

**Article 24**

Lorsqu'une garantie a pris fin (par paiement, expiration, main levée ou autrement) le fait de conserver la garantie ou un quelconque amendement y ayant été apporté ne confère aucun droit au titre de cette garantie.

**Article 25**

Lorsqu'une garantie a pris fin (par paiement, expiration, main levée ou autrement) ou qu'il y a eu réduction du montant total payable à ce titre, le garant en avisera selon le cas la partie ordonnatrice ou le donneur d'ordre.

**Article 26**

Si le bénéficiaire sollicite une prolongation de la garantie comme une alternative à sa demande de paiement conformément aux termes et conditions de la garantie, le garant en informera alors la partie qui a donné au garant ses instructions pour la garantie et suspendra le paiement pendant un temps que le garant estimera raisonnable pour permettre au donneur d'ordre et au bénéficiaire de se mettre d'accord sur l'octroi d'une telle prolongation et pour permettre au donneur d'ordre de prendre des dispositions en vue de l'émission de celle-ci. Le garant ne doit encourir aucune responsabilité (pour des intérêts ou toute autre chose) si un paiement dû au bénéficiaire se trouvait retardé du fait de la procédure ci-dessus.

Même si le donneur d'ordre acceptait ou sollicitait une telle prolongation, elle ne sera pas accordée à moins que le garant y consente également.

## I. DROIT APPLICABLE ET JURIDICTION COMPÉTENTE

**Article 27**

Sauf si la garantie en dispose autrement, le droit applicable sera celui du lieu d'établissement du garant. Si le garant a plus d'un établissement, le droit applicable sera celui applicable à la succursale qui a émis la garantie.

**Article 28**

Sauf stipulation contraire dans la garantie, tout litige entre les parties relatif à la garantie sera réglé exclusivement par le tribunal compétent du lieu de l'établissement du garant ou, si le garant a plus d'un établissement, par le tribunal compétent du pays de la succursale qui a émis la garantie.

### 2. Lettres de crédit stand-by et garanties : réflexions préliminaires sur l'élaboration d'une loi uniforme : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.63) [Original : anglais]

#### I. L'ÉLABORATION D'UNE LOI UNIFORME : CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

1. A sa vingt et unième session, la Commission a chargé son Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux, non seulement d'examiner le projet de règles uniformes de la CCI sur les garanties, mais aussi de déterminer s'il était souhaitable et possible d'entreprendre des travaux en vue de l'élaboration d'une loi uniforme<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt et unième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, Supplément n° 17 (A/43/17)*, par. 22.

La présente note a pour objet d'aider le Groupe de travail dans cette tâche.

2. Le Secrétariat souhaite avant tout souligner que les considérations et propositions avancées dans la présente note sont de caractère tout à fait préliminaire, étant donné que les débats sur cette question n'en sont qu'à leurs débuts et compte tenu de l'objet de l'examen auquel doit procéder le Groupe de travail. Cet examen devrait permettre au Secrétariat d'élaborer l'étude, demandée par la Commission pour sa vingt-deuxième session, sur les caractéristiques que pourrait présenter la loi uniforme et sur les questions qu'elle pourrait couvrir<sup>2</sup>. Avant tout, il aidera la Commission à déterminer lors de ladite session si une loi uniforme peut être élaborée et, dans l'affirmative, quelles devraient en être la portée et la teneur et, notamment, si outre les garanties et les lettres de crédit stand-by, la loi pourrait également s'appliquer aux lettres de crédit documentaire traditionnelles<sup>3</sup>.

3. Etant donné cette dernière question du champ d'application possible d'une loi uniforme, la présente note, tout en étant axée sur les garanties et les lettres de crédit stand-by, traite de quelques questions particulières touchant les lettres de crédit commercial (par exemple, la relation entre la banque émettrice et la banque confirmatrice, le crédit à paiement différé). Les considérations relatives à la plupart des questions de caractère général (par exemple, principe de l'indépendance, interprétation et application strictes, exception de fraude, loi applicable) s'appliqueront tant aux garanties et lettres de crédit stand-by qu'aux lettres de crédit commercial, bien que les solutions retenues puissent diverger sur des points de détail.

4. Ce fait semble être une des principales justifications de l'inclusion des lettres de crédit commercial dans le champ d'application d'une loi uniforme. Ainsi pourrait-on en outre établir une classification claire entre les garanties indépendantes, les lettres de crédit stand-by et les lettres de crédit commercial en particulier, en distinguant les lettres de crédit stand-by des lettres de crédit commercial et en leur reconnaissant une fonction équivalente à celle des garanties indépendantes<sup>4</sup>.

5. On pourra objecter à cette inclusion qu'il existe des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires acceptées dans le monde entier et, plus généralement, que le droit et la pratique des lettres de crédit sont changeants et en évolution constante. Il semble toutefois que ces problèmes se poseront aussi pour le "droit naissant"<sup>5</sup> des lettres de crédit stand-by et des garanties, encore que cela dépende de l'accueil réservé aux futures Règles uniformes de la CCI sur les garanties. D'où qu'elle vienne, la réponse sera la même et servira de principe directeur pour l'élaboration d'une loi uniforme : celle-ci devra être axée sur les questions qui ne peuvent être véritablement réglementées par accord des parties, y compris par des règles uniformes, et les questions devront

<sup>2</sup>*Ibid.*, par. 25.

<sup>3</sup>*Ibid.*, par. 26.

<sup>4</sup>Voir les conclusions du document A/CN.9/301, par. 91 à 93.

<sup>5</sup>Kozolchik, *The Emerging Law of Standby Letters of Credit and Bank Guarantees*, 24 *Ariz. L.R.* (1982) 319.

être traitées de manière suffisamment générale ou abstraite pour permettre, voire favoriser une évolution des règles et de la pratique.

6. Cette dernière considération revêt une importance particulière en ce qui concerne l'inclusion de définitions, règles d'interprétation ou autres questions qui n'étaient jusqu'ici pas réglementées de manière satisfaisante par les règles uniformes. Quelques exemples sont donnés dans la présente note qui pourront aider le Groupe de travail à recenser d'autres questions appropriées durant son débat sur le projet de Règles uniformes de la CCI sur les garanties.

7. Le Secrétariat espère que les questions et propositions ci-après aideront le Groupe de travail à déterminer s'il est souhaitable et possible d'élaborer une loi uniforme. Si l'on peut à ce stade avancer une conclusion préliminaire, il semble qu'une décision éclairée et définitive quant à la possibilité d'élaborer une loi uniforme ne pourra être prise qu'après un examen détaillé des diverses questions par la Commission ou par le Groupe de travail; même s'il est décidé qu'il n'est pas possible d'élaborer une loi uniforme, ces délibérations mêmes contribueront à éclaircir les problèmes qui se posent.

## II. QUESTIONS QUI POURRAIENT ÊTRE TRAITÉES DANS UNE LOI UNIFORME

8. Comme il est souligné dans les conclusions du rapport du Secrétaire général (A/CN.9/301, par. 97 à 99), il semble souhaitable à divers égards d'uniformiser davantage les lois. Une des questions générales qu'il semblerait souhaitable de traiter dans une loi uniforme, une convention ou une loi type, serait la reconnaissance de l'autonomie des parties et du caractère indépendant de la promesse de paiement.

### A. Reconnaissance de l'autonomie des parties en ce qui concerne les engagements indépendants

9. Une loi uniforme pourrait et devrait reconnaître expressément la liberté des parties et donner plein effet à leur accord, notamment lorsqu'il fait référence à toute règle uniforme sur les garanties ou aux Règles et usances uniformes. Cette reconnaissance semble plus importante pour les garanties que pour les lettres de crédit, du moins pour les lettres de crédit documentaire traditionnelles pour lesquelles il faudrait s'attacher à rédiger avec soin toute règle de reconnaissance afin de ne pas empêcher l'application immédiate ou future des Règles et usances uniformes en tant qu'usage commercial ou règle coutumière.

10. Cette reconnaissance aurait avant tout pour objet d'établir fermement le caractère indépendant de la garantie en tant que produit d'une pratique commerciale convenue, au même titre que la lettre de crédit. La reconnaissance de l'accord dans une loi uniforme spéciale reviendrait par exemple à écarter les dispositions juridiques actuelles ne donnant pas pleinement effet à l'autonomie des parties. Ainsi, notamment, il serait reconnu

qu'une date d'expiration convenue prévaudrait sur toute disposition légale refusant, comme c'est le cas dans certains Etats, de donner effet à une telle date d'expiration tant que le bénéficiaire conserve le document de garantie ou que le délai de prescription continue de courir. La loi uniforme pourrait aussi contribuer à régler cette question en imposant une obligation exécutoire de retourner le document de garantie ou de s'en défaire.

11. Il serait utile qu'une loi uniforme énonce les conditions particulières propres aux engagements indépendants et traite la question de la formule constituant un engagement à honorer les demandes de paiement lorsqu'il est satisfait aux conditions spécifiées dans la garantie ou le crédit. La loi uniforme pourrait par exemple spécifier les conditions de forme et le moment décisif pour ce qui est de l'établissement d'un crédit ou d'une garantie. A ce propos, on pourrait envisager de traiter de questions d'application plus large, telles que la signification de la "signature" ou de l'"authentification".

12. Il semblerait bon de ne pas se limiter à une disposition de caractère général relative à la promesse indépendante de payer et d'établir une distinction entre les divers promettants et les divers types de crédit ou de garantie. Cela contribuerait par exemple à préciser les différences, pour ce qui est des droits et obligations, entre, d'une part, la banque émettrice et la banque confirmatrice et, d'autre part, la banque garante et la banque contre-garante. Pour ce qui est des différents types de crédit, par exemple, on pourrait envisager de définir la technique moderne du "crédit à paiement différé" et peut-être traiter des questions controversées, notamment la question de savoir si une banque est habilitée à payer avant la date du paiement différé et, plus généralement, quels sont précisément les effets juridiques d'un paiement sous réserve.

13. Autre question que l'on pourrait traiter : la désignation ou la détermination du bénéficiaire en tant que personne habilitée à recevoir paiement. Il faudrait ici établir une distinction claire entre les lettres de crédit commercial et les garanties, y compris les lettres de crédit stand-by, étant donné les différences considérables en ce qui concerne la possibilité de transférer le droit à paiement et l'objet de ce transfert. A ce propos, on pourrait là aussi clarifier des notions parfois confuses, à savoir le transfert du crédit ou de la garantie eux-mêmes, la négociation de toute traite ou de tout effet de commerce dans le cadre d'un crédit ou d'une garantie et, peut-être, la cession du montant.

### B. Stricte interprétation et application

14. Deux principes, de caractère rigide, sont étroitement liés au principe de l'indépendance de l'engagement. Le premier énonce une stricte interprétation des termes et conditions de la garantie ou du crédit. Si ce principe était incorporé dans une loi uniforme, on pourrait envisager d'ajouter certaines règles d'interprétation pour ce qui est du texte utilisé par les parties (par exemple, des règles établissant une distinction entre les termes imprimés et les termes rajoutés; ou interprétant les clauses ambiguës au détriment de la partie les ayant rédigées) et, peut-être,

pour ce qui est des règles uniformes (par exemple, prise en considération du caractère international et de la nécessité d'assurer une application uniforme).

15. Le second principe est celui d'une application stricte, notamment en ce qui concerne les documents, des conditions énoncées dans le crédit. Il pourrait être utile d'énoncer clairement ce principe, par exemple en précisant la diligence dont doit raisonnablement faire preuve un banquier et son aptitude à distinguer entre des vices fondamentaux et non fondamentaux. On pourrait ainsi réduire deux dangers qui menacent la viabilité des crédits et des garanties, à savoir une insistance abusive de la part d'un débiteur ou donneur d'ordre réticent pour que soit appliquée une norme par trop stricte et une indulgence excessive fondée sur des considérations d'équité souvent liées à la transaction sous-jacente. On pourra secondairement se demander s'il serait bon d'énoncer une norme double, l'une pour la décision de la banque de payer ou de refuser le paiement et l'autre pour ce qui est de son droit à remboursement. D'autres questions encore pourraient être examinées : caractère approprié des contacts (consultations ou notifications) avec la partie débitrice, champ d'application et effet précis de toute règle de forclusion telle que celle énoncée à l'article 16 *e* des Règles et usances uniformes et, peut-être, répartition du risque de perte des documents.

### C. Fraude et autres motifs de non paiement

16. L'indépendance de la garantie ou de la lettre de crédit a pour principal effet de limiter les objections ou moyens de défense opposables au paiement à ceux qui sont spécifiés dans la garantie ou le crédit, ce qui écarte toute autre objection se rattachant en particulier à la transaction sous-jacente. Toutefois, au moins une exception à cette règle d'exclusion est largement admise, l'exception de fraude.

17. Comme il est noté dans le rapport du Secrétaire général (A/CN.9/301, par. 98), la question la plus importante qu'une loi uniforme devrait couvrir est sans doute le problème épineux des demandes de paiement frauduleuses ou abusives et des mesures judiciaires à prendre en pareil cas. Puisque la question a été traitée de manière assez détaillée dans ledit rapport<sup>6</sup>, il suffira sans doute ici de présenter une sorte de liste récapitulative des questions pertinentes :

- Qu'est-ce qui constitue une fraude et les autres abus devraient-ils être inclus ?
- La fraude "corrompt-elle tout" ou y a-t-il des limites à ce principe (pour ce qui est de certaines parties ou relations) ?
- Le payeur ou le bénéficiaire devait-il avoir connaissance de la fraude et quel est le moment décisif (par exemple, la date de présentation des documents ou la date de paiement) ?

- Comment mesurer le préjudice imputable à un paiement erroné (question qui ne sera traitée, le cas échéant, que si elle l'est aussi en cas de refus de paiement erroné) ?
- Quelles sont les procédures ou mesures judiciaires possibles et quelles sont leurs conditions (par exemple, action pétitoire — "interpleader" — avec consignation, ordonnance conservatoire et défense d'invoquer la garantie ou de payer; n'auront sans doute pas à être traités : immobilisation, saisie, saisie-arrêt ou gel des fonds) ?

18. Comme il est bon qu'il n'y ait pas d'incertitude quant aux motifs acceptables de refus de paiement, il faudrait se demander si le payeur peut refuser de payer ou se voir interdire de payer pour des raisons autres que celles liées à l'exception de fraude. Il peut s'agir d'un acte illégal ou d'une violation de l'ordre public touchant l'établissement de la garantie ou du crédit ou, plus indirectement, la transaction sous-jacente. Par exemple, la garantie peut constituer une pénalité interdite, ou le crédit ou la garantie peuvent entrer en conflit avec une loi sur les paris, une restriction à l'importation ou la réglementation des changes. Si ces motifs de refus sont reconnus dans la loi uniforme, il faudra peut-être y inclure des questions connexes concernant leurs effets précis (par exemple, une obligation de paiement, fondée sur un prix doublé afin de contourner la réglementation des changes, serait-elle imposable pour la moitié ou pour la totalité de la somme ?). Enfin, on pourrait étudier si les compensations pourront être admises et si oui, dans quels cas.

### D. Loi applicable et questions connexes

19. Les transactions internationales de garantie ou de crédit mettent en jeu des parties de deux Etats ou plus. Ainsi se posent des questions liées à la loi applicable, qui doivent être traitées séparément pour chaque relation. Le traitement de ces questions dans une loi uniforme est sans doute plus important pour ce qui est des garanties ou crédits que pour ce qui est des transactions sous-jacentes ou des relations entre clients et banques.

20. Si l'on envisage d'énoncer des règles applicables aux engagements de garantie ou de crédit, on pourra peut-être donner effet au choix des parties et, faute d'un accord entre elles, utiliser comme facteur de rattachement, par exemple, l'établissement du promettant. Ainsi, pour ne mentionner qu'une des nombreuses questions, la loi applicable aux obligations en matière de garantie de la banque émettrice peut différer de celle qui est applicable aux droits de la banque envers la banque contre-garantie; dans ce cas, comme dans le cas comparable de la banque confirmatrice et de la banque émettrice pour le crédit documentaire, on pourra juger que cette disparité n'est pas souhaitable et s'efforcer de l'éliminer (par exemple en faisant référence à une clause pertinente sur le choix de la loi applicable).

21. On notera en conclusion que des réponses de cet ordre n'ont pas nécessairement à être incorporées dans un ensemble de règles sur les conflits de lois. Certaines

<sup>6</sup>A/CN.9/301, par. 60 et par. 84 à 90.

d'entre elles pourront découler de la détermination du champ d'application territoriale de la loi uniforme. Il en ira sans doute de même pour les règles sur la compétence

des tribunaux (ou des tribunaux arbitraux), du moins en ce qui concerne les droits, obligations et procédures régis par la loi uniforme.