paiement. Il a d'abord examiné si, dans des cas de ce genre, les obligations des diverses banques en question devaient, en

l'absence de clauses relatives au choix de la loi applicable, être régies par une loi unique.

97. Le premier cas examiné était celui d'une lettre de garantie indirecte qui était contre-garantie par la partie ordonnatrice. Certains ont estimé qu'il serait peut-être souhaitable, pour éviter des contradictions et des incertitudes, d'appliquer aux deux lettres de garantie une loi unique. Cette loi devait être, selon les uns, celle du pays du contre-garant, qui était le dernier lien dans la chaîne de garantie, et, selon les autres, celle du pays de l'autre garant car c'était à ce dernier que le bénéficiaire ultime demanderait le paiement. On a généralement estimé toutefois qu'il ne serait ni pratique ni logique d'accorder la priorité à l'une de ces deux lois, qui pouvaient différer, et d'imposer à un des deux garants la loi de l'autre. On compromettrait ainsi l'indépendance de deux, ou peut-être même de plusieurs engagements distincts, alors que les parties désireuses d'appliquer une loi unique pouvaient obtenir ce résultat par des clauses appropriées relatives au choix de la loi applicable.

98. Le Groupe de travail a ensuite examiné le cas d'une lettre de garantie confirmée par une banque dans un autre pays. On a noté que dans ce cas, qui était moins fréquent pour les garanties bancaires que pour les lettres de crédit stand-by, le bénéficiaire pouvait exiger le paiement du garant confirmateur ou émetteur, à la différence de ce qui se produisait dans le cas d'une contre-garantie, où le bénéficiaire ultime ne pouvait pas exiger le paiement du contre-garant. Le Groupe de travail, tout en reconnaissant cette caractéristique particulière du cas de confirmation, est convenu que la Loi uniforme ne devrait pas imposer une loi unique au garant confirmateur et au garant émetteur.

99. Le Groupe de travail a examiné, en troisième lieu, le cas où une banque notificatrice intervient. On a noté que les types d'intervention différaient considérablement dans la pratique et allaient de la simple fonction de notification ou de transmission de documents à des responsabilités plus importantes qui pouvaient consister, par exemple, à examiner la demande et à effectuer le paiement au nom du garant. Le Groupe de travail a estimé que même dans le cas où la banque avait des responsabilités plus importantes, il fallait retenir la règle de base selon laquelle la loi applicable était celle du lieu d'établissement du garant (ou du contre-garant). On a déclaré à cet égard que le "lieu de paiement" n'était pas un facteur déterminant pour le choix de la loi applicable car il s'agissait d'une notion juridique incertaine qui risquait de créer des difficultés dans la pratique, notamment si le lieu de paiement n'était pas clairement indiqué dans la lettre de garantie. Dans le cas où la fonction de la banque consistait à examiner les demandes, on a proposé de rechercher des méthodes possibles pour appliquer les normes locales en matière d'examen.

100. Enfin, le Groupe de travail a examiné si une loi unique devait régir l'ensemble des rapports socio-économiques établis par les contrats relatifs aux opérations de garantie, y compris non seulement les diverses relations entre le garant et le bénéficiaire, mais aussi les relations entre le donneur d'ordre et le garant émetteur et entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Il a estimé qu'il ne fallait pas imposer l'application d'une loi unique à un ensemble aussi complexe de relations contractuelles.

101. Un des membres du Groupe a dit à cet égard que toute nouvelle règle de conflit de lois qui figurerait dans la Loi uniforme devrait introduire une certaine souplesse, comme le faisait le paragraphe 5 de l'article 4 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui disposait que la présomption en faveur de l'établissement de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique s'annule lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays. On a fait valoir à l'encontre de cette suggestion qu'une telle clause de dérogation, outre qu'elle s'inscrirait dans le cadre d'une présomption complexe, ne conviendrait pas pour les lettres de garantie en raison des caractéristiques particulières de ces lettres, à savoir leur caractère indépendant et formel ainsi que leur mode d'établissement. On a reconnu qu'il pourrait être difficile pour un Etat partie à la Convention de Rome de 1980 d'accepter une règle de conflit de lois différente et que cette difficulté pourrait influencer sur sa position quant à la question générale de savoir si la Loi uniforme devait comprendre des dispositions relatives au conflit de lois. On a aussi fait observer que la Convention de Rome de 1980 traitait des obligations contractuelles en général et qu'elle ne tenait peut-être pas suffisamment compte des caractéristiques des lettres de garantie, comme l'indiquait le fait qu'elle excluait les lettres de change; que cette convention prévoyait elle-même la possibilité d'être modifiée ultérieurement; et, surtout, que la composition universelle du Groupe de travail exigeait qu'il tienne dûment compte des intérêts des Etats qui n'étaient pas partie à cette convention. Un membre s'est déclaré préoccupé par le fait que l'on pourrait, si l'on poursuivait l'examen des lois de telle ou telle région, inciter d'autres pays à invoquer d'autres conventions ou restrictions bilatérales ou multilatérales.

### 3. *Champ d'application de la loi applicable*

102. Le Groupe de travail a pris note de l'examen du champ d'application de la loi applicable qui figurait aux paragraphes 36 à 41 de la note du Secrétariat. Les questions qui y étaient mentionnées illustraient le type de questions régies par la loi applicable, telle qu'elle serait déterminée par la règle de conflit de lois qui pourrait figurer dans la Loi uniforme, et avaient essentiellement pour objet d'aider le Groupe de travail à trouver une formule appropriée pour définir le champ d'application de la loi applicable.

103. En ce qui concerne cette formule, le Groupe de travail était favorable à l'approche suggérée au paragraphe 43 de la note du Secrétariat, à savoir viser "les droits et obligations découlant d'une lettre de garantie éventuellement en excluant les questions n'entrant pas dans le champ d'application de la loi applicable et avec de possibles éclaircissements quant à l'inclusion de questions dont on ne s'attendrait peut-être pas à ce qu'elles entrent dans le champ d'application de la loi applicable. Différentes suggestions d'ordre rédactionnel ont été faites : on a proposé notamment de mentionner les "moyens de défense" à côté des "droits et obligations" et d'élargir la formule "découlant d'un ordre de paiement" en ajoutant les mots "ou liés à un tel ordre", compte tenu de la contre-garantie et des relations de représentation entre le contre-garant et le garant.

#### D. Jurisdiction compétente

104. Le Groupe de travail a rappelé les conclusions de son débat préliminaire sur l'opportunité d'inclure dans la Loi uniforme des dispositions relatives au conflit de lois et à la juridiction compétente (voir ci-dessus par. 85 à 87). Les observations suivantes ont été ajoutées au sujet des règles relatives à la juridiction compétente qui pourraient figurer dans la Loi uniforme.

105. On a dit que la question de la juridiction compétente était particulièrement complexe et compliquée et que seules des règles extrêmement détaillées pourraient tenir compte de cette complexité. Il existait déjà en la matière des règles extrêmement complexes et détaillées dans des traités multilatéraux tels que la Convention de Bruxelles de 1968 et la Convention de Lugano de 1988 relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. En outre, la question de la juridiction compétente avait déjà été traitée dans des conventions consacrées à d'autres sujets. On a aussi fait observer que la Conférence de La Haye de droit international privé, bien qu'elle fût spécialisée dans cette question, s'était essentiellement contentée, dans ses efforts d'unification, d'en traiter indirectement en s'en tenant à la question de la reconnaissance des décisions judiciaires.

106. On a fait valoir, à l'opposé, que la question de la juridiction compétente était d'une importance considérable dans la pratique et que son traitement dans le contexte particulier des lettres de garantie serait utile, par exemple, pour la validation d'une clause compromissoire ou d'une clause attributive de compétence contenue dans la lettre de garantie qui, en règle générale, n'était pas signée par le bénéficiaire. Quant à l'existence de traités multilatéraux sur le sujet, on a dit qu'elle ne devait pas empêcher d'inclure dans la Loi uniforme des dispositions relatives à la juridiction compétente afin de tenir compte des intérêts des États qui n'étaient pas parties à ces traités. Les intérêts des États parties à ces traités pourraient très bien être pris en considération au moyen de clauses de réserve si la Loi uniforme devait être adoptée sous forme de convention. On a fait également observer qu'il existait un certain nombre de conventions, notamment dans le domaine des transports, qui contenaient des dispositions relatives à la compétence des tribunaux et à l'arbitrage.

107. Sans prendre de décision sur la question de savoir s'il fallait inclure dans la Loi uniforme des dispositions relatives à la juridiction compétente, le Groupe de travail a procédé à un échange de vues sur les questions examinées dans la note du Secrétariat. Il a conclu, sur la base de

l'analyse figurant aux paragraphes 46 à 50 de cette note, que les clauses compromissoires ou attributives de compétence devaient être admises. Un membre a dit qu'il faudrait préciser que le choix de la juridiction compétente ne devait pas nécessairement être effectué au moyen d'une clause contenue dans la lettre de garantie initiale et qu'il pouvait se faire à n'importe quel moment par voie d'accord séparé. Un autre a dit qu'il fallait permettre aux parties de donner aux arbitres compétence pour régler leur litige conformément au droit applicable — loi uniforme internationalement acceptée, coutume internationale ou règles uniformes.

108. En ce qui concerne la détermination du tribunal compétent en l'absence de choix des parties, dont il était question aux paragraphes 51 à 55 de la note du Secrétariat, certains ont exprimé de fortes réserves quant à la possibilité de donner compétence exclusive aux tribunaux de l'État du garant. D'autres ont fait valoir, au contraire, que cette compétence exclusive serait avantageuse dans la mesure où ces tribunaux seraient en mesure d'appliquer leur propre loi, qui leur était familière, conformément à la règle de base relative à la loi applicable mentionnée plus haut (voir par. 95) et que cela garantirait l'exécution de toute décision prise à l'encontre du garant, qui était la personne la plus susceptible d'être le défendeur dans une action en justice.

109. Enfin, le Groupe de travail a examiné la possibilité, envisagée dans les paragraphes 56 à 58 de la note du Secrétariat, d'étendre l'application de toute disposition concernant la juridiction compétente au donneur d'ordre, qui était la personne la plus susceptible d'engager une action en justice. Selon un point de vue, il n'y avait pas lieu de le faire dans la mesure où ni les règles de droit matériel contenues dans la Loi uniforme ni les règles de conflit de lois susceptibles d'y figurer ne traitaient de la relation entre le donneur d'ordre et le garant. Selon un autre point de vue, comme il se pouvait que la Loi uniforme traite de certaines questions relatives au donneur d'ordre et peut-être des demandes aux fins d'injonction de payer introduites par le donneur d'ordre, on pourrait envisager de faire en sorte que tous les donneurs d'ordre, y compris les donneurs d'ordre étrangers, aient accès au tribunal qui aurait compétence en vertu de la Loi uniforme.

110. Le Groupe de travail a décidé de réexaminer l'opportunité d'inclure dans la Loi uniforme des dispositions relatives à la juridiction compétente. Il a demandé au Secrétariat d'établir à cette fin des projets de dispositions provisoires sur la base de ses délibérations et de consulter la Conférence de La Haye de droit international privé sur la façon de coopérer dans ce domaine.