

NATIONS UNIES
ASSEMBLEE
GENERALE



Distr. GENERALE

A/CN.9/388
23 décembre 1993

FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Vingt-septième session
New York, 31 mai-17 juin 1994

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL DES PRATIQUES EN MATIERE DE CONTRATS
INTERNATIONAUX SUR LES TRAVAUX DE SA VINGTIEME SESSION
(Vienne, 22 novembre-3 décembre 1993)

TABLE DES MATIERES

	Paragraphes	Page
INTRODUCTION	1 - 11	3
I. DELIBERATIONS ET DECISIONS	12 - 13	5
II. EXAMEN DES ARTICLES D'UN PROJET DE CONVENTION SUR LES LETTRES DE GARANTIE INTERNATIONALES	14 - 112	5
CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET MOYENS DE RECOURS (<i>suite</i>)	14 - 37	5
Article 18. Demande de prorogation ou de paiement	14	5
Article 19. Demande incorrecte	15 - 30	5
Article 20. Compensation	31 - 37	9
CHAPITRE V. MESURES JUDICIAIRES PROVISOIRES	38 - 73	12
Article 21. Mesures conservatoires [à l'encontre de l'émetteur ou du bénéficiaire]	38 - 73	12
CHAPITRE VI. COMPETENCE	74 - 84	22
Article 24. Choix du tribunal ou de l'arbitrage	74 - 84	22
Article 25. Détermination de la juridiction compétente	74 - 84	22

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
CHAPITRE VII. CONFLIT DE LOIS	85 - 89	25
Article 26. Choix de la loi applicable	85 - 89	25
Article 27. Détermination de la loi applicable	85 - 89	25
CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION	90 - 112	27
Article premier. Champ d'application	90 - 106	27
Article 2. Lettre de garantie	107 - 112	32
TRAVAUX FUTURS	113	34

INTRODUCTION

1. Conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt et unième session 1/, 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 qu'établissait 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. 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 le Groupe de travail de cette tâche 2/.

2. 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 a aussi engagé 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.

3. A sa quatorzième session (A/CN.9/342), le Groupe de travail a examiné les projets d'articles premier à 7 de la loi uniforme établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.67). Il 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).

4. A sa quinzième session (A/CN.9/345), 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). Le Groupe de travail a ensuite examiné les 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) et 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).

5. A sa seizième session (A/CN.9/358), le Groupe de travail a examiné les projets d'articles premier à 13 et, à sa dix-septième session (A/CN.9/361), les projets d'articles 14 à 27 de la loi uniforme établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1). A ses dix-huitième et dix-neuvième sessions

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

2/ Ibid., quarante-quatrième session, Supplément N° 17 (A/44/17), par. 244.

(A/CN.9/372 et 374), le Groupe de travail a examiné les nouvelles révisions des projets d'articles (figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1) qui, conformément à la décision prise provisoirement par le Groupe de travail à sa seizième session, devaient être présentées sous la forme d'un projet de convention (A/CN.9/361, par. 147).

6. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa vingtième session à Vienne du 22 novembre au 3 décembre 1993. Y ont assisté les représentants des Etats suivants membres du Groupe de travail : Allemagne, Arabie saoudite, Autriche, Canada, Chine, Costa Rica, Egypte, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Japon, Maroc, Mexique, Nigéria, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Slovaquie, Thaïlande et Uruguay.

7. Ont également assisté à la session des observateurs des Etats suivants : Arménie, Australie, Bolivie, Emirats arabes unis, Finlande, Indonésie, Myanmar, Nicaragua, République tchèque, Roumanie, Suède, Suisse, Turquie et Ukraine.

8. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales ci-après : Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) et Conférence de La Haye de droit international privé.

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

Président : M. J. Gauthier (Canada)

Rapporteur : M. V. Tuvayanond (Thaïlande).

10. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.79), note du Secrétariat contenant les articles 12 à 27 du projet de convention (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1) et nouvelle révision des articles premier à 17 (A/CN.9/WG.II/WP.80) établie par le Secrétariat à la suite de la dix-neuvième session.

11. 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'un projet de convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DELIBERATIONS ET DECISIONS

12. Le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 18 à 27 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1 et les projets d'articles premier et 2-1 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.80 et a étudié en particulier la question de savoir si une règle donnée était appropriée à la fois pour les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by ou pour un de ces types d'engagement seulement.

13. Les délibérations et conclusions du Groupe de travail relatives aux projets d'articles 18 à 27 et premier et 2-1 du projet de convention sont résumées ci-après au chapitre II. Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces conclusions, un projet révisé de texte des articles 18 à 27 et premier et 2-1.

II. EXAMEN DES ARTICLES D'UN PROJET DE CONVENTION SUR LES LETTRES DE GARANTIE INTERNATIONALES

CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET MOYENS DE RECOURS (suite)

Article 18. Demande de prorogation ou de paiement

14. Il a été rappelé qu'à la dix-septième session, il avait été avancé que la procédure de prorogation ou de paiement était incompatible avec la pratique en matière de lettres de crédit stand-by et ne devrait donc pas s'appliquer aux lettres de garantie émises sous cette forme. Le Groupe de travail a noté que la suppression de l'article 18 aurait le même résultat, c'est-à-dire que la procédure de prorogation ou de paiement ne s'appliquerait qu'aux garanties sur demande. En effet, les lettres de crédit stand-by étaient soumises aux Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU), qui ne traitent pas des cas de prorogation ou de paiement, et les garanties sur demande incorporeraient sans doute les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD), dont l'article 26 énonce des règles qui sont en gros comparables à celles proposées par la variante A. Aussi le Groupe de travail a-t-il décidé de supprimer l'article 18.

Article 19. Demande incorrecte

Chapeau

15. Le Groupe de travail était saisi de deux variantes du chapeau de l'article 19. La variante A reproduisait certains éléments déjà énoncés au paragraphe 2 de l'article 17, à savoir l'obligation faite à l'émetteur de rejeter une demande au motif qu'elle est incorrecte et la condition selon laquelle il doit apparaître clairement et sans aucun doute à l'émetteur que la demande est incorrecte. Il a dans l'ensemble été jugé que cette répétition posait des problèmes et était superflue. Le Groupe de travail a approuvé dans l'ensemble la structure actuelle, consistant à définir à l'article 19 une demande incorrecte et à indiquer au paragraphe 2 de l'article 17 les conséquences juridiques d'une telle demande. Le Groupe de travail a interprété la référence à l'article 19, figurant au paragraphe 2 de l'article 17, comme visant uniquement la définition d'une demande incorrecte

et non comme se rattachant à la question, visée dans la variante A, du caractère manifeste de l'incorrection. Le Groupe de travail a préféré la variante B qui était plus claire et plus simple et qui ne faisait pas double emploi avec le paragraphe 2 de l'article 17.

16. Il a été noté que l'application de l'article 19 à une obligation de l'émetteur de ne pas payer serait examinée après que le Groupe de travail aurait étudié l'article 17-2. Il a également été déclaré que, si une telle obligation était imposée, les lettres de crédit stand-by devraient être exclues.

Alinéa a)

17. Des avis ont été échangés quant à la condition énoncée entre crochets, selon laquelle le bénéficiaire devait savoir qu'un document était falsifié pour que cette falsification rende la demande incorrecte. Selon un avis, l'alinéa a) devrait être rédigé de manière plus objective, ce qu'on pourrait faire en supprimant la référence à la connaissance qu'avait le bénéficiaire. Il a été déclaré que, puisque la falsification devait être objectivement perceptible ou "ne pas faire de doute" pour une "personne raisonnable" et que ce serait normalement à l'émetteur de la lettre de garantie de déterminer si un document présenté à l'appui d'une demande de paiement était falsifié, il n'était pas nécessaire d'évaluer ce que le bénéficiaire savait ou aurait dû savoir. Il a donc été proposé que l'alinéa soit modifié comme suit : "Il ne fait pas de doute que tout document est falsifié". Le Groupe de travail, tout en ne rejetant pas la suggestion tendant à supprimer la référence à ce que savait le bénéficiaire, n'a pas opté pour l'inclusion de termes relatifs au niveau de preuve requis. Comme il est noté à propos du chapeau, il a été convenu que cette question devrait être traitée séparément, à l'article 17.

18. Pour ce qui est des mots "tout document est falsifié", il a été avancé que la notion de falsification avait peut-être un sens technique dans certaines juridictions, ce qui fait qu'une demande serait considérée comme incorrecte, même si la falsification en question était insignifiante, dans la mesure où elle ne modifiait pas l'équilibre commercial de l'opération et avait peut-être même été effectuée sans que le bénéficiaire en ait connaissance. Il a été noté, par exemple, que, conformément à la jurisprudence dans un certain nombre de pays, la présence d'une date falsifiée sur un connaissance présenté à l'appui d'une demande en garantie, sans que le bénéficiaire soit conscient de la falsification, ne compromettrait pas nécessairement la validité de la demande. Il a donc été proposé d'ajouter par exemple le libellé suivant : "ou a de toute autre manière été frauduleusement complété", notamment si l'on supprimait la référence à ce que savait le bénéficiaire. Il a toutefois été rappelé que le Groupe de travail avait antérieurement décidé d'éviter d'utiliser des termes tels que "fraude" ou "abus". Il a été proposé de faire plutôt référence à une falsification qui serait "substantielle". Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il fallait conserver la référence actuelle à la falsification, étant entendu que la référence à ce que savait le bénéficiaire serait supprimée.

Alinéa b)

19. Les participants ont débattu la question de savoir s'il faudrait conserver l'alinéa b). Les tenants de la suppression de cet alinéa ont noté que la situation visée à l'alinéa b) pouvait être considérée comme un aspect

de la situation plus générale visée à l'alinéa c). A ce propos, il a été avancé que le domaine d'application de cet alinéa était contestable, car le Groupe de travail avait déjà décidé que les garanties sur simple demande devaient être régies par le projet de convention, ce qui rendait superflus les mots entre crochets ("sur la base des motifs présentés dans la demande et des documents joints"). A l'appui du maintien de l'alinéa, il a été déclaré que les alinéas b) et c) se chevauchaient peut-être, mais qu'il fallait conserver l'alinéa b), afin de traiter des cas particuliers où la justification d'une demande était limitée par le texte même de la lettre de garantie, par exemple le cas où la non-exécution d'une obligation donnée devait être invoquée pour obtenir paiement en vertu d'une garantie de bonne exécution. On a fait référence au cas où il y avait incohérence entre les documents présentés dans une demande de paiement. Dans un tel cas, si une demande de paiement apparemment conforme était présentée par le bénéficiaire et que l'émetteur savait que l'obligation ayant fait l'objet de la garantie avait été exécutée de manière satisfaisante, il a été déclaré que l'alinéa b) était nécessaire, afin qu'il soit bien clair que l'émetteur n'était pas tenu d'étudier, au-delà des affirmations du bénéficiaire, s'il était envisageable que la demande soit fondée sur d'autres motifs, comme on pourrait le conclure par erreur à la lecture de l'alinéa c). Il a été répondu que les banques n'étaient pas à même de procéder à certaines des déterminations requises à l'alinéa b), alors que les tribunaux pouvaient le faire; aussi ne devrait-on pas imposer une telle obligation. Selon l'avis qui a prévalu, l'alinéa b) devait être retenu.

20. Pour ce qui est de la teneur de l'alinéa b), il a été noté que la connaissance qu'avait le bénéficiaire était une condition de l'applicabilité de cet alinéa. Il a été avancé que, pour les raisons ayant présidé à la suppression du libellé similaire à l'alinéa a), les premiers mots de l'alinéa b) ("le bénéficiaire sait ou ne saurait ignorer qu'") devaient être eux aussi supprimés. Il a été répondu que la connaissance qu'avait le bénéficiaire était une condition nécessaire, afin de protéger le bénéficiaire de bonne foi qui aurait présenté une demande de paiement sans savoir qu'en fait aucun paiement n'était dû. Il a été avancé qu'une telle mesure de protection du bénéficiaire de bonne foi se rencontrait dans la jurisprudence dans un certain nombre de pays et constituait un élément propre à réduire les incertitudes et à promouvoir la fiabilité de l'effet. Selon l'avis qui a prévalu, que le bénéficiaire ait ou non connaissance des manoeuvres ayant résulté dans la présentation d'une demande alors qu'en fait aucun paiement n'était dû, la Convention ne devrait pas autoriser le paiement dans un tel cas.

21. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que l'alinéa b) devrait être libellé comme suit : "aucun paiement n'est dû sur la base des motifs présentés dans la demande et des documents joints".

Alinéa c)

22. Le Groupe de travail a jugé que l'alinéa c) était dans l'ensemble acceptable.

Paragraphe 2

23. Il a été noté que le paragraphe 2 avait pour objet de décrire certains cas typiques dans lesquels il était évident que la demande n'avait pas de justification concevable. Le Groupe de travail était saisi de deux variantes

fondées sur les propositions faites lors de la dix-septième session. La variante X énonçait une formule générale relative à l'absence de justification concevable, présentant un certain nombre de cas dans lesquels le caractère injustifié de la demande était en général clair et sans ambiguïté. La variante Y comportait une liste non exhaustive de cas qui pouvaient se produire, selon les types d'instruments utilisés.

24. Des avis divergents ont été exprimés quant au maintien ou non du paragraphe 2. Selon un avis, la définition de la demande incorrecte figurant au paragraphe 1 était suffisante et le fait qu'il soit difficile de déterminer clairement dans quel cas une demande n'avait à l'évidence pas de justification concevable affaiblirait l'impact du paragraphe 2. A ce propos, diverses suggestions ont été faites. Selon un avis, les variantes X et Y pourraient être reprises en substance dans un commentaire, ce qui permettrait d'éliminer le paragraphe 2. Selon un autre avis, les variantes X et Y pourraient être supprimées et la question de la fraude et d'autres problèmes liés à l'opération sous-jacente pourraient être traités ailleurs dans la Convention et être axés sur le rôle des tribunaux plutôt que sur l'obligation de l'émetteur. Selon un autre avis encore, les variantes X et Y pourraient être supprimées à condition que soit ajoutée à l'alinéa c) du paragraphe 1 une référence à l'opération sous-jacente telle que "compte dûment tenu des obligations sous-jacentes". A cet égard, il a été noté que l'ajout proposé à l'alinéa c) du paragraphe 1 pourrait être source d'incertitudes car on ne saurait pas dans quelle mesure tenir compte de l'opération sous-jacente pour déterminer si la demande était incorrecte.

25. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, le paragraphe 2 devrait être conservé, car il constituerait un guide utile lorsqu'il s'agirait de déterminer si une demande avait ou non une justification concevable.

26. Des avis divergents ont été exprimés quant aux deux variantes du paragraphe 2. La variante Y a reçu un certain appui au motif qu'elle énonçait une liste de cas pouvant se produire selon les types de lettres de garantie utilisés et qu'elle pourrait faire office de guide. Le fusionnement des variantes X et Y a également reçu un certain appui. A ce propos, il a été noté que les variantes X et Y n'étaient pas mutuellement exclusives, car la variante X énonçait des règles générales et la variante Y énumérait différentes situations. Selon un autre avis, le paragraphe 2 ne devrait traiter que des cas les plus évidents dans lesquels une demande n'avait pas de justification concevable et devrait être modifié afin d'être applicable dans le contexte d'une procédure judiciaire. C'est toutefois la variante X qui a reçu le plus large appui, au motif qu'elle était plus simple et plus claire. Il a été noté que la variante X donnait une liste non exhaustive de cas généraux dans lesquels la demande n'avait pas de justification concevable.

27. Pour ce qui est de la teneur de la variante X, on a craint que l'alinéa b) ne contraigne l'émetteur à devoir déterminer des questions n'entrant pas dans son domaine de compétence telles que la compétence du tribunal et la valeur juridique de la sentence arbitrale. On a également craint que l'alinéa b), qui disposait que la demande n'aurait pas de justification concevable si l'obligation sous-jacente avait été déclarée invalide par un tribunal ou un tribunal arbitral, ne soit par trop large, car, dans la pratique, il était possible qu'une lettre de garantie soit émise pour couvrir précisément une telle éventualité. Il a été avancé que l'on pourrait

résoudre ce problème en soumettant l'alinéa b) au droit des parties de convenir d'une disposition contraire dans la lettre de garantie. Selon un avis connexe, l'ensemble du paragraphe 2 devrait être soumis à l'autonomie des parties. On a craint qu'une telle modification ne permette aux parties d'exclure les cas les plus graves de demande incorrecte, ce qui pourrait être contraire à l'ordre public. Le Groupe de travail a donc convenu d'une modification plus limitée, consistant à inclure dans le nouveau projet un libellé entre crochets indiquant que les parties pouvaient disposer dans la lettre de garantie qu'une demande ne serait pas incorrecte au cas où un des objets au moins de la lettre de garantie était de couvrir le risque que l'opération sous-jacente soit déclarée invalide par un tribunal ou un tribunal arbitral.

28. On a également craint que la variante X n'englobe pas les cas où il y avait une disproportion manifeste entre le préjudice subi et le montant demandé en vertu de la lettre de garantie; cette préoccupation avait déjà été exprimée lors de la dix-septième session du Groupe de travail. A ce propos, il a été avancé que cette idée devrait être traitée soit à l'alinéa c) de la variante X, soit dans un nouvel alinéa e) par l'ajout d'un libellé tel que : "le montant demandé est manifestement disproportionné au préjudice subi". Cette suggestion n'a pas reçu un appui suffisant, notamment parce qu'il ne s'agissait pas là d'un cas où la demande n'avait pas de justification concevable et parce que le problème pourrait être traité par l'inclusion dans la lettre de garantie d'un mécanisme de réduction.

29. Selon un avis, l'alinéa d) était ambigu, notamment parce qu'il pourrait être difficile à l'émetteur de déterminer pour quelles raisons le donneur d'ordre ne s'était pas acquitté de son obligation sous-jacente. En outre, il a été noté qu'il pouvait y avoir d'autres actes ou omissions du bénéficiaire, outre une faute délibérée, susceptibles d'empêcher l'exécution de l'obligation sous-jacente, ce qui indiquerait que la demande n'était peut-être pas fondée. Toutefois, la proposition de suppression de l'alinéa d) n'a pas été retenue par le Groupe de travail.

30. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un projet révisé de paragraphe 2 fondé sur la variante X, sous réserve de la modification convenue pour l'alinéa b), afin d'englober les cas où il était évident que la demande n'avait pas de justification concevable.

Article 20. Compensation

31. Il a été rappelé que le libellé "en se prévalant d'un droit à compensation" dans la variante A, avait été préféré au libellé "par compensation", le Groupe de travail ayant considéré que la législation générale de la compensation pourrait imposer d'autres restrictions (A/CN.9/361, par. 97 et 98). Allant encore plus loin, la variante B énonçait simplement la restriction et interdisait, pour les créances cédées par le donneur d'ordre, l'exercice de tout droit à compensation pouvant être invoqué en vertu de la législation générale de la compensation. De manière générale, la préférence est allée à l'approche adoptée dans la variante A qui, a-t-on déclaré, énonçait plus clairement le principe selon lequel la compensation devait être possible dans le cadre des lettres de garantie.

32. S'agissant des premiers mots de l'article ("Sauf convention contraire des parties"), il a été convenu qu'il fallait, à propos de la compensation, mentionner le principe de l'autonomie des parties. De l'avis général, ce principe devait s'appliquer à tout l'article, y compris à l'exception énoncée à la fin de la variante A ("à l'exception d'une créance qui lui aurait été cédée par le donneur d'ordre"), à laquelle les parties devraient aussi être autorisées à déroger. S'agissant de l'emploi des mots "des parties", on s'est demandé si la simple référence aux "parties" ne pourrait pas, lorsque le paiement était effectué par une banque qui n'était pas l'émetteur, empêcher ladite banque, de se prévaloir d'un droit à compensation d'une créance qu'elle pourrait avoir envers la partie demandant le paiement. Il a été proposé de remplacer les mots "des parties" par les mots "entre la partie effectuant le paiement au titre de la lettre de garantie et le bénéficiaire". Il a été objecté à ce propos que la relation entre le bénéficiaire et les parties qui n'étaient ni émetteurs, ni donneurs d'ordre, n'était pas régie par d'autres dispositions du projet de convention, et que, pour des raisons de cohérence, il ne faudrait pas adopter de solution différente pour l'article 20. Il a été noté que, dans le reste du projet de convention, les mots "des parties" seraient remplacés par les mots "entre le garant ou l'émetteur et le bénéficiaire", conformément à une décision prise à la dix-neuvième session. Il a toutefois été noté que l'article 9-3 faisait référence à la partie effectuant le paiement.

33. S'agissant de la référence à la législation des faillites ("sous réserve des dispositions de la législation des faillites"), il a été déclaré qu'une telle référence n'était pas nécessaire. Il pourrait, en effet, être difficile de savoir quelle législation nationale s'appliquerait, à savoir, la législation du pays du garant ou celle du pays du bénéficiaire ou encore celle du pays où le paiement était effectué. En outre, cette référence pourrait entraîner des incertitudes lorsque la faillite avait été prononcée dans plusieurs juridictions. A cet égard, il a été proposé d'énoncer, à l'article 20, la règle selon laquelle seules les obligations liquides pouvaient être compensées au titre du projet de convention. Selon une autre opinion, c'était à la législation nationale de déterminer de l'interaction entre le projet de convention et la législation des faillites, compte tenu en particulier de la complexité des mécanismes juridiques concernant les priorités dans les opérations garanties dans les cas de faillite. En outre, on s'est demandé s'il était approprié de distinguer la législation des faillites de toutes les autres lois pouvant avoir une interaction avec le projet de convention. Le maintien, dans la variante A, d'une référence à la législation des faillites a reçu un certain appui, mais le Groupe de travail a décidé, après un débat, de supprimer cette référence.

34. S'agissant de la règle de fond énoncée dans la variante A ("l'émetteur peut s'acquitter de son obligation de paiement en vertu de la lettre de garantie en se prévalant d'un droit à compensation d'une créance envers la personne demandant le paiement"), il a été déclaré que la notion de compensation devrait être définie dans le projet de convention. Il a été rappelé que, dans la législation de certains pays, la compensation était limitée aux créances du garant découlant de la même opération que la créance du bénéficiaire, alors que la législation d'autres pays ne contenait pas une telle restriction. Le Groupe de travail, cependant, a réaffirmé la décision adoptée à sa dix-septième session, à savoir que la question devait être réglée dans le cadre de la réglementation générale de la compensation de chaque pays

(voir A/CN.9/361, par. 98) et a noté que les mots "en se prévalant d'un droit à compensation d'une créance" visaient à refléter ce renvoi à la législation nationale. A cet égard, on s'est demandé si l'on ne risquait pas de penser que l'article 20 tentait de créer des droits de compensation lorsque de tels droits n'étaient pas prévus dans la législation nationale. Il a donc été proposé que la règle contenue dans l'article 20 soit expressément énoncée "sous réserve des dispositions de la législation générale de la compensation". On a reconnu cependant qu'une telle référence ne faisait pas clairement apparaître que toute interdiction de compensation dans les domaines liés aux lettres de garantie devrait être supplantée par le texte du projet de convention.

35. S'agissant des mots "d'une créance envers la personne demandant le paiement", on s'est inquiété de savoir si, dans le cas où le droit à paiement avait été transféré par le bénéficiaire, une compensation pourrait être obtenue pour une créance envers le bénéficiaire précédent. On a estimé cependant que la situation juridique du cessionnaire au titre du projet de convention ne devrait pas être plus favorable que celle du bénéficiaire précédent, à savoir le cédant. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "d'une créance envers la personne demandant le paiement".

Paragraphe 3 de l'article 9 bis

36. Rappelant qu'il avait décidé à sa dix-neuvième session d'examiner la question de la compensation dans le cadre de la cession du produit après un nouvel examen de l'article 20, le Groupe de travail a entamé un débat sur le paragraphe 3 de l'article 9 bis. Il était saisi de deux variantes du paragraphe 3 (A/CN.9/WG.II/WP.80). La variante X limitait expressément le droit de compensation aux créances à l'encontre du bénéficiaire, ce qui excluait toutes créances possibles à l'encontre du cessionnaire. La variante Y était une disposition de caractère général qui ne traitait pas cette question.

37. Le Groupe de travail a examiné le bien-fondé du paragraphe 3. Selon un avis, il était essentiel de le conserver parce qu'il précisait utilement les circonstances dans lesquelles pouvait être exercé le droit à compensation. Selon l'avis contraire, il fallait le supprimer car il concernait la législation générale de la compensation, ce qui devait relever de la législation nationale, comme il avait été convenu lors de l'examen de l'article 20. Malgré une préférence générale pour la suppression du paragraphe 3, le Groupe de travail s'est arrêté un certain temps sur les mérites relatifs des variantes X et Y. La variante X a bénéficié d'un certain appui au motif qu'elle était compatible avec le paragraphe 1 de l'article 9 bis qui traitait de la cession d'un produit et non de créances. Cette même variante a aussi été critiquée au motif qu'elle compromettait les droits de compensation en vertu des législations nationales. La variante Y a bénéficié d'un appui plus large étant de caractère plus général et ne présentant donc pas les inconvénients de la variante X. Cependant, après délibération, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 3.

CHAPITRE V. MESURES JUDICIAIRES PROVISOIRES

Article 21. Mesures conservatoires
[à l'encontre de l'émetteur ou du bénéficiaire]

Remarques générales

38. Comme à la dix-septième session, la question des mesures conservatoires a fait l'objet de prises de position diverses (voir le document A/CN.9/361, par. 102 et 103). Certains se sont demandés s'il convenait bien d'incorporer l'article 21 au projet de convention, d'autant que cet article portait sur des règles de procédure concernant des questions traitées différemment d'un Etat à l'autre et qui relèveraient plutôt des législations nationales. Il a été dit que le projet de convention serait plus difficile à faire agréer par les législateurs s'il leur imposait de modifier, pour un domaine juridique particulier, les règles existantes régissant les mesures conservatoires en général. On a également signalé que les mesures conservatoires envisagées dans le projet d'article seraient peu répandues dans certains Etats. Aussi a-t-on suggéré de supprimer l'article ou, du moins, de ne le rendre applicable qu'aux Etats où les mesures conservatoires étaient reconnues. A côté de la suppression totale de l'article 21, il a également été suggéré que le projet de convention, sans chercher à établir de règles de procédure, pourrait contenir une déclaration générale de principe, dans le sens de l'ancien article 23 supprimé par le Groupe de travail à sa dix-septième session (voir le document A/CN.9/361, par. 119 à 121).

39. A l'appui du maintien d'une disposition relative aux mesures conservatoires, on a fait valoir qu'une telle disposition faisait partie intégrante de celles visant la fraude et l'abus; il a été souligné que l'un des objectifs principaux, sinon l'objectif principal de l'élaboration du projet de convention était de fournir des solutions dans ce domaine, ce qui dépassait la portée des instruments au niveau contractuel (par exemple RUU et RUGD). On a déclaré aussi que le projet d'article n'avait pas pour but d'entraîner de modifications majeures dans les procédures nationales existantes, mais on a dit aussi, à l'opposé, que la diversité des principes en la matière était précisément une raison d'inclure la disposition en question dans le projet de convention. Dans la mesure où le droit de certains Etats ignorait les mesures conservatoires, le maintien des dispositions concernant ces mesures aurait l'avantage d'aider ces Etats à élaborer de telles dispositions. En ce qui concerne tant les Etats considérés que le problème de la diversité des principes appliqués sur le plan national, il serait avantageux de retenir la disposition relative aux mesures conservatoires du double point de vue de l'uniformité internationale et de l'intégrité de la lettre de garantie.

40. Après discussion, le Groupe de travail a décidé de procéder à l'examen du projet d'article 21; ses membres ont été d'accord pour débattre de la question du maintien ou de la suppression de cet article après en avoir examiné le texte. On a évoqué l'opportunité d'examiner la question une fois que le Secrétariat aurait eu la possibilité de présenter une version révisée de l'article 19 tenant compte des délibérations à la session en cours (voir ci-dessus, par. 15 à 30). Il a également été noté que, dans le contexte d'une convention internationale, la possibilité de permettre aux Etats de faire des réserves au moment de la ratification ou de l'adhésion en vue d'exclure l'application de l'article 21 devrait être discutée à un stade ultérieur.

Titre

41. On a émis l'avis que, au moins dans certains pays, l'expression "mesure conservatoire" risquait ne pas rendre compte de façon adéquate des techniques de procédures par lesquelles un tribunal prendrait normalement une décision temporaire visant à empêcher le bénéficiaire d'obtenir le montant stipulé dans la lettre de garantie. Les participants ont convenu en général qu'une formulation plus neutre serait préférable. Il a été proposé par exemple que l'article fasse mention de "mesures judiciaires contre l'acceptation ou le paiement en vertu d'une lettre de garantie". Bien que le Groupe de travail n'ait pas adopté de formulation précise, il est convenu que le titre devait non seulement être plus neutre, mais insister aussi sur le caractère "provisoire" ou "temporaire" des mesures judiciaires envisagées à l'article 21.

42. En ce qui concerne les termes entre crochets ("à l'encontre de l'émetteur ou du bénéficiaire"), le Groupe de travail a estimé que l'établissement d'une liste limitative de personnes à l'encontre desquelles des mesures provisoires pourraient être demandées dans le contexte de l'article 21, risquerait de restreindre indûment la latitude des tribunaux de prononcer des mesures provisoires qui pourraient être justifiées dans certains pays dans le cas d'une demande incorrecte en vertu d'une lettre de garantie. Le Groupe de travail a décidé de supprimer ces termes.

Paragraphe 1

"Lorsque [, comme suite à une requête du donneur d'ordre]"

43. On s'est accordé à penser que des mesures judiciaires provisoires devraient être prononcées exclusivement comme suite à une "requête", et non éventuellement, à l'initiative du tribunal. On s'est inquiété de ce que le paragraphe 1 se limitait aux cas où une telle requête émanait du donneur d'ordre. Ainsi, le texte existant risquait de ne pas donner au garant ou à l'émetteur la possibilité de recourir à des mesures judiciaires provisoires. On a répondu que, si l'article 17 faisait obligation au garant ou à l'émetteur de ne pas effectuer le paiement lorsqu'une demande était manifestement et clairement incorrecte, il était concevable que ledit garant ou émetteur puisse lui-même demander une décision de justice lui interdisant de payer en vertu d'une lettre de garantie, en particulier dans les cas où il s'attendait à ce qu'une demande incorrecte soit faite. Une autre crainte tenait au fait que la référence à une requête du donneur d'ordre empêche d'autres personnes, par exemple un liquidateur, de substituer leur requête à celle du donneur d'ordre. On a généralement estimé que, pour ce qui est des mesures provisoires, il fallait donner la possibilité à toutes les personnes ayant intérêt à empêcher le paiement en cas de demande incorrecte d'avoir accès à un tribunal. On a toutefois reconnu qu'il serait difficile d'établir une liste exhaustive de ces personnes et qu'une règle générale sur l'accès aux tribunaux de toutes les personnes ayant un intérêt légitime à arrêter le paiement pourrait être en contradiction avec les droits nationaux concernant des questions telles que la capacité d'ester en justice. Après discussion, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "du donneur d'ordre". (La discussion sur ce point a été rouverte dans le cadre du paragraphe 5 et la décision ci-dessus a été modifiée; voir plus loin par. 72.)

"il apparaît manifestement et clairement"

44. On a débattu de la question de savoir si l'article 21 devrait établir un niveau de preuve qu'appliquerait un tribunal pour se prononcer sur une demande de mesures provisoires visant à arrêter un paiement. A l'appui de la suppression de toute référence à un niveau de preuve, on a fait valoir que les questions concernant le niveau de preuve relèveraient plutôt du droit procédural applicable et que le texte ne devrait pas limiter la liberté d'appréciation des tribunaux. Il a été proposé en conséquence que l'article 21, au lieu d'établir un niveau de preuve, fasse simplement référence aux cas où "le tribunal est convaincu qu'une demande est incorrecte". Dans le même ordre d'idée, il a été proposé de remplacer le texte actuel du paragraphe 1 par le texte suivant : "Une instance compétente peut, conformément aux dispositions de son droit procédural, prononcer une mesure conservatoire au cas où la demande faite par le bénéficiaire est incorrecte au sens mentionné ou prescrit par l'article 19, interdisant à l'émetteur de donner suite à la demande". De l'avis général, un tel texte ne contribuerait pas à l'harmonisation du droit dans ce domaine. A l'appui de l'établissement d'un niveau de preuve, on a fait valoir que l'une des caractéristiques importantes du projet de convention serait d'instaurer une égalité de traitement entre des utilisateurs de lettres de garantie dans les pays où la possibilité de remettre en question l'obligation de payer en vertu d'une lettre de garantie était actuellement interprétée de façon restrictive par les tribunaux et dans les pays où les tribunaux, notamment dans le contexte des mesures provisoires, se montraient plus disposés à accepter des exceptions à l'obligation de paiement.

45. Pour ce qui est de la teneur des critères en matière de preuve, il a été demandé s'il devrait y avoir un parallélisme entre les critères énoncés, respectivement, pour les mesures judiciaires provisoires dans le contexte de l'article 21 et pour le refus de payer de la part du garant ou de l'émetteur au titre de l'article 17. Selon une opinion, il fallait appliquer le niveau le plus élevé possible de preuve aux deux situations, afin de ne pas compromettre la fiabilité de la lettre de garantie. Le texte suivant a été proposé : "Un tribunal ne remet pas en question l'obligation d'honorer une lettre de garantie ou la présentation de documents pour obtenir le paiement en vertu d'une telle lettre de garantie sauf si, après s'être conformé à ses procédures habituelles, il considère que la demande est manifestement et clairement incorrecte et entraînera un préjudice grave pour le demandeur". Parmi les raisons invoquées pour appliquer le même niveau de preuve à l'article 17 et à l'article 21, il a été avancé que ces deux articles visaient à protéger le donneur d'ordre. Au titre de l'article 17, ce dernier pouvait obliger le garant à refuser le paiement en cas de demande incorrecte. De même, dans le contexte des mesures judiciaires, il était habilité à rechercher la protection des tribunaux si le paiement entraînait un préjudice irréparable. Il a été déclaré que le juge, en prenant une décision en application de l'article 21, se substituerait au garant pour déterminer si la demande était manifestement et clairement incorrecte.

46. De l'avis général, toutefois, les contextes dans lesquels s'appliquaient les articles 17 et 21 étaient de nature différente et les niveaux de preuve à appliquer pouvaient différer. Dans l'article 17, l'application d'un niveau de preuve incombait au garant ou à l'émetteur qui cherchait à déterminer s'il était suffisamment clair qu'une demande présentée était incorrecte pour

justifier que l'émetteur soit obligé de ne pas payer. A l'appui d'un niveau de preuve aussi élevé que possible dans le cadre de l'article 17, les arguments suivants ont été invoqués : il ne faudrait pas que le garant ou l'émetteur ayant à se prononcer sur le caractère incorrect d'une demande puisse se soustraire facilement, par cette décision, à son obligation initiale d'effectuer le paiement sur demande; un niveau de preuve élevé était également nécessaire pour fournir une excuse valable à la banque qui n'avait pas refusé le paiement sur la base de la simple allégation par le donneur d'ordre que la demande était incorrecte. Quant au niveau de preuve à appliquer par un juge en vertu de l'article 21, il a été déclaré que les considérations ci-dessus ne devraient pas s'appliquer, compte tenu notamment du caractère provisoire des mesures considérées.

47. En ce qui concerne le niveau de preuve à appliquer par le tribunal, divers avis ont été exprimés. Selon l'un d'eux, ce niveau devait être le plus élevé possible afin de ne pas compromettre la fiabilité de l'instrument en permettant aux tribunaux d'imposer plusieurs niveaux. Il a aussi été déclaré à cet égard que le niveau de la preuve devait être élevé du fait que dans de nombreux systèmes juridiques le tribunal prononcerait une mesure conservatoire ou une autre mesure provisoire dans le cadre d'une procédure sur requête, c'est-à-dire sans donner au défendeur la possibilité d'être entendu. Selon une autre opinion cependant, le fait de prévoir dans le projet de convention qu'un juge devait déterminer si une demande était "manifestement et clairement" incorrecte n'aboutirait pas, dans de nombreux systèmes juridiques, à l'octroi de mesures conservatoires, car seul un tribunal statuant définitivement sur le fond d'une demande pourrait déterminer le caractère "manifestement et clairement" incorrect de cette demande. A l'appui d'une norme légèrement inférieure, on a fait valoir que, dans la plupart des systèmes juridiques prévoyant des mesures provisoires, on faisait appel à la notion de probabilité ou de vraisemblance, en disant par exemple qu'une demande était "selon toute probabilité" ou "selon toute vraisemblance" incorrecte ou qu'il y avait "une forte probabilité d'obtenir gain de cause". Selon un avis, il demeurerait difficile d'appliquer des niveaux de preuve légèrement inférieurs et, dans de nombreux pays, une mesure conservatoire interdisant le paiement sur cette base ne serait valable que quelques jours. On a fait valoir qu'une référence, dans le projet de convention, à la notion de "preuve concrète" serait peut-être plus appropriée. Selon une autre opinion, il fallait adopter un niveau de preuve inférieur tel que "le tribunal est convaincu à premier examen", "on peut vraisemblablement soutenir" ou "le tribunal a des raisons légitimes de croire" que la demande est incorrecte. Selon de nombreux avis cependant, un niveau correspondant aux expressions susmentionnées pourrait, sans limiter la liberté d'appréciation des tribunaux, compromettre la fiabilité de la lettre de garantie.

48. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'un niveau de preuve basé sur le caractère clairement et manifestement incorrect de la demande était trop élevé dans le cadre des mesures conservatoires et qu'il faudrait, dans un prochain projet, retenir un critère tel que la "forte probabilité" (que la demande soit incorrecte).

"[sur la base d'éléments de preuve documentaires et d'autres éléments de preuve aisément présentables]"

49. Selon un avis, les mots entre crochets devaient être supprimés afin de ne pas porter atteinte à la liberté d'appréciation des tribunaux. Selon une autre opinion, la nécessité pour les tribunaux de fonder leur décision sur des documents et autres éléments de preuve aisément présentables était liée à la définition d'une demande incorrecte à l'article 19. On a toutefois aussi argué qu'il demeurerait peut-être nécessaire d'ajouter une référence au caractère "concret" (c'est-à-dire à la disponibilité) de la preuve que le tribunal devait prendre en considération, car le texte actuel pourrait sinon être jugé trop vague. Après discussion, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots entre crochets.

"qu'une demande présentée [ou devant être présentée] par le bénéficiaire est incorrecte en application de l'article 19,"

50. De l'avis général, il était nécessaire de permettre des mesures conservatoires par anticipation, qui pourraient être particulièrement utiles dans le cadre d'une lettre de garantie avec paiements successifs. Le Groupe de travail a décidé de garder les mots "ou devant être présentée".

"[le tribunal] [un tribunal compétent] peut prononcer une mesure conservatoire :"

51. De l'avis général, l'emploi du terme "compétent" pouvait être interprété à tort comme une tentative de créer des motifs particuliers pour établir la compétence judiciaire. Le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "un tribunal compétent".

Alinéas a) et b)

52. Le Groupe de travail a examiné les alinéas a) et b) quant au fond. L'alinéa a) prévoyait deux types de mesures provisoires contre l'émetteur, l'une lui interdisant d'effectuer un paiement sur demande et l'autre, entre crochets, lui interdisant de débiter le compte du donneur d'ordre. L'alinéa b) prévoyait trois types de mesures provisoires contre le bénéficiaire, une lui interdisant d'accepter le paiement, une deuxième lui ordonnant de retirer la demande, si une demande avait été faite, et une troisième lui ordonnant de ne pas présenter une demande, si une telle demande était imminente.

53. Le Groupe de travail a examiné la teneur de ces alinéas afin de voir s'il y avait lieu d'inclure l'énumération des mesures possibles envisagées dans le présent projet. Aucune objection n'a été soulevée contre la mention, à l'alinéa a), de l'interdiction faite à l'émetteur de donner suite à la demande. Les avis ont divergé cependant quant au bien-fondé de la mention de l'interdiction faite à l'émetteur de débiter le compte du donneur d'ordre. Selon une opinion, le fait de prévoir expressément ce type de mesure conservatoire pour le donneur d'ordre était conforme à l'objectif général de l'article 21, qui était censé être de protéger les intérêts dudit donneur d'ordre. On a fait observer que, dans la pratique, une interdiction faite à l'émetteur de débiter le compte du donneur d'ordre serait, dans de nombreux cas, plus importante pour le donneur d'ordre que l'obtention d'une mesure

conservatoire interdisant le paiement au bénéficiaire, dans la mesure où ce serait l'émetteur qui supporterait le risque d'un paiement en contravention de l'article 17.

54. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, le fait de prévoir une telle mesure conservatoire posait des problèmes. Plusieurs arguments se sont conjugués pour faire pencher le Groupe de travail en faveur de la suppression de l'alinéa : l'émetteur, à qui il était fait interdiction de débiter le compte du donneur d'ordre, pouvait néanmoins demeurer contraint de payer le bénéficiaire; l'alinéa portait sur un aspect de la relation entre le donneur d'ordre et l'émetteur et n'avait donc pas trait à l'aspect principal du projet de convention; puisque ce dernier, en spécifiant les droits et obligations des parties, ne mentionnait pas le débit de comptes, une telle mention devait être évitée à l'article 21. Il a été proposé qu'au lieu de supprimer l'alinéa, on regroupe les deux interdictions en remplaçant le mot "ou" par le mot "et", ce qui aurait pour effet de traiter ensemble les deux mesures en éliminant ainsi la possibilité de voir l'émetteur confronté à des obligations conflictuelles. Cette suggestion n'a cependant pas bénéficié d'un appui suffisant.

55. Des vues divergentes ont été exprimées sur l'opportunité de maintenir ou de supprimer l'alinéa b) qui prévoyait des mesures conservatoires pour empêcher le bénéficiaire de prendre des dispositions afin d'obtenir paiement. Selon une opinion, l'alinéa b) serait en principe acceptable à condition d'y apporter un certain nombre de modifications pour le rendre plus clair. On a fait observer que la notion d'acceptation du paiement était floue, qu'elle ne serait pas comprise par tous de la même façon et qu'elle pourrait être remplacée par celle d'encaissement du produit. Il a aussi été proposé de supprimer la mesure ordonnant au bénéficiaire de retirer la demande. Selon un autre avis encore, les mots "interdisant au bénéficiaire ..." n'étaient pas appropriés et devraient être remplacés par des termes tels que "énonçant que le bénéficiaire ne peut accepter le paiement". Selon l'avis qui a prévalu, cependant, de telles modifications ne permettraient pas de surmonter les problèmes qu'elles étaient censées résoudre et l'alinéa b) devrait donc être supprimé. A l'appui de la suppression, il a été déclaré que la nature de l'interdiction prévue à l'alinéa b) n'était pas claire, que dans de nombreux systèmes juridiques elle n'existait pas et que l'alinéa a) était suffisant. On a aussi fait valoir qu'une mesure ordonnant au bénéficiaire de ne pas faire ou de retirer une demande risquait de l'empêcher de la présenter en temps voulu si le délai prévu venait à expiration dans l'intervalle.

56. Après examen des recours mentionnés aux alinéas a) et b) et compte tenu de la tendance à supprimer la mention de certains d'entre eux, le Groupe de travail s'est interrogé sur l'opportunité d'adopter une approche autre que celle qui consistait à tenter d'énumérer de façon exhaustive ou à titre indicatif les types de mesures auxquelles pouvaient recourir les parties. Il a été proposé, dans cet ordre d'idées, de remplacer les alinéas a) et b) par une règle générale énonçant par exemple que : "le tribunal peut prendre toute mesure qui protège les intérêts du donneur d'ordre et de l'émetteur", en mettant clairement l'accent sur le caractère provisoire de ces mesures. Après un débat, il a été décidé, pour remplacer les alinéas a) et b), d'ajouter à la fin du chapeau du paragraphe 1 un membre de phrase tel que : "une mesure conservatoire visant à ce que le bénéficiaire ne reçoive pas le paiement".

Clause restrictive terminant le paragraphe 1

57. Le libellé de la clause restrictive à la fin du paragraphe 1 a suscité un certain nombre de préoccupations. Selon cette clause, pour que les mesures conservatoires envisagées au paragraphe 1 soient applicables il fallait que le donneur d'ordre encoure "un préjudice grave" ou "un dommage irréparable" si le tribunal refusait d'émettre de telles mesures.

58. On a craint que les mots "à condition que" ne limitent trop la liberté donnée au tribunal d'apprécier le risque de dommage encouru par le donneur d'ordre et aillent à l'encontre des règles de procédure nationales prévoyant une telle liberté d'appréciation. Des termes tels que "en tenant compte du fait que" ont été jugés plus appropriés. Bien que l'on se soit demandé s'ils fourniraient des indications suffisamment claires aux tribunaux, le Secrétariat a été prié de tenter d'incorporer un libellé de ce type dans le texte.

59. On s'est également demandé si les mots "le refus" ne risquaient pas de laisser entendre que le tribunal pourrait être tenu responsable des dommages que pourrait encourir le donneur d'ordre si la mesure conservatoire n'était pas prononcée, alors qu'en fait la responsabilité incombait au bénéficiaire qui soumettait une demande incorrecte. En outre, les mots "faire encourir" risquaient de réduire la possibilité d'octroi d'une mesure conservatoire, car il serait très difficile de prouver avec certitude qu'un préjudice grave serait causé. Il a donc été proposé d'employer des termes du type "soit susceptible de faire encourir".

60. Diverses vues ont été exposées concernant le libellé présenté entre crochets dans la clause restrictive pour exprimer le degré du préjudice qui serait susceptible de résulter d'un refus de prononcer la mesure conservatoire demandée. Selon une opinion, les mots "un dommage irréparable" étaient préférables car plus clairs et, du fait de l'utilisation du mot "dommage", traduisaient mieux le caractère financier de la perte que subirait le donneur d'ordre. Toutefois, le mot "irréparable" a été critiqué comme étant vague et constituant un critère général trop élevé dans la mesure où le donneur d'ordre, s'il parvenait ultérieurement à avoir gain de cause, pourrait en fin de compte récupérer les fonds qu'il avait versés pour couvrir le paiement d'une demande incorrecte. Il a été déclaré que le mot "grave" associé soit au mot "dommage", soit au mot "préjudice" serait suffisant. Selon une autre opinion, les mots "un dommage irréparable" étaient trop forts et les mots "un préjudice grave" trop faibles, et il faudrait utiliser les mots "difficilement réparable". Selon une autre vue encore, les deux critères étaient acceptables. Il a en outre été noté que le garant ou l'émetteur n'auraient pas droit à remboursement du donneur d'ordre ou du client s'ils payaient alors qu'ils étaient tenus de refuser le paiement en vertu de l'article 17-2 et que donc, si l'on imposait une condition selon laquelle le donneur d'ordre ou le client devaient prouver qu'ils subiraient un préjudice, un tribunal serait tenu de refuser de prononcer une mesure conservatoire dans les cas où il apparaissait que la demande était manifestement et clairement incorrecte en vertu de l'article 19. D'après l'opinion qui a prévalu cependant, les mots "un préjudice grave" devraient être retenus.

Paragraphe 2

61. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à supprimer le paragraphe 2, qui autorise le tribunal à entendre le défendeur avant de prononcer une mesure conservatoire. Il a été déclaré que les incidences d'une disposition faisant référence à un pouvoir discrétionnaire ne seraient pas claires et qu'une telle disposition traitait d'un aspect élémentaire des droits de la défense, qui devrait être régi par les règles de procédure nationales. De plus, il a été déclaré que cette suppression n'empêcherait pas les tribunaux d'autoriser le bénéficiaire à être entendu dans les circonstances appropriées, circonstances qui ne seraient peut-être pas toujours réunies, notamment dans le cas des procédures sur requête visées à l'article 21. En outre, il a été noté que le paragraphe 2 pourrait créer un problème pour ce qui est de la distinction entre les mesures provisoires, visées par l'article 21 et les procédures finales, qui n'étaient pas traitées. Vu ces considérations, le Groupe de travail n'a pas accepté une proposition selon laquelle il devrait être impératif de donner au défendeur la possibilité d'être entendu, afin de protéger les droits du bénéficiaire et de permettre au tribunal d'entendre dès que possible les arguments du défendeur. Au contraire, selon l'avis qui a prévalu, il fallait supprimer le paragraphe 2.

Paragraphe 3

62. Il a été convenu que le paragraphe 3, selon lequel le tribunal pouvait exiger du demandeur qu'il fournisse une sûreté appropriée avant que ne soit prononcée une mesure provisoire, était utile et devait être conservé. Il a été noté qu'une telle disposition était équitable et tenait compte d'une manière équilibrée des intérêts du donneur d'ordre et du défendeur. Il a également été déclaré que le paragraphe 3 pourrait avoir un effet "disciplinaire" en dissuadant les demandeurs de présenter des demandes futiles et aurait donc une valeur éducative. Afin de préciser ce paragraphe, il a été convenu de remplacer le mot "sûreté" par un terme plus général, afin de ne pas donner l'impression qu'une forme particulière de sûreté était visée. Il a, par exemple, été proposé d'utiliser le libellé suivant : "engagement, sûreté ou autre document".

Paragraphe 4

63. Le Groupe de travail a examiné les trois variantes du paragraphe 4. Il a été noté que la variante A indiquait à titre général qu'il n'était pas interdit au tribunal de prononcer une mesure conservatoire si ses règles de procédure le lui permettaient. La seule limitation des pouvoirs du tribunal en la matière qui était énoncée dans cette variante était placée entre crochets et avait été incluse en raison des préoccupations exprimées lors de la dixième session; on craignait, en effet, les effets particulièrement perturbateurs d'une mesure conservatoire fondée sur la non-conformité des documents (A/CN.9/361, par. 109). La variante B énonçait que le seul motif autre que le caractère incorrect de la demande pouvant justifier l'octroi d'une mesure conservatoire était l'invalidité de la lettre de garantie. La variante C était la plus restrictive des trois, car elle n'autorisait pas les tribunaux à prononcer une mesure conservatoire pour des motifs autres que le caractère incorrect de la demande.

64. A l'appui de la variante A, on a déclaré qu'aucune limitation ne devrait être imposée aux pouvoirs des tribunaux. Pour la même raison, il a été avancé que la restriction figurant entre crochets devrait être supprimée. On a également déclaré que, au cas où le projet de convention limiterait par trop les possibilités d'intervention judiciaire dans le contexte des lettres de garantie par le biais de mesures conservatoires, le risque serait plus grand de voir les lettres de garantie utilisées à des fins illicites, telles que le blanchiment de l'argent ou l'évasion fiscale. Il a été noté qu'un tel abus ne serait pas empêché par le libellé actuel de l'article 19, car, dans de tels cas, la demande de paiement ne serait pas faite sans "justification concevable", mais aurait plutôt un fondement illégal. En réponse à cette préoccupation, le Groupe de travail a convenu que, quelle que soit la variante qui serait retenue, il faudrait inclure, soit à l'article 19, soit à l'article 21, une disposition visant à prévenir l'utilisation des lettres de garantie à des fins illégales.

65. A l'appui de la variante C, il a été déclaré que les possibilités d'intervention judiciaire dans le contexte des lettres de garantie devraient être limitées au maximum, afin de ne pas porter atteinte à la fiabilité de l'effet, dont la principale fonction était de garantir le paiement en attendant le règlement de tout litige. Il a été déclaré que, au cas où les tribunaux auraient de larges pouvoirs d'intervention en ce qui concerne l'obligation de paiement de l'émetteur dans les cas autres que la présentation d'une demande incorrecte définie à l'article 19, on courrait le risque de voir les tribunaux, sur la demande du donneur d'ordre, intervenir dans le contexte de l'opération sous-jacente entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Afin de renforcer encore la variante C, il a été proposé que les mesures conservatoires qui pourraient être autorisées au motif de la non-conformité des documents soient expressément interdites dans le texte de la variante C.

66. Un large appui s'est manifesté pour l'avis selon lequel la règle de procédure énoncée au paragraphe 4 relative au droit du donneur d'ordre de demander des mesures conservatoires devrait être rédigée, pour ce qui de son champ d'application, de manière à faire pendant à la règle de fond énoncée à l'article 19 quant aux conditions dans lesquelles le paiement pouvait être empêché. Il a toutefois été demandé par les tenants de la variante A pour quelles raisons l'invalidité de la lettre de garantie ne pourrait être retenue en tant que moyen de prévenir le paiement en vertu du projet de convention, alors que le caractère incorrect de la demande serait considéré comme un motif acceptable de demande de mesures conservatoires. En effet, le paiement effectué après réception d'une demande incorrecte et le paiement effectué lorsque la lettre de garantie était manifestement invalide pourraient tous deux causer un préjudice irréparable au donneur d'ordre. On s'est également demandé si le donneur d'ordre pourrait bénéficier d'une procédure de recours au cas où une demande de paiement serait présentée alors que la lettre de garantie était invalide.

67. Il a été répondu que l'instrument avait pour objet de garantir un paiement rapide (caractéristique appelée "liquidité") et, normalement, un tribunal se prononçant sur une demande de mesures conservatoires n'aurait pas compétence pour évaluer la validité de la lettre de garantie. Il a en outre été déclaré que le garant ou l'émetteur était tenu de vérifier la validité de la lettre de garantie et que, au cas où il paierait une lettre de garantie invalide, il n'aurait pas droit à remboursement de la part du donneur

d'ordre. Il a été avancé qu'il faudrait inclure à l'article 21 une disposition précisant que l'article ne traitait pas de la relation entre le donneur d'ordre et l'émetteur ou le garant (relation parfois désignée sous le nom de "relation de compte"). Cette précision proposée aurait pour effet de souligner que le projet de convention n'empêcherait pas le donneur d'ordre de s'adresser à un tribunal, par exemple pour demander que soit prononcée une mesure provisoire interdisant au garant ou à l'émetteur de débiter son compte si le garant ou l'émetteur avait payé après avoir reçu une demande non conforme.

68. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que, sous réserve de sa décision ci-dessus relative à l'illégalité (par. 64), les questions liées à la non-conformité ou à l'invalidité de la lettre de garantie ne devraient pas être considérées comme pouvant justifier des mesures provisoires en vertu de l'article 21. La variante C a été adoptée. En outre, il a été convenu que le projet de convention traitait de la relation entre le garant ou l'émetteur et le bénéficiaire. Le Secrétariat a été prié de préciser dans le prochain projet que l'article 21-4 n'empêchait pas le donneur d'ordre de demander des mesures conservatoires concernant son contrat avec le garant ou l'émetteur. Il a été décidé que le libellé figurant entre crochets dans la variante C serait conservé, afin de limiter l'interdiction énoncée dans cette variante aux demandes fondées sur des objections au paiement demandé par le bénéficiaire. Dans le même ordre d'idée, il a été décidé de remplacer les mots "pour des motifs autres" par les mots "pour toute objection au paiement autre".

Paragraphe 5

69. Il a été noté que le paragraphe 5 soumettait le séquestre ou la saisie des avoirs du bénéficiaire ou de l'émetteur non seulement aux conditions imposées par les règles nationales de procédure, mais aussi aux conditions visées au paragraphe 1, afin de limiter l'intervention judiciaire dans le contexte du paiement des lettres de garantie. Il a également été noté que, dans certaines juridictions, le séquestre ou la saisie des avoirs pouvait prendre la forme d'une procédure administrative plutôt que judiciaire.

70. On s'est demandé s'il était vraiment nécessaire et approprié de conserver le paragraphe 5. Ces doutes étaient justifiés par les points suivants : cette disposition traitait de questions de procédure et il serait trop difficile d'unifier les conditions dans lesquelles les tribunaux pourraient ordonner de telles mesures extraordinaires; le champ de cette disposition était incertain, notamment puisque le Groupe de travail avait décidé, à propos du paragraphe 1, de ne pas limiter le champ d'application de l'article 21 aux requêtes présentées par le donneur d'ordre; le paragraphe 1 suffisait à limiter raisonnablement les interventions judiciaires visant l'objet commercial des lettres de garantie, à savoir la certitude du paiement; dans certaines juridictions, les mesures visées au paragraphe 5 n'étaient pas considérées comme des mesures provisoires de caractère judiciaire, mais pouvaient être demandées de manière assez simple et uniquement pour une brève période, sans qu'il y ait intervention judiciaire; la disposition ne devrait pas laisser entendre que tous les avoirs du demandeur pourront faire l'objet d'un séquestre ou d'une saisie, mais préciser qu'il s'agit uniquement du produit de la lettre de garantie.

71. Selon l'avis qui a prévalu, il faudrait inclure à l'article 21 une règle du type de celle énoncée au paragraphe 5, car de telles mesures, quelle que soit leur dénomination et quelle que soit la manière de les obtenir dans les différents systèmes juridiques, étaient un élément essentiel permettant de donner effet aux mesures prévues au paragraphe 1; et il était dans le même temps important, afin de préserver la viabilité commerciale des lettres de garantie, de permettre, en cas de demande abusive, l'application des mesures de protection prévues en général à l'article 21 pour les mesures provisoires. Toutefois, il a été décidé de ne pas inclure le paragraphe 5 et de donner effet à la décision du Groupe de travail en élargissant encore le libellé du paragraphe 1 en y insérant, après le mot "peut", des mots tels que : "bloquer le paiement des fonds ou prononcer une mesure conservatoire".

72. Les débats relatifs au paragraphe 5 ont conduit le Groupe de travail à réexaminer sa décision suivant laquelle il ne faudrait pas préciser au paragraphe 1 quelles parties pourraient demander les mesures conservatoires prévues à l'article 21. Il a été dans l'ensemble convenu qu'afin d'éviter certaines des difficultés mentionnées lors de l'examen du paragraphe 5, le paragraphe 1 devrait limiter le champ d'application de l'article 21 aux actions intentées par le donneur d'ordre et il faudrait également faire référence à la partie ordonnatrice ou à la partie à la relation de compte, afin de couvrir notamment les lettres de contre-garantie.

73. Après avoir achevé son examen de l'article 21, le Groupe de travail est revenu, comme il avait été convenu, sur la question générale du maintien ou de la suppression de cet article. Les arguments pour et contre le maintien de l'article 21 mentionnés ci-dessus aux paragraphes 38 et 39 ont été présentés une nouvelle fois. Un accent particulier a été mis d'une part sur les problèmes qui se poseraient si l'on s'efforçait d'élaborer une règle uniforme dans ce domaine et, d'autre part, sur le fait qu'une des grandes fonctions, sinon la principale fonction du projet de convention était de traiter les questions visées à l'article 21. Selon l'avis qui a prévalu, il serait prématuré de prendre une décision définitive à ce stade et le Groupe de travail devrait attendre le prochain projet du Secrétariat, sur la base duquel il reprendrait son examen de l'article 21.

CHAPITRE VI. COMPETENCE

Article 24. Choix du tribunal ou de l'arbitrage

et

Article 25. Détermination de la juridiction compétente

74. Etant donné les liens entre les dispositions des articles 24 et 25, le Groupe de travail a examiné ces deux articles conjointement.

75. L'approche retenue dans la version actuelle des deux articles a suscité divers avis et questions. Il a notamment été demandé si des dispositions du type proposé au chapitre VI se rencontraient dans d'autres instruments multilatéraux. Il a été répondu qu'à ce stade, les débats devraient être axés sur l'utilité qu'il y aurait à traiter des questions visées au chapitre VI

dans le contexte des lettres de garantie et qu'il ne faudrait pas donner trop d'importance à la question de savoir s'il existait ou non de telles dispositions dans d'autres conventions.

76. Selon un avis, l'article 24, qui reconnaissait aux parties la liberté de désigner un tribunal ou de disposer que les litiges découlant de la lettre de garantie seraient réglés par voie d'arbitrage, était sans utilité, car il ne prévoyait pas de sanctions, en particulier la compétence exclusive du for désigné. Il a été jugé que cette incertitude était encore aggravée, au cas où un tribunal ne pourrait être désigné conformément à l'article 24, par l'absence d'une règle d'exclusivité en ce qui concerne la détermination de la juridiction compétente en vertu de l'article 25. Il a en outre été noté que la simple affirmation du principe de l'autonomie des parties, sans que soient mentionnés les facteurs de l'attachement à la juridiction désignée, pourrait se heurter à des considérations de politique générale dans les Etats craignant de devoir supporter la charge de litiges ayant des rapports lointains ou n'ayant pas de rapport du tout avec leur juridiction.

77. Ces préoccupations ont toutefois pesé moins lourd que l'avis selon lequel l'article 24 constituait un cadre utile pour le principe de l'autonomie des parties en ce qui concerne la juridiction compétente et pourrait encourager le recours à l'arbitrage. Il a également été noté que l'article 24, s'il permettait au tribunal désigné de décliner sa compétence (par exemple au motif du forum non conveniens) et s'il ne prévoyait pas une compétence exclusive, devait toutefois être lu conjointement avec l'article 25 qui énonçait une règle directe sur la compétence, au cas où la compétence ne serait pas établie en vertu de l'article 24. Le Groupe de travail a estimé que certaines des questions soulevées par l'article 24 ne pourraient être résolues tant que les dispositions de l'article 25 relatives à la compétence résiduelle n'auraient pas été mises au point et précisées, notamment pour ce qui est de savoir si elles étaient ou non impératives. Il a été noté que les articles 24 et 25, puisqu'ils seraient incorporés à un instrument de caractère législatif, favoriseraient une approche similaire à celle énoncée, dans un cadre contractuel, à l'article 28 des RUGD.

78. On s'est demandé si la viabilité de l'article 24 ne serait pas mise en cause au cas où les parties désigneraient un tribunal qui ne serait pas compétent pour résoudre le litige en question. Il a été proposé de ce fait d'ajouter le mot "compétent" après le mot "tribunal" au paragraphe 1, bien qu'il ait été noté que l'article 25 offrait une solution de repli dans les cas de ce type.

79. Il a été demandé si les différences de formulation entre le paragraphe 1 de l'article 24 et le paragraphe 1 de l'article 25 pourraient laisser entendre que la première de ces dispositions avait un champ d'application plus large, notamment pour ce qui est des parties auxquelles référence était faite. De même, on s'est demandé si les différences, quant à leur formulation et à leur teneur, entre le paragraphe 2 de l'article 24 et le paragraphe 2 de l'article 25, ne risquaient pas d'être interprétées comme signifiant que cette dernière disposition visait en quelque sorte à limiter la compétence d'autres tribunaux, ce qui pourrait poser des problèmes si elles étaient comprises comme excluant la compétence de tribunaux dans la juridiction desquels les avoirs étaient situés. Il a été proposé d'ajouter au paragraphe 2 de l'article 25 une référence expresse à l'article 21, afin d'en améliorer la

clarté. On s'est également demandé si le libellé actuel visait à exclure, dans le contexte d'une lettre de contre-garantie, la possibilité de voir le donneur d'ordre intenter directement une action dans la juridiction où la lettre de garantie appuyée par la lettre de contre-garantie était payable. Il a été avancé que, si l'on souhaitait autoriser une telle action, on pourrait faire référence dans la disposition à la partie ordonnatrice. Dans le même temps, il a été rappelé que le fait d'autoriser une telle action directe de la part de la partie ordonnatrice pourrait être contraire au principe de la relativité (privity) des contrats imposé dans certaines juridictions.

80. On s'est également déclaré préoccupé par la relation, compte tenu du risque d'incompatibilité comme des possibilités d'interactions bénéfiques, entre les règles énoncées au chapitre VI et celles d'autres instruments multilatéraux énonçant des règles générales sur des questions similaires, notamment la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et la Convention de Lugano de 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Il a été noté à ce propos que, si ces Conventions étaient ouvertes à l'adhésion de tous les Etats, elles avaient été élaborées à l'échelon régional et que la mesure dans laquelle elles pourraient étayer les dispositions du chapitre VI était donc limitée. Afin de faire face à ce risque d'incompatibilité, on a fait état de la possibilité de prévoir des réserves. On s'est également demandé à ce propos si, pour les Etats qui n'étaient pas parties à un tel mécanisme multilatéral de reconnaissance et d'exécution, l'application du chapitre VI serait possible. Il a été répondu que la reconnaissance et l'exécution ne se fondaient pas seulement sur la participation à de tels arrangements multilatéraux. En premier lieu, les sentences arbitrales étaient soumises à la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères; en outre, des arrangements bilatéraux pouvaient prévoir l'exécution des décisions judiciaires. Il a également été noté que même les Etats qui étaient parties aux Conventions de Bruxelles et de Lugano se heurtaient à des problèmes d'exécution, notamment lorsque l'exécution d'un jugement faisait intervenir d'autres Etats qui n'étaient pas parties aux Conventions.

81. Le Groupe de travail a ensuite examiné un certain nombre de propositions de caractère général fondées sur les divers avis et questions exprimés. Selon une proposition, il fallait tout simplement supprimer le chapitre VI. A l'appui de cette proposition, il a été avancé que, sous leur forme actuelle ne prévoyant pas une compétence exclusive, les dispositions étaient superflues et, si elles étaient modifiées de manière à prévoir une compétence exclusive, des problèmes importants surgiraient, faute notamment d'un mécanisme de reconnaissance et d'exécution. A l'appui de cette proposition, il a également été noté que, du moins pour ce qui est de l'article 24, cette suppression aurait peu de conséquences pratiques car, en fait, la question de la compétence était rarement traitée dans les lettres de garantie, notamment parce qu'en soulevant une telle question, on risquait de porter atteinte à l'engagement. Toutefois, comme il a été noté ci-dessus, on a jugé dans l'ensemble qu'il faudrait s'efforcer de traiter de la question de la compétence dans le projet de convention, car il s'agissait là d'un domaine d'une importance considérable.

82. Selon une autre approche, il fallait réviser le chapitre VI afin de rendre exclusif le choix de la compétence. Selon une variante de cette approche, il fallait supprimer l'article 24 et simplement conserver une règle objective de compétence à l'article 25. Certains ont fait part de leur opposition à toute approche prévoyant une compétence exclusive. On a notamment jugé que l'exclusivité était incompatible avec une approche ne prévoyant pas la reconnaissance et l'exécution des décisions, car on aboutirait sans doute, dans la pratique, à des décisions ne pouvant être exécutées. On a également craint qu'une telle approche ne suscite des problèmes si une compétence exclusive était conférée aux tribunaux d'une juridiction, alors que les avoirs devant faire l'objet de l'exécution étaient situés dans une autre juridiction.

83. Selon une autre approche encore, il fallait combiner l'exclusivité, la non-exclusivité et l'autonomie des parties. Dans cet ordre d'idée, il a été proposé d'autoriser le demandeur, sauf convention contraire, à intenter une action dans l'une des juridictions suivantes : lieu où la lettre de garantie avait été émise; établissement ou lieu de résidence du bénéficiaire; ou établissement ou lieu de résidence du donneur d'ordre. Selon une autre suggestion, qui a été accueillie avec plus d'intérêt, il fallait disposer que le tribunal désigné aurait compétence exclusive, à moins qu'il ne soit démontré que sa décision ne serait pas reconnue ou ne pourrait être exécutée, auquel cas un autre tribunal pourrait exercer sa compétence.

84. Bien que l'on se soit demandé si cette dernière proposition fonctionnerait en l'absence d'un mécanisme de reconnaissance et d'exécution, le Groupe de travail a décidé de prier le Secrétariat d'élaborer, à son intention, deux variantes du chapitre VI. L'une d'entre elles conserverait pour l'essentiel les articles 24 et 25 tels qu'ils étaient actuellement libellés et indiquerait clairement que le choix ou la détermination de la compétence n'étaient pas exclusifs. L'autre variante rendrait exclusif le choix de la juridiction en vertu de l'article 24, alors qu'à l'article 25, la détermination de la juridiction compétente resterait non exclusive. Il faudrait s'efforcer de rajouter à l'article 25 une soupape de sûreté, à savoir la possibilité qu'un tribunal autre que celui choisi par les parties en vertu de l'article 24 devienne compétent si la décision du tribunal désigné à l'article 24 ne pouvait être reconnue et exécutée.

CHAPITRE VII. CONFLIT DE LOIS

Article 26. Choix de la loi applicable

et

Article 27. Détermination de la loi applicable

85. Le Groupe de travail a d'abord étudié s'il faudrait inclure dans le projet de convention des dispositions relatives au conflit de lois. Selon un avis, il n'était ni nécessaire ni approprié de conserver le chapitre VII, puisque le projet de convention avait pour objet d'offrir un ensemble de règles de fond uniformes sur les lettres de garantie. On s'est également demandé quelles seraient les incidences du chapitre VII pour les Etats qui étaient parties à la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux

obligations contractuelles. Selon un autre avis, il faudrait conserver le chapitre VII. A l'appui de cet avis, il a été déclaré que, même avec le projet de convention, il serait utile et nécessaire de disposer de règles de conflit de lois, qu'elles émanent d'une loi nationale ou d'une convention. L'inclusion de ces règles dans le projet de convention permettrait de renforcer la fiabilité et l'utilité commerciale des instruments en question, car on reconnaîtrait ainsi l'autonomie des parties en matière de choix de la loi applicable et on réduirait le risque de litiges touchant la détermination de cette loi.

86. Le Groupe de travail a étudié si les dispositions de l'article premier relatives au champ d'application devraient s'appliquer également aux dispositions relatives au conflit de lois énoncées aux articles 26 et 27, si ces derniers articles étaient retenus. Il a été noté que, si les articles 26 et 27 étaient soumis, pour ce qui est de leur champ d'application, aux mêmes règles que le reste du projet de convention, ils ne s'appliqueraient que si le projet de convention dans son ensemble était applicable et donc uniquement aux questions non régies par le projet de convention; par contraste, si les articles 26 et 27 étaient applicables de manière autonome, ils s'appliqueraient même si le reste de la Convention n'était pas applicable, ce qui permettrait d'unifier les règles de conflit de lois des Etats contractants dans ce domaine. Une telle approche exigerait que les articles 26 et 27 soient expressément exclus du champ de l'article premier. Vu la relation entre le chapitre VII et l'article premier, le Groupe de travail a jugé qu'il serait mieux à même de trancher la question du maintien ou de la suppression du chapitre VII et d'étudier la teneur et l'application de ce chapitre après qu'il aurait réexaminé l'article premier (voir ci-après, par. 90 à 106).

87. A propos de l'article premier, des doutes ont été émis quant à la possibilité d'inclure dans le projet de convention des règles de conflit de lois qui seraient applicables même si la Convention n'était pas applicable conformément aux dispositions de l'article premier. On a jugé qu'une telle approche était inhabituelle, voire sans précédent dans une convention multilatérale. Il a été déclaré que les règles de conflit de lois étaient des éléments caractéristiques des lois nationales et devaient donc sans doute être envisagées si le Groupe de travail décidait que son texte prendrait la forme d'une loi type, mais qu'il n'était pas approprié de les inclure dans le projet de convention car cette question devrait plutôt être régie par la législation nationale. Il a été noté que, dans le cadre du projet de convention, il faudrait se limiter à définir clairement à l'article premier le champ d'application général du projet de convention et que, au cas où des règles de conflit de lois seraient incluses, elles ne devraient s'appliquer que dans les cas où le projet de convention dans son ensemble s'appliquait, ce qui limiterait leur application aux questions non régies par le projet de convention. On a en outre craint qu'une règle de conflit de lois générale et stricte ne soit d'une utilité limitée, car elle serait moins détaillée et moins souple que les mécanismes nationaux en la matière et risquerait d'empêcher une évolution progressive vers des approches plus souples. On a également craint que la préparation de dispositions viables suffisamment détaillées en matière de conflit de lois, bien adaptées aux différents types de systèmes juridiques, ne risque de retarder encore l'achèvement du projet de convention par le Groupe de travail. Dans ce contexte, on a notamment fait remarquer qu'une description plus détaillée des droits, obligations et moyens de recours qui seraient régis ou non par ces règles serait nécessaire, afin

d'éviter des interprétations divergentes dans les différents systèmes juridiques; par exemple, il a été fait référence à la question de la prescription.

88. En réponse à ces préoccupations, il a été noté que l'inclusion d'un chapitre VII indépendant ne devrait pas être nécessairement considérée comme une intrusion inappropriée, car les Etats disposeraient de toute façon de règles de conflit applicables dans les cas où la Convention ne s'appliquerait pas. Il a également été noté que les règles énoncées au chapitre VII représentaient l'approche qui avait prévalu et qui était largement acceptée. Si, pour certains, ce fait militait en faveur de la suppression du chapitre VII, les tenants du maintien de ce chapitre ont noté qu'une convention sur les conflits de lois en la matière - dont l'élaboration était improbable - comporterait essentiellement les mêmes règles, et que le chapitre VII ne devrait donc pas être considéré comme une source de controverses ou de problèmes particuliers. A ce propos, il a été noté qu'il n'y avait aucune raison de ne pas conserver un chapitre VII qui serait applicable de manière autonome, afin d'unifier la législation applicable aux lettres de garantie dans les Etats contractants, notamment pour ce qui est de la notion importante de l'autonomie des parties en matière de choix de la loi applicable. Le Groupe de travail a été informé que les tribunaux pourraient ainsi plus facilement résoudre les problèmes pratiques auxquels ils se heurtaient dans ce domaine et que cet aspect devrait être prédominant, alors qu'il importait moins de savoir si les dispositions en question devaient être considérées comme des dispositions de fond ou des dispositions de procédure. Il a également été noté que le chapitre VII ne serait pas la seule section du projet de convention traitant de questions de procédure si l'on retenait le chapitre VI. Selon un avis connexe, même si le chapitre VII n'était pas dans l'ensemble applicable indépendamment des dispositions de l'article premier relatives au champ d'application, il pourrait être retenu afin d'énoncer une règle de conflit pour les questions non régies par la Convention.

89. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de partir de l'hypothèse que les articles 26 et 27 seraient conservés dans le projet de convention et qu'ils seraient applicables indépendamment du point de savoir si, dans un cas donné, le projet de convention s'appliquait en vertu des dispositions générales de l'article premier relatives au champ d'application. Il a prié le Secrétariat d'établir, en consultation avec la Conférence de La Haye de droit international privé, une version révisée des articles 26 et 27, afin de tenir compte de cette hypothèse de travail et des observations faites par le Groupe de travail quant à la teneur des articles 26 et 27 et à l'approche retenue. Il a été noté que cette approche serait étudiée lors de la prochaine lecture de ces articles.

CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION

Article premier. Champ d'application

90. Lorsque le Groupe de travail a commencé à revoir les dispositions révisées du projet de convention, il a convenu d'une manière générale que cette lecture du texte devrait être considérée comme la lecture définitive à

laquelle il procéderait, de façon que le texte puisse être soumis à la Commission à sa vingt-huitième session en 1995, comme celle-ci l'avait demandé à sa vingt-sixième session 3/.

"La présente Convention"

91. Un échange de vues s'est engagé sur la question de savoir si le projet de texte devrait être adopté sous la forme d'une convention ou sous la forme d'une loi type. Certains ont appuyé la formule d'une loi type, car elle offrait aux Etats une plus grande latitude quant aux dispositions du texte qu'ils jugeraient acceptables et qui pourraient être facilement incorporées dans la législation nationale. Il a toutefois été noté que l'adoption du projet de texte sous la forme d'une convention permettrait aussi une certaine souplesse, car les Etats l'adoptant auraient la possibilité d'émettre des réserves sur un nombre limité de questions.

92. La formule d'une convention a recueilli un peu plus de suffrages, car elle cadrerait mieux avec le caractère des règles envisagées et elle favoriserait mieux l'uniformité et réduirait les incertitudes quant aux règles applicables, ce qui était considéré comme indispensable au bon fonctionnement des lettres de garantie internationales et à la fiabilité des lettres de garantie utilisées comme instruments financiers. Il a également été déclaré qu'une convention, bien que moins souple par nature qu'une loi type, serait peut-être plus facilement acceptable pour les Etats l'adoptant au motif que, au moins dans certains pays, il serait possible d'incorporer une convention régissant les lettres de garantie internationales dans la législation nationale par une procédure législative simplifiée qui n'impliquerait pas nécessairement l'élaboration d'une loi nationale sur les lettres de garantie.

93. Après un débat, le Groupe de travail a confirmé l'hypothèse retenue à sa dix-septième session (A/CN.9/361, par. 147) selon laquelle le texte définitif prendrait la forme d'une convention. Il a été convenu que la possibilité pour les Etats adoptant la Convention de faire des réserves devrait être discutée par le Groupe de travail à mesure qu'il examinerait les dispositions du projet de convention. Il a également été noté que la décision prise par le Groupe de travail quant à la forme de l'instrument n'excluait pas la possibilité que la Commission puisse revenir à la formule plus souple d'une loi type lors de la phase ultime de ses travaux, lorsqu'elle aurait réexaminé le projet de convention élaboré par le Groupe de travail.

"s'applique aux lettres de garantie internationales"

94. Des vues divergentes ont été exprimées au sujet de l'expression "lettres de garantie internationales" employée à l'article premier pour délimiter le champ d'application quant au fond du projet de convention. Selon un avis, il fallait retenir cette expression car elle englobait, tout en restant suffisamment concise, les deux types d'engagement que devait régir la Convention, à savoir les garanties sur demande et les lettres de crédit stand-by. En outre, elle était conforme à l'approche retenue pour le moment,

3/ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément N° 17 (A/48/17), par. 273.

consistant à énoncer des dispositions communes aux deux types d'engagement, à moins que, dans des cas particuliers, il ne soit nécessaire de ne faire référence qu'à un de ces types. On a toutefois noté que, dans le projet de convention, la dénomination commune simplifiée n'était employée que dans les dispositions dudit projet, et non dans son titre où, en désignant deux types d'engagement, on estimait signaler plus clairement au lecteur quel devait être le champ d'application de la Convention. Il a été suggéré de modifier le titre du projet de convention en "Projet de convention sur les lettres de garantie (garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by)". Selon une autre suggestion, une référence, à l'article premier, à "des lettres de garantie internationales telles qu'elles sont définies à l'article 2" pourrait indiquer de façon suffisamment claire que le sujet de la Convention était limité aux garanties indépendantes et aux lettres de crédit stand-by.

95. Selon un autre avis, l'expression "lettre de garantie" n'était pas appropriée car elle ne correspondait pas à la terminologie employée dans la pratique, en particulier dans la pratique des lettres de crédit stand-by. En outre, on a fait valoir que l'emploi du mot "garantie" risquait de poser des problèmes au plan de la réglementation dans certains pays, où le projet de convention pourrait être interprété à tort comme habilitant les banques à émettre des garanties accessoires, pratique qui était expressément rejetée par la réglementation bancaire en vigueur. Il a donc été suggéré de remplacer l'expression "lettres de garantie" par une expression telle que "garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by". S'il était toutefois nécessaire d'utiliser une dénomination commune simplifiée, on devrait retenir un terme véritablement neutre tel qu'"engagement", "instrument financier indépendant", "assurance financière internationale" ou "lettre sur demande", qui aurait pour avantage de ne pas orienter le texte vers l'un ou l'autre des deux types d'engagement. On a toutefois attiré l'attention sur le fait qu'en employant une expression neutre de ce genre, on risquait de ne plus savoir de quel instrument il était question, en particulier dans les cas où il y avait émission d'une chaîne de garanties et de contre-garanties. Pour ce qui est de l'emploi de l'expression "garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by", on s'est inquiété de ce qu'elle risquait de ne pas couvrir tous les "engagements équivalents" évoqués à l'article 2.

96. On s'est demandé également si l'emploi de l'expression "lettre de garantie" dans le titre et à l'article premier de la Convention serait suffisamment neutre, car il pourrait suggérer une préférence pour les garanties indépendantes par rapport aux garanties accessoires. On a donc proposé d'ajouter l'épithète "indépendantes" dans le titre et à l'article premier, afin de ne pas suggérer que les garanties bancaires et autres instruments indépendants définis à l'article 2 étaient les seules "lettres de garantie" concevables. Il a été répondu que l'article 2 indiquait clairement que seules les garanties indépendantes étaient régies par la Convention.

97. L'opinion qui a prévalu a été que, étant donné les difficultés pratiques que soulevait dans certains pays l'emploi d'une expression créée artificiellement telle que "lettre de garantie", il ne faudrait pas essayer davantage d'adopter une terminologie qui décrive la pratique. Le projet de convention devrait au contraire employer des termes neutres tels que "engagement" pour faire référence aux deux types d'instrument qu'il régissait. Pour ce qui est de l'article premier, il a été décidé qu'il

devrait contenir une référence aux engagements tels qu'ils étaient définis à l'article 2, tandis que l'expression "garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by" serait utilisée dans le titre du projet de convention.

"[émises dans un Etat contractant]"

98. Le Groupe de travail a discuté du libellé entre crochets en tant que critère pour la détermination du champ d'application territorial de la Convention. On a noté que, si ce libellé était supprimé, ce champ d'application serait déterminé exclusivement par les règles de conflit de lois applicables tandis que, s'il était conservé, le champ d'application serait déterminé par un facteur rattachant de façon autonome l'opération à un Etat contractant, c'est-à-dire sans référence aux règles relatives au conflit de lois. On a déclaré qu'une autre approche possible, qui élargirait le champ d'application du projet de convention en s'inspirant du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après dénommée "Convention des Nations Unies sur les ventes"), consisterait à énoncer un facteur de rattachement tel que celui que constituait le libellé entre crochets et à prévoir en outre l'applicabilité de la Convention dans les cas où les règles de conflit de lois aboutissaient à l'application de la loi d'un Etat contractant.

99. On a fait valoir, à l'appui de l'ajout d'une référence aux cas où les règles de conflit de lois aboutissaient à l'application de la loi d'un Etat contractant, qu'une telle référence pourrait être nécessaire pour que la Convention traite de façon satisfaisante du cas où seul le contre-garant mais non la seconde banque émettant une garantie indirecte se trouvait dans un Etat contractant. On a noté cependant que, dans la pratique, cet ajout aurait un effet limité, car la plupart des règles nationales de conflit de lois menaient à l'application de la loi du pays où la lettre de garantie avait été émise. Selon un avis contraire, l'incorporation d'une référence aux règles du droit international privé pourrait engendrer des incertitudes lorsqu'un tribunal d'un Etat contractant aurait à appliquer comme loi d'un autre Etat contractant le projet de convention, et que l'interprétation dudit projet dans ces deux Etats contractants aboutirait à des solutions divergentes. On a noté que, pour cette raison, un certain nombre de pays avaient émis une réserve au paragraphe 1 b) de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

100. Après discussion, le Groupe de travail a décidé que le libellé entre crochets devait être maintenu et qu'en outre, le projet de convention devait prévoir l'applicabilité de la Convention lorsque les règles de conflit de lois aboutissaient à l'application de la législation d'un Etat contractant.

"[sauf stipulation contraire de ladite lettre]"

101. Le Groupe de travail est convenu que les parties devaient être autorisées à décider que le projet de convention ne s'appliquerait pas à une lettre de garantie donnée ("clause de renonciation"). De l'avis général, une telle décision devait être expressément mentionnée dans le texte de l'engagement. On a noté cependant que, dans la plupart des pays, il n'existait, à l'heure actuelle, aucune législation portant spécifiquement sur les lettres de garantie. Si les parties choisissaient de ne pas appliquer le

projet de convention, les tribunaux pourraient soumettre la lettre de garantie soit au droit général des contrats, soit au projet de convention, qui pourrait être considéré comme la seule législation nationale sur le sujet. Ainsi, la renonciation à l'application du projet de convention pourrait, dans la pratique, avoir un effet limité. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le libellé entre crochets.

102. On s'est demandé si les parties devraient être autorisées, non seulement à renoncer à l'application de l'ensemble de la Convention, mais aussi à déroger à certaines de ses dispositions. Il a été proposé d'adopter une disposition s'inspirant de l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. On a noté, cependant, qu'une disposition autorisant les parties à déroger à certaines dispositions ou à en modifier l'effet ne conviendrait que si le texte définitif devait avoir un caractère essentiellement non impératif. Selon l'opinion qui a prévalu, la question de l'autonomie des parties concernant certaines dispositions du projet de convention ne devrait être examinée qu'après les articles du projet de convention, dont quelques-uns seulement étaient actuellement désignés comme non impératifs.

" , et à toute autre lettre de garantie dans laquelle il est spécifié qu'elle est soumise à la présente Convention."

103. Diverses questions ont été posées dans le cadre du débat sur l'opportunité d'inclure dans le projet de convention une disposition permettant aux parties à une lettre de garantie de faire régir ladite lettre par le projet de convention ("clause d'option positive").

104. La première question était de savoir si une clause d'option positive devrait permettre aux parties à une lettre de garantie nationale d'opter pour le régime international prévu dans le projet de convention. A l'appui d'une telle disposition, on a fait valoir qu'il pourrait être particulièrement souhaitable d'autoriser les parties, dans le cadre d'opérations nationales, à se reporter à un régime international dont on pourrait attendre des solutions équitables à des problèmes que la législation nationale pourrait ne pas régler entièrement. On a aussi fait valoir qu'en permettant aux parties d'opter pour l'application du projet de convention il pourrait être plus facile d'accepter une définition restrictive du mot "internationalité" à l'article 4. Selon un avis contraire, les parties ne devraient pas être autorisées à se soustraire aux règles impératives des législations nationales en optant pour l'application du projet de convention. On a noté qu'en l'absence de telles règles impératives les parties pourraient adopter le projet de convention comme régime contractuel même si ce dernier ne contenait aucune disposition spécifique à cet effet. Après un débat, le Groupe de travail est convenu que le texte du projet de convention ne devrait pas être libellé de manière à donner aux parties un droit de l'adopter pour des opérations nationales.

105. On s'est ensuite demandé si une clause d'option positive devrait permettre aux parties d'appliquer le projet de convention à une lettre de garantie internationale qui n'entrerait pas autrement dans le champ d'application territorial dudit projet, par exemple dans le cas où la lettre de garantie était émise dans un Etat non contractant. De l'avis général, s'il fallait laisser aux parties toute liberté d'adopter indirectement le régime juridique énoncé dans le projet de convention par le biais d'une référence à la loi d'un Etat contractant, la Convention ne devait cependant comporter

aucune disposition particulière leur permettant d'opter directement pour son application en l'absence d'une telle référence à la loi d'un Etat contractant qui appliquait la Convention dans de tels cas.

106. On s'est en outre demandé si une clause d'option positive devrait autoriser les parties à faire appliquer le projet de convention à un instrument qui ne serait pas considéré autrement comme une lettre de garantie au titre de l'article 2. Selon un avis, la possibilité d'opter pour l'application du projet de convention devait être limitée aux lettres de crédit commerciales, qui avaient le même caractère juridique que les lettres de crédit stand-by et qui, dans certains cas, ne pouvaient apparemment s'en distinguer. On a déclaré que l'application du projet de convention aux lettres de crédit commerciales serait appropriée car elles fonctionnaient selon les mêmes principes que les lettres de crédit stand-by. On a déclaré par ailleurs qu'il faudrait mentionner expressément dans le projet de convention la possibilité d'une clause d'option positive, étant donné l'exclusion possible des lettres de crédit commerciales de la définition de la lettre de garantie dans la variante C du projet de paragraphe 1 de l'article 2. Il y a eu une objection contre le fait de mentionner expressément dans le projet de convention que la possibilité pour les parties de convenir d'une clause d'option positive devrait être limitée aux lettres de crédit commerciales. Une telle disposition pourrait avoir pour effet involontaire d'exclure toute possibilité de faire appliquer le projet de convention à d'autres instruments comme cela serait possible autrement en vertu de la législation applicable. Après discussion, le Groupe de travail a décidé que la clause générale d'option positive qui figurait dans le projet actuel devrait être remplacée par une disposition autorisant les parties à une lettre de crédit commerciale d'opter pour l'application du projet de convention. Il a été noté que, lorsqu'il examinerait les articles restants du projet de convention, le Groupe de travail aurait la possibilité d'étudier si cette décision était appropriée et de la revoir si nécessaire.

Article 2. Lettre de garantie

Paragraphe 1

Chapeau

107. Diverses propositions ont été faites afin de préciser que l'émission mentionnée au début de la définition visait essentiellement l'émission d'un engagement à titre professionnel. A cette fin, il a été proposé d'ajouter le mot "financière" après le mot "institution". Le Groupe de travail a jugé que cette modification ne rendrait pas la disposition plus claire. Diverses suggestions parallèles ont été faites visant à exclure les cas où l'engagement était pris par un consommateur. Il a notamment été suggéré d'autoriser une réserve permettant d'exclure les émissions par des consommateurs; d'inclure une déclaration selon laquelle le projet de convention n'avait pas d'incidence sur l'application de la législation en matière de protection du consommateur; d'ajouter des mots tels que "autre qu'un consommateur" après le mot "personne"; de supprimer le mot "personne", ou du moins de le qualifier par l'adjectif "commerciale"; de faire référence au domaine "commercial ou professionnel". Pour ce qui est de cette dernière suggestion, il a été noté que, dans certains cas, il serait impossible de déterminer l'objet de l'engagement en se fondant sur l'instrument lui-même. Le Groupe de travail

n'a pas jugé que ces propositions apporteraient davantage de clarté dans les cas visés. Il a également été noté que les cas d'émission privée étaient relativement rares à l'échelon international. En outre, le Groupe de travail a dans l'ensemble jugé que l'émission d'un engagement par une personne à des fins de consommation ou à d'autres fins privées touchait une question qui relevait de la législation nationale et n'était pas régie par le projet de convention.

Variante A, B et C

108. Trois variantes ont été présentées au Groupe de travail quant à la manière de décrire les formes ou types d'engagements régis par le projet de convention. La variante A, qui faisait simplement référence aux garanties sur demande et aux lettres de crédit stand-by, n'a reçu qu'un appui limité. Selon un avis, l'approche plus détaillée retenue dans la variante B, qui décrivait l'objet normal de l'engagement, était superflue. On a craint que la définition figurant dans la variante B ne soit pas suffisamment axée sur les caractéristiques des instruments régis par la Convention et n'englobe des instruments qui ne devaient pas l'être, tels que les billets à ordre. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, la variante B était préférable. Comme il est indiqué ci-après, après un débat sur la variante B, le Groupe de travail a également décidé d'incorporer des éléments de la variante C, qui excluait expressément certains types d'instruments.

109. Pour ce qui est de la variante B, deux options étaient présentées entre crochets à propos du libellé à utiliser pour décrire l'objet de l'engagement. Le Groupe de travail a préféré la deuxième option, qui faisait référence au paiement sur simple demande ou sur présentation de documents indiquant que le paiement est dû, ainsi qu'à d'autres types d'éventualités ou d'objectifs, notamment les fonctions de paiement direct souvent remplies par les lettres de crédit stand-by financières.

110. Il a été avancé que le libellé "sur simple demande ou sur présentation de documents" risquerait de laisser entendre qu'un engagement sur simple demande n'était pas de caractère documentaire, question qui avait suscité des controverses parmi ceux qui avaient étudié la pratique. Il a été jugé qu'il serait plus approprié de retenir le libellé suivant : "sur simple demande ou sur présentation d'autres documents". Le Groupe de travail a accepté cette modification.

111. Il a été proposé de remplacer les mots "documents indiquant que le paiement est dû" par les mots "documents indiquant ou laissant entendre que le paiement est dû". On craignait en effet que le libellé original soit par trop étroit car, dans certains cas, l'engagement exigeait la présentation de certains documents avec la demande de paiement en cas de défaut d'exécution, mais ces documents n'"indiqueraient" pas nécessairement que le paiement était dû. On a toutefois craint que l'utilisation des mots "laissant entendre" ne conduise à une interprétation erronée et dangereuse, à savoir que la doctrine de la stricte conformité des documents aux conditions de l'engagement était atténuée ou pouvait être modifiée par le paragraphe 2. Afin de répondre à ces préoccupations, le Groupe de travail a décidé d'utiliser un libellé tel que : "documents, conformes aux termes et conditions de l'engagement indiquant que le paiement est dû...".

112. Pour ce qui est de la variante C, qui excluait expressément les lettres de crédit commerciales, les contrats d'assurance et les effets de commerce, le Groupe de travail a estimé dans l'ensemble qu'il faudrait la conserver, sous réserve de la décision d'autoriser expressément l'application du projet de convention aux lettres de crédit commerciales par convention des parties. Il a été proposé de supprimer la variante C, notamment parce que l'on pourrait par erreur considérer la liste qui y figurait comme exhaustive. Il a été noté qu'il devait être entendu que la suppression de cette variante ne signifiait pas que l'on souhaitait que ces instruments soient régis par la convention. Toutefois, cette approche n'a pas reçu d'appui, notamment parce que l'on a jugé que la variante C serait utile pour dissiper les doutes que pourrait susciter l'approche plus large retenue pour le paragraphe 1.

TRAVAUX FUTURS

113. Le Groupe de travail a noté que, lors de sa vingt et unième session, qui se tiendrait à New York du 14 au 25 février 1994, il examinerait le reste des articles révisés figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.80. Il a également noté que, sous réserve d'approbation par la Commission, sa vingt-deuxième session se tiendrait du 19 au 30 septembre 1994 à Vienne.