

B. Lettres de crédit stand-by et garanties : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/301) [Original : anglais]**TABLE DES MATIÈRES**

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-13
<i>Chapitres</i>	
I. FONCTIONS ET CARACTÉRISTIQUES DES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY ET DES GARANTIES	14-45
A. La lettre de crédit stand-by par rapport au crédit documentaire traditionnel	14-35
1. Crédit commercial ou documentaire	14-21
2. Autres utilisations de la lettre de crédit, en particulier de la lettre de crédit stand-by	22-35
a) Crédit par acceptation (<i>acceptance credit</i> ou <i>facility letter</i>)	22-23
b) Utilisation de la lettre de crédit stand-by dans les transactions qui ont pour objet la vente et celles qui n'ont pas pour objet la vente	24-35
B. Garanties bancaires, cautionnements et promesses d'indemnisation simi- laires	36-45
1. Indépendance par rapport à la transaction principale	37-39
2. Types et utilisations	40-45
II. CADRE JURIDIQUE	46-70
A. Lois et règlements régissant les crédits stand-by	46-56
1. Une législation clairesmée	46-49
2. Règles internationales uniformes	50-56
B. Lois et règles relatives aux garanties bancaires et promesses d'indemnisa- tion similaires	57-70
1. Evolution du droit consacrant les garanties indépendantes	57-61
2. Règles uniformes internationales	62-70
a) Règles uniformes de la CCI pour les garanties contractuelles (1978)	62-67
b) Projet de règles uniformes de la CCI relatives aux garanties (1988)	68-70
III. QUESTIONS JURIDIQUES ET PROBLÈMES PRATIQUES	71-90
A. Conditions de paiement stipulées	73-83
1. Montant et réduction possible du montant	74-75
2. Demande et pièces justificatives	76-79
3. Période de validité et expiration	80-83
B. Exception de fraude, autres objections et mesures judiciaires d'appui	84-90
1. Appel en garantie frauduleux ou abusif	85-88
2. Mesures judiciaires bloquant le paiement	89-90
CONCLUSIONS	91-99
	<i>Page</i>
<i>Annexe</i> : Projet de règles uniformes de la CCI relatives aux garanties	62

INTRODUCTION

1. A sa quinzième session en 1982, la Commission a décidé de prier le Secrétaire général de présenter, lors d'une future session de la Commission, une étude sur les lettres de crédit et leur fonctionnement afin de faire ressortir les problèmes juridiques soulevés par leur utilisation, notamment à l'égard de contrats autres que les

contrats de vente de marchandises (A/37/17, par. 112)¹. C'est lors de l'examen des travaux qu'avait entrepris la

¹Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quinzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-septième session, Supplément n° 17* (A/37/17). Les rapports des sessions annuelles de la Commission sont repris dans l'Annuaire correspondant de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

Chambre de commerce internationale (CCI) en vue de réviser la version de 1974 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires qu'une telle étude avait été proposée.

2. A l'appui de cette proposition, on avait indiqué que les lettres de crédit étaient initialement destinées à être utilisées dans le cadre de la vente documentaire de marchandises, mais qu'elles servaient à un certain nombre d'autres fins, notamment dans le cadre des garanties de soumission et des accords de rachat. On avait estimé que les règles juridiques élaborées pour régir les ventes documentaires n'étaient peut-être pas adaptées à ces autres utilisations (A/37/17, par. 109).

Portée et présentation du rapport

3. Comme on le verra plus en détail ci-après (première partie, section A), ces autres utilisations des lettres de crédit se font, sauf pour le crédit par acceptation (*acceptance credit* ou *facility letter*), essentiellement sous la forme de lettres de crédit stand-by. Dans le crédit documentaire traditionnel, le vendeur (ou toute autre partie exécutant une obligation contractuelle) dispose d'un mécanisme garantissant le paiement par l'acheteur, alors que la lettre de crédit stand-by est un instrument qui ne joue que s'il y a défaillance, dans la mesure où elle couvre le risque d'inexécution ou d'exécution défectueuse par l'entrepreneur, le fournisseur ou tout autre débiteur.

4. Les lettres de crédit stand-by, qui sont émises par les banques, principalement aux Etats-Unis d'Amérique et moins fréquemment dans certains autres pays, sont donc utilisées aux mêmes fins que les garanties qui sont en usage dans la plupart des pays. Aussi ces autres instruments d'indemnisation, émis par les banques ou établissements similaires, sont-ils traités dans le présent rapport; leurs caractéristiques et leurs utilisations sont décrites dans la section B de la première partie.

5. Même si elles ont des fonctions équivalentes, ou du moins similaires, les lettres de crédit stand-by et les garanties diffèrent quant au traitement juridique qui leur est appliqué car, sur le plan de la forme, la lettre de crédit stand-by est une lettre de crédit. Aussi les lois et règlements en matière de lettres de crédit documentaires s'appliquent-ils généralement aux lettres de crédit stand-by. Comme on le verra ci-après (deuxième partie, section A), la question se pose de savoir dans quelle mesure ces lois ou règlements sont bien adaptés à la lettre de crédit stand-by étant donné l'usage différent qui en est fait. Les garanties s'inscrivent dans un cadre juridique différent qui, comme on le verra plus loin (deuxième partie, section B), est caractérisé par une tendance plus ou moins marquée selon les pays, en particulier en ce qui concerne la jurisprudence, à la reconnaissance de leur nature juridique propre (non accessoire) et par les efforts déployés en vue d'élaborer des règles uniformes.

6. Si les lettres de crédit stand-by et les garanties ont des arrière-plans juridiques différents, les problèmes et

les questions juridiques qu'elles posent sont très souvent identiques. Aussi l'examen de ces questions (le recours injustifié aux instruments de crédit à première demande, par exemple) portera-t-il à la fois sur les lettres de crédit stand-by et les garanties (troisième partie).

7. Dans la dernière partie du présent rapport, on examinera s'il serait bon d'élaborer des règles juridiques ou clauses uniformes dans ce domaine. On y trouvera en outre quelques recommandations quant aux activités que pourrait entreprendre la Commission, notamment en coopération avec la CCI.

Travaux déjà entrepris par la Commission

8. Dès sa création, la Commission s'est intéressée à l'objet du présent rapport, tel qu'il est défini ci-dessus, même si l'ampleur et la profondeur de ses travaux en la matière ont varié au fil des ans; elle s'est d'abord intéressée aux garanties bancaires contractuelles, puis aux lettres de crédit stand-by. Conformément à une demande formulée par la Commission à sa première session en 1968 (A/7216, par. 29), le secrétariat a présenté à la deuxième session une étude préliminaire des garanties et des sûretés en matière de paiements internationaux (A/CN.9/20 et Add.1). Dix ans après, le secrétariat a présenté une étude préliminaire sur les lettres de crédit stand-by (A/CN.9/163), suite à la décision prise en 1978 par la Commission à sa onzième session d'inscrire à son programme de travail en tant que question prioritaire les "lettres de crédit stand-by, à étudier de concert avec la Chambre de commerce internationale" (A/33/17, par. 67 *c* ii a, 68 et 69). Le libellé de cette question souligne l'une des particularités des travaux entrepris par la Commission dans ce domaine, à savoir la coopération avec la CCI.

9. Cette coopération a revêtu des formes diverses. En ce qui concerne le secrétariat, elle a consisté en des contacts et consultations informels, en particulier une participation aux diverses réunions des commissions et groupes de travail compétents de la CCI. Le secrétariat, désireux d'aider la CCI à recueillir des renseignements détaillés sur les pratiques et les besoins dans ce domaine a adressé, pour observations, aux pays et aux organismes bancaires et commerciaux qui ne sont pas représentés à la CCI des questionnaires, des rapports et des projets de règles établis par la CCI et déjà envoyés à ses comités nationaux. Le secrétariat a fait suivre les réponses à la CCI en les accompagnant parfois d'une analyse. Cette collaboration avec la CCI s'inscrivait dans le cadre des travaux engagés par celle-ci en vue d'élaborer des règles uniformes sur les garanties contractuelles et de réviser les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (révisions de 1974 et 1983).

10. Pendant un certain nombre d'années à partir de sa troisième session en 1970, la Commission a examiné les rapports d'activité de la CCI sur ses travaux préparatoires en matière de garanties contractuelles et a fait des suggestions, notamment sur la portée de ces travaux et sur les intérêts et les besoins dont il fallait tenir compte.

La Commission a encouragé la CCI à poursuivre ses travaux et a exprimé le vœu que cette dernière lui présente les projets de règles qu'elle aurait élaborés avant leur adoption par ses organes compétents.

11. En 1978, la CCI a adopté et publié ses "Règles uniformes pour les garanties contractuelles" (publication n° 325 de la CCI), qui ne reconnaissent pas les garanties à première demande². L'année suivante, la Commission a encouragé la CCI à poursuivre ses travaux sur les lettres de crédit stand-by en coopération avec le secrétariat et émis une nouvelle fois le vœu que la CCI lui présente les résultats de ses travaux avant leur adoption définitive par ses organes compétents (A/34/17, par. 48).

12. L'adoption par une organisation d'un texte définitif adopté par une autre organisation, généralement sous la forme d'une recommandation conseillant son utilisation dans les transactions du type considéré, constitue sans doute la forme la plus poussée de coopération entre deux organisations. En matière de garanties et de lettres de crédit, la Commission ne l'a fait que pour les Règles et usances uniformes (pour leurs révisions de 1962, 1974 et 1983).

13. Comme on le verra plus en détail ci-après (par. 68 à 70), la CCI travaille actuellement à l'élaboration de règles uniformes applicables aux garanties, aux promesses d'indemnisation, aux cautionnements ou engagements similaires. L'avant-projet des "Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties" figure en annexe au présent rapport.

I. Fonctions et caractéristiques des lettres de crédit stand-by et des garanties

A. La lettre de crédit stand-by par rapport au crédit documentaire traditionnel

1. Crédit commercial ou documentaire

14. Dans les transactions internationales, la lettre de crédit prend le plus souvent la forme d'un crédit commercial ou documentaire. Ce premier type d'utilisation, de loin le plus répandu, visé par les règles est défini à l'article 2 comme étant :

"tout arrangement, quelle qu'en soit la dénomination ou description, en vertu duquel une banque (la banque émettrice), agissant à la demande et sur instruction d'un client (le donneur d'ordre) :

- i) est tenue d'effectuer un paiement à un tiers bénéficiaire ou à son ordre, ou de payer ou accepter des effets de commerce (traites) tirés par le bénéficiaire,
- ou
- ii) autorise une autre banque à effectuer ledit paiement, ou à payer ou accepter ou négocier lesdits effets de commerce (traites), contre remise des documents stipulés,

pour autant que les conditions du crédit soient respectées." (Révision de 1983, publication n° 400 de la CCI; voir l'annexe II du document A/CN.9/251).

15. On utilise les lettres de crédit commerciales pour effectuer ou faciliter le paiement de sommes dues au titre de transactions internationales, en particulier des contrats de vente. Conformément à une stipulation du contrat, l'acheteur donne à sa banque l'ordre d'émettre une lettre de crédit en faveur du vendeur. La banque émettrice en avise alors le vendeur, généralement par le truchement d'une banque correspondante située dans le pays de ce dernier. La banque correspondante peut avoir pour instruction d'agir en tant que simple intermédiaire chargé de transmettre l'information ("banque notificatrice") ou d'ajouter son propre engagement en tant que "banque confirmatrice" à celui de la banque émettrice.

16. La lettre de crédit est soit révocable, soit, si elle le stipule, irrévocable. Dans le premier cas, la banque émettrice peut, sans en aviser le bénéficiaire (vendeur), l'annuler ou la modifier avant l'acceptation des documents. Dans le deuxième cas, la banque émettrice est obligée contractuellement vis-à-vis du vendeur et doit obtenir son consentement pour toute modification ou révocation.

17. La lettre de crédit énonce clairement les conditions de paiement, en particulier les documents qui doivent être remis, sauf dans les cas, rares, de crédits commerciaux "purs". Les documents requis sont généralement les suivants : connaissements ou autres documents de transport émis par le transporteur, factures commerciales, certificats d'assurance, et souvent d'autres documents tels que certificats d'inspection ou certificats d'origine.

18. La banque peut être tenue d'acquitter sa promesse contre remise des documents de trois manières différentes. Elle peut être obligée : 1) de payer en espèces le bénéficiaire ou de créditer son compte; 2) d'accepter une lettre de change tirée sur elle par le vendeur d'un montant égal au prix d'achat; ou 3) de négocier une lettre de change tirée par le vendeur sur l'acheteur. Il semblerait³ que la première solution soit la plus répandue en Europe continentale et en Amérique du Sud, que la deuxième l'emporte au Royaume-Uni, dans nombre de pays du Commonwealth et aux Etats-Unis et que la troisième solution soit la plus communément utilisée en Asie du Sud-Est.

19. L'intérêt du crédit documentaire, qui est particulièrement apprécié dans les ventes pour lesquelles un transport de marchandises par mer est nécessaire, tient à sa fonction double, à savoir obtenir un crédit et garantir le paiement du prix d'achat. Non seulement le crédit sert les intérêts des deux parties qui ne souhaitent pas immobiliser de fonds pendant le transport des marchandises mais en outre, et c'est là l'élément le plus

²Sur ce point et sur le succès limité de ces règles uniformes, voir plus loin les paragraphes 62 à 67.

³Ellinger, *Letters of Credit*, in: *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, vol. 2 des *Studies in Transnational Economic Law* (ouvrage publié sous la direction de MM. Horn et Schmitthoff, Deventer, 1982), p. 241 et 244.

important, il protège les intérêts distincts de l'acheteur et du vendeur. En effet, l'acheteur est assuré que le paiement ne sera fait que contre remise des documents qui lui confèrent la propriété des marchandises ou du moins garantissent qu'elles ont été expédiées ou qu'elles présentent certaines qualités (par exemple au moyen de certificats d'inspection, d'examen ou d'origine). Quant au vendeur, lorsqu'il cède les marchandises, il est assuré du paiement ou de l'acceptation d'une lettre de change, qu'il pourra souhaiter escompter, par un tiers financièrement solide et sûr, souvent une banque confirmatrice dans son pays. Ainsi, il est protégé contre l'insolvabilité ou le refus de paiement de l'acheteur.

20. Dès lors on comprend aisément que le crédit documentaire ait, compte tenu de sa vocation, un potentiel et des utilisations qui ne se limitent pas aux transactions de vente. Il peut être utilisé dans le cadre des contrats de construction d'installations industrielles, de la prestation de services ou de toute autre transaction où la réalité de l'exécution justifiant paiement peut être établie par des documents tels que des certificats de réception ou d'achèvement ou tout autre certificat, de préférence établi par un tiers indépendant.

21. De même qu'il est vrai que l'utilisation du crédit documentaire traditionnel ou de la lettre de crédit commerciale ne se limite pas aux ventes, on verra que les autres types de lettres de crédit tels que les crédits par acceptation et, en particulier, les crédits stand by ne se limitent pas à des utilisations dans des transactions ne portant pas sur des ventes.

2. *Autres utilisations de la lettre de crédit, en particulier de la lettre de crédit stand-by*

a) *Crédit par acceptation (acceptance credit ou facility letter)*

22. L'idée de faciliter l'obtention de crédits est à l'origine du crédit par acceptation. La banque émettrice ne finance pas les transactions de son client sur ses fonds propres, mais l'aide à obtenir un crédit auprès d'autres sources, en l'autorisant à tirer sur elle des lettres de change jusqu'à une certaine hauteur. Grâce à cet appui, ces "lettres commerciales" peuvent facilement être escomptées et le client ne doit fournir les fonds nécessaires que peu de temps avant l'échéance. Souvent les fonds nécessaires sont prélevés sur le produit de l'escompte d'un deuxième jeu, plus récent, de lettres (c'est ce que l'on appelle le "refinancement").

23. Le crédit par acceptation peut être accordé pour toute activité commerciale du client. Par exemple, il peut servir à financer des projets immobiliers ou industriels, la prestation de services ou la fabrication de marchandises destinées à la vente. Il peut comporter un volet international, par exemple lorsque les marchandises sont destinées à l'exportation, mais il est essentiellement un mécanisme de financement national, parfois utilisé à la place d'un prêt pour des raisons qui touchent au droit interne. Ce qui le caractérise avant tout c'est qu'il n'y a que deux parties en jeu qui ont généralement

leur établissement dans le même pays, à savoir la banque émettrice et son client qui est à la fois demandeur et bénéficiaire du crédit. Aussi n'est-il pas nécessaire d'examiner plus avant ce type de lettre de crédit⁴.

b) *Utilisation de la lettre de crédit stand-by dans les transactions qui ont pour objet la vente et celles qui n'ont pas pour objet la vente*

24. La lettre de crédit stand-by a été mise au point aux Etats-Unis d'Amérique où les banques, telles qu'elles sont définies par les lois, la jurisprudence et leurs statuts, ne sont pas habilitées à octroyer des crédits faisant fonction de sûreté, ni à émettre des garanties. Depuis une trentaine d'années, la lettre de crédit stand-by est couramment utilisée aux Etats-Unis à la place des garanties ou des cautionnements que les banques d'autres pays peuvent, quant à elles, émettre.

25. Dans les autres pays, les lettres de crédit stand-by sont utilisées beaucoup moins fréquemment, voire pas du tout. Elles y sont généralement émises lorsque la relation commerciale ou bancaire met en jeu un partenaire aux Etats-Unis. Dans les autres cas, si on recourt de plus en plus souvent aux lettres de crédit stand-by, c'est vraisemblablement parce que les milieux d'affaires et les banques sont familiers de la lettre de crédit traditionnelle et qu'ils la perçoivent comme étant juridiquement plus sûre que les garanties dont les contours juridiques sont bien moins nets, en particulier en ce qui concerne l'indépendance de l'engagement de la banque par rapport à la transaction principale (voir plus loin les paragraphes 57 à 61).

26. Contrairement au crédit documentaire, qui garantit le paiement du montant dû au bénéficiaire qui s'est acquitté normalement d'une obligation commerciale, la lettre de crédit stand-by vise à donner une sûreté ou à garantir une indemnisation au bénéficiaire dans l'hypothèse où l'autre partie serait défaillante. Une telle éventualité (et la nécessité d'y parer) peut se présenter dans un grand nombre d'obligations commerciales ou financières. Aussi les lettres de crédit stand-by peuvent elles être utilisées pour garantir des engagements dans divers domaines, à l'instar des garanties et cautionnements bancaires.

27. La lettre de crédit stand-by peut, par exemple, protéger le propriétaire ou l'employeur, dans le cadre d'un projet immobilier ou industriel, en cas d'inexécution, de retard ou d'exécution défectueuse imputables à l'entrepreneur qui, à son tour, peut bénéficier de lettres de crédit stand-by le protégeant en cas de défaillance de ses sous-traitants. A différents stades de ces projets, divers types de lettres de crédit stand-by peuvent être utilisés qui sont mieux connues que les garanties et cautionnements bancaires (garanties de soumission, garanties de remboursement, garanties d'exécution et cautions douanières, garanties pécuniaires de rétention, garanties de maintenance, par exemple; voir plus loin

⁴Pour plus ample information, voir, par exemple, *Ellinger* (note 3), p. 246, et *Securibank's collapse and the commercial bills market of New Zealand*, dans la *Malaysia Law Review* No. 20 (1978, p. 84).

les paragraphes 42 à 44). Quant aux autres utilisations commerciales, on n'en mentionnera que deux, à savoir la protection en cas de non exécution par l'affrêteur de son obligation de maintenance et l'indemnisation du préjudice résultant de l'incapacité du propriétaire d'un terrain à obtenir le permis de construire⁵.

28. En matière financière, les lettres de crédit stand-by peuvent, par exemple, garantir les émissions d'effets de commerce par les sociétés (notamment pour tirer parti de la cote de crédit de la banque qui octroie le crédit stand-by) ou pour garantir les émissions d'obligations des sociétés sur le marché à long terme. Parmi les autres domaines où sont utilisées les lettres de crédit stand-by, on citera la garantie des obligations municipales et des obligations industrielles, les syndicats financiers à participation limitée, la réassurance, les fusions et les acquisitions⁶.

29. La multiplication des utilisations récentes confirme les prévisions faites il y a plus de dix ans, à savoir que les lettres de crédit seraient utilisées en vue d'atteindre des résultats qui auparavant devaient être obtenus au moyen de garanties d'exécution ou d'accords de rachat⁷, et que l'extension de la lettre de crédit à des domaines autres que celui des ventes ne faisait que commencer et que les seules limites à cette expansion seraient celles de l'imagination des hommes d'affaires, des banquiers et des juristes, outre les contraintes économiques freinant l'expansion des crédits financiers octroyés par les banques⁸.

30. On ajoutera que les lettres de crédit stand-by sont aussi utilisées dans les transactions portant sur des ventes, et donc souvent en plus de la lettre de crédit traditionnelle pour une seule et même transaction. Le crédit stand-by peut être accordé au profit de l'acheteur en vue de couvrir, en cas de défaillance du vendeur, les dépenses ou le préjudice imputables aux dispositions prises pour l'importation ou autres mesures prises dans l'attente de l'exécution par le vendeur. La plupart du temps, le vendeur en est le bénéficiaire et la lettre de crédit stand-by fait fonction de paiement secondaire au cas où le mode de paiement principal ne fonctionnerait pas (par exemple lorsque des billets à ordre ne sont pas payés).

31. En pareil cas, les rôles joués par l'acheteur et le vendeur et leur banque respective dans le cadre de la lettre de crédit stand-by sont en apparence identiques à ceux qu'ils jouent dans le cadre du crédit documentaire. La banque de l'acheteur, à la demande et pour le compte de son client, peut émettre elle-même le crédit

stand-by ou donner ordre à une banque du pays de l'acheteur de l'émettre, en lui fournissant une contre-garantie (sous la forme d'une lettre crédit stand-by ou sous une autre forme) promettant le remboursement si l'on fait jouer le crédit stand-by selon les modalités prévues. Toutefois, cette similitude de forme ne devrait pas nous faire oublier que même en pareil cas la lettre de crédit stand-by se distingue fondamentalement du crédit documentaire en ce qui concerne la nature et l'objet de l'engagement, ainsi que les risques qui en découlent.

32. Alors que le crédit documentaire est utilisé dans l'attente de l'exécution par le vendeur, la lettre de crédit stand-by a pour objet de pallier une défaillance, ce qui est beaucoup moins fréquent. Toutefois, si on la fait jouer, la lettre de crédit stand-by tend à entraîner de plus grands risques.

33. L'engagement qui, pour des raisons évidentes, est presque toujours irrévocable, est indépendant de la transaction principale dans la mesure où le bénéficiaire n'a pas à prouver l'inexécution, contrairement à ce qui se passerait dans le cadre d'une garantie accessoire ou d'une sûreté. Si, pour obtenir le paiement du crédit stand-by, il faut parfois que soient présentés des documents établis par un tiers indépendant relatifs à l'inexécution (certificat d'ingénieur ou décision du tribunal ou du tribunal arbitral, par exemple), la plupart du temps une déclaration écrite du bénéficiaire indiquant que l'autre partie n'a pas exécuté son obligation suffit. Le paiement peut ainsi être exigé et obtenu sans même que l'éventualité prévue se soit réellement produite.

34. Le risque qui en découle incombe en dernière analyse au client de la banque qui devra non seulement exécuter son obligation dans le cadre de la transaction principale, mais aussi rembourser la banque ayant effectué le paiement dans les conditions énoncées par le crédit stand-by. En cas de paiement correct, que l'éventualité envisagée se soit ou non produite, le risque pourra devoir être assumé par la banque si le client est en faillite ou insolvable. Toutefois, les banques se protègent généralement en exigeant une sûreté ou une garantie suffisante avant d'émettre le crédit.

35. La lettre de crédit stand-by sous sa forme la plus courante entraîne donc considérablement plus de risques que le crédit documentaire traditionnel, qui garantit un plus haut degré de sécurité en exigeant des documents qui confèrent la propriété ou du moins attestent l'expédition de marchandises apparemment conformes. Bien qu'il se présente sous la forme d'une lettre de crédit normale, le crédit stand-by ressemble, de par sa fonction, à une garantie bancaire ou promesse d'indemnisation similaire, ce qu'il est en substance.

B. Garanties bancaires, cautionnements et promesses d'indemnisation similaires

36. Lorsque l'on aborde le domaine des garanties, cautionnements et sûretés similaires émis par les banques

⁵Pour d'autres exemples, voir notamment *Ellinger, Uses of Letters of Credit and Bank Guarantees in the Insurance Industry*, Int. Bus. Lawy. No. 6 (1978), p. 612 à 614; Recent extensions in the use of commercial letters of credit (comment) *Yale Law Journal* No. 66 (1957), p. 903 à 909, et *Murray, Letters of Credit in Nonsale of Goods Transactions*, *Business Law Yearbook* No. 30 (1975), p. 1103 à 1105.

⁶*Rowe, Guarantees — Stand-by letters of credit and other securities* (Euromoney, Londres, 1987), p. 110.

⁷*Harfield, Code, Customs and Conscience In Letter-of-Credit Law*, *UCCLJ* No. 4 (1971), p. 14.

⁸*Murray* (note 5), p. 1123.

ou autres établissements, on butte sur une terminologie obscure, une incertitude conceptuelle et une multitude déroutante de classifications. Ainsi, les appellations traditionnelles ("garanties", "cautions", "cautionnements") sont aussi utilisées pour des types plus récents de sûretés ayant un contenu juridique différent. Les classifications proposées juxtaposent des catégories telles que primaire/secondaire, autonome/annexe, indépendant/accessoire, automatique/documentaire, inconditionnel/conditionnel ou abstrait/causal. D'une manière générale, cette situation traduit les divers stades et les divers axes de l'évolution juridique (voir plus loin la deuxième partie).

1. *Indépendance par rapport à la transaction principale*

37. Pour pouvoir délimiter les garanties, cautionnements et autres sûretés dont la lettre de crédit stand-by est un équivalent fonctionnel, le critère le plus approprié est celui de l'indépendance de l'engagement du garant vis-à-vis de la relation de base entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. L'exemple le plus éclatant est celui de la garantie sur demande (également appelée garantie à première demande ou sur simple demande), qui peut être payable soit sur présentation d'une déclaration écrite du bénéficiaire relative à la défaillance du donneur d'ordre (en termes généraux ou détaillés), soit sur simple demande, ce qui revient à énoncer implicitement la défaillance du donneur d'ordre.

38. Comme c'est le cas pour les lettres de crédit stand-by, la promesse de payer la garantie peut être assujettie à d'autres conditions telles que la présentation d'un certificat d'inexécution émis par un tiers. Même une telle exigence, énoncée dans les conditions de la garantie elle-même, n'a pas d'incidence sur l'indépendance juridique de la garantie bien qu'elle établisse un lien pratique avec la relation de base conformément à l'objectif commercial de la garantie. En revanche, dans le cas d'une garantie accessoire (par exemple la "lettre de garantie" ou le "contrat de garantie" traditionnels de la *common law*) l'existence et l'étendue de l'engagement du garant dépendent juridiquement de la défaillance effective du donneur d'ordre, laquelle, à son tour, suppose l'existence d'une obligation valable de ce dernier. Le droit du bénéficiaire à être payé est assujéti aux restrictions ou oppositions prévues par le droit des garanties et des sûretés, même si elles ne sont pas énoncées dans le contrat de garantie.

39. Il convient de distinguer clairement entre les garanties indépendantes et les garanties accessoires, mais cette tâche est rendue difficile par le fait que ces deux types de garanties ont essentiellement le même objectif commercial et peuvent porter la même étiquette. Cela est par exemple vrai de l'expression "garantie d'exécution". Il peut s'agir soit d'une garantie indépendante visant à protéger les intérêts du bénéficiaire en ce qui concerne l'exécution par le donneur d'ordre, soit d'un engagement accessoire, généralement pris par une société de cautionnement ou une compagnie d'assurance (au Canada et aux Etats-Unis d'Amérique, par exemple) de se substituer au donneur d'ordre

défaillant, de faire exécuter par d'autres ou d'indemniser le bénéficiaire pour ses dépenses ou pertes⁹. Le paiement au bénéficiaire n'est ainsi que l'une des diverses options ouvertes au garant et ce paiement, à la différence de la garantie indépendante, ne couvre que le préjudice effectivement subi par le bénéficiaire du fait de la défaillance effective du donneur d'ordre. La détermination de cette défaillance tend à impliquer le garant (la caution) dans les enquêtes et les litiges mettant en jeu le donneur d'ordre et le bénéficiaire — solution à laquelle répugnent ceux qui émettent des garanties pécuniaires indépendantes. Les banques, en particulier, sont disposées à traiter des documents, et à même de le faire, comme pour les lettres de crédit, mais elles sont peu enclines à s'occuper de marchandises ou de projets de construction.

2. *Types et utilisations*

40. Les garanties ou cautions indépendantes sont utilisées dans toutes sortes d'activités commerciales qui sont essentiellement les mêmes que pour les lettres de crédit stand-by. En effet, leurs fonctions et objectifs sont les mêmes, y compris le souci de ne pas immobiliser du capital en tant que sûreté pour une éventualité peu probable, comme cela serait le cas s'il fallait donner une caution au bénéficiaire ou si des fonds étaient déposés sur un compte bloqué. Les garanties ou cautions peuvent être utilisées pour garantir tout type d'obligation ou de responsabilité commerciale. Elles peuvent notamment garantir le remboursement d'un prêt bancaire, servir de sûreté en cas de mesures conservatoires ou de paiements différés ou faciliter la bonne marche d'activités commerciales, par exemple, en garantissant le respect des obligations mutuelles dans les entreprises conjointes ou en écartant des obstacles provisoires tels que l'absence d'un document dans une opération de crédit documentaire.

41. Les garanties ou cautions sont particulièrement utiles et fréquemment utilisées dans les relations complexes à long terme telles que les accords de coopération, les contrats de génie civil et, en particulier, les contrats de construction immobilière ou industrielle. En fonction de l'état d'avancement d'un projet et des besoins correspondants, on utilise différents types de garanties comme il est indiqué dans le *Guide juridique de la CNUDCI* pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles (chap. XVIII, garanties d'exécution, par. 1 à 13, 17 à 24 et 40)¹⁰.

42. Dans la phase initiale, les garanties de soumission sont utilisées pour donner plus de poids à l'engagement du soumissionnaire, car elles protègent le bénéficiaire

⁹Pour plus de détails voir, par exemple, *Graham and Matejck*, The law and practice relating to the use of letters of credit and performance bonds in securing contractual performance in Canada and the United States, in: *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Colloque de Tours des 19 et 20 juin 1980 (feduci, Paris), p. 49 à 66.

¹⁰A/CN.9/SER.B/2; New York 1988, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.10.

contre le risque d'un retrait de la soumission ou le refus du marché. Lorsque l'acquéreur est tenu de verser une avance pour financer la première tranche des opérations, toute obligation de rembourser entièrement ou partiellement cette somme peut faire l'objet d'une garantie de remboursement d'avance. Les avances consenties à l'entrepreneur pour qu'il achemine des biens d'équipement ou des matériaux sur le chantier peuvent être couvertes par des garanties de transport. Lorsque l'acquéreur fournit lui-même le matériel ou les machines, au lieu d'une avance, des garanties sur le matériel peuvent être émises en sa faveur.

43. Les garanties d'exécution visent à assurer l'achèvement du projet par l'entrepreneur dans le respect de ses obligations contractuelles. Lorsque le prix du contrat doit être payé d'une manière échelonnée en fonction de l'avancement des travaux, une garantie pécuniaire de rétention peut être émise, qui remplace la rétention d'un pourcentage du paiement échelonné. Afin d'assurer la réexportation des matériels importés pour des utilisations temporaires, des cautions douanières peuvent être déposées auprès des autorités. Enfin, pour toute obligation relative à la période de garantie après achèvement, des sûretés peuvent être obtenues sous la forme de garanties de maintenance. Comme pour toute autre obligation financière, l'obligation qu'a l'acquéreur de payer le prix du contrat peut faire l'objet d'une garantie de paiement.

44. Outre ces grands types de garanties, d'autres formes peuvent être convenues entre l'entrepreneur et l'acquéreur à des fins particulières. L'entrepreneur peut, quant à lui, souhaiter transférer une partie de son risque à ses sous-traitants par des garanties proportionnelles calculées sur la base des garanties du contrat de base.

45. Dans le cas de projets de construction, comme dans tout autre contexte commercial, la décision de recourir à une garantie donnée ou à tout autre mécanisme relève de la négociation. La surface économique des parties et la situation du marché, ainsi que les pratiques en vigueur ont une incidence sur les éléments fondamentaux de la garantie, en particulier sur le point de savoir si elle sera une garantie sur simple demande ou si elle sera accordée après détermination par un tiers de la défaillance du donneur d'ordre.

II. Cadre juridique

A. Lois et règlements régissant les crédits stand-by

1. Une législation clairsée

46. En dehors de quelques réglementations fixant, par exemple, les pouvoirs des banques et les procédures bancaires, aucun texte de loi applicable aux crédits stand-by ne régit expressément les lettres de crédit stand-by. En fait, elles seront régies, en fonction de leur forme, par les textes de loi de portée générale applicables aux lettres de crédit. Or, dans la plupart des Etats, il n'existe pas de législation s'appliquant expres-

sément aux lettres de crédit et, lorsqu'une telle législation existe, elle se résume à quelques dispositions, le plus souvent d'ordre général.

47. On trouve aux Etats-Unis d'Amérique, d'où nous viennent les lettres de crédit stand-by, un ensemble plus complet de dispositions sur les lettres de crédit. On peut se faire une idée des questions couvertes par l'article 5 du Code de commerce uniforme (UCC), promulgué dans les 50 Etats américains, assorti de quelques variantes, à la lecture des différentes sections : *Formal Requirements; Signing* (Forme, signature) (5-104); *Consideration* (Contrepartie) (5-105); *Time and Effect of Establishment of Credit* (Date et effets de l'ouverture de crédit) (5-106); *Advice of Credit; Confirmation; Error in Statement of Terms* (Avis de crédit, confirmation, erreur dans l'énoncé des conditions) (5-107); *"Notation Credit"*; *Exhaustion of Credit* (Extinction du crédit) (5-108); *Issuer's Obligation to Its Customer* (Obligation de l'émetteur envers son client) (5-109); *Availability of Credit in Portions; Presenter's Reservation of Lien or Claim* (Utilisation fractionnée du crédit, réserve formulée par la personne effectuant la présentation relative à un privilège ou à une créance) (5-110); *Warranties on Transfer and Presentment* (Garanties sur le transfert et sur la présentation) (5-111); *Time Allowed for Honor or Rejection, Withholding Honor or Rejection by Consent, "Presenter"* (Délai d'acceptation de refus, non-acceptation ou refus consensuel) (5-112); *Indemnities* (Indemnités) (5-113); *Issuer's Duty and Privilege to Honor, Right to Reimbursement* (Obligation et liberté d'accepter de l'émetteur, droit au remboursement) (5-114); *Remedy for Improper Dishonor for Anticipatory Repudiation* (Remèdes en cas de refus d'acceptation infondé ou d'annulation anticipée) (5-115); *Transfer and Assignment* (Transfert et cession) (5-116); *Insolvency of Bank Holding Funds for Documentary Credit* (Insolvabilité de la banque détenant des fonds pour le crédit documentaire) (5-117).

48. Comme cela est indiqué à la section 5-102(3), l'article 5 de l'UCC traite de certaines, et non de la totalité, des règles et notions applicables aux lettres de crédit qui ont été élaborées avant sa promulgation ou qui pourront l'être par la suite et, selon le commentaire officiel qui accompagne cette section, les règles consacrées par l'article 5 peuvent être considérées comme énonçant les théories fondamentales en matière de lettres de crédit. Aussi, même dans ce cas, serait-il souhaitable, voire nécessaire, de poursuivre l'élaboration et l'amélioration de solutions juridiques fondées sur les usages commerciaux. En outre, il est renvoyé expressément à la pratique commerciale dans trois Etats (Alabama, Missouri et Etat de New York) où l'article 5 ne s'applique pas aux crédits documentaires se référant aux Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires.

49. Etant donné l'absence de législation dans la plupart des pays et son aspect fragmentaire dans d'autres, les tribunaux ont tendance à consacrer les pratiques élaborées par les utilisateurs des lettres de crédit et, en ce qui concerne les lettres de crédit stand-by, à tenir compte de leur finalité et de leurs caractéris-

tiques propres. Dans certains systèmes juridiques, des restrictions peuvent découler de dispositions impératives du droit, même si ces dispositions ne s'appliquent pas expressément aux lettres de crédit stand-by. Les dispositions traitant, par exemple, des questions de validité ou d'expiration des garanties bancaires ont toutes les chances de s'appliquer aussi au crédit stand-by, qui en est un équivalent fonctionnel, en particulier lorsque ces dispositions relèvent de l'ordre public.

2. Règles internationales uniformes

50. Les lettres de crédit stand-by pourraient, conformément à leur finalité et en dépit de leur nom, se voir appliquer les Règles uniformes pour les garanties contractuelles (publication n° 325 de la CCI) qui "s'appliquent à toute garantie, cautionnement, sûreté ou engagement similaire, quelle que soit son appellation ou sa description" (art. 1-1). Toutefois, ces règles relatives aux garanties de soumission, de bonne exécution et de remboursement sont d'une utilisation pratique limitée car elles ne consacrent pas le type le plus courant de crédit stand-by, à savoir le crédit payable à la demande du bénéficiaire invoquant la défaillance du donneur d'ordre (voir plus loin les paragraphes 64 à 67).

51. Les règles internationales auxquelles il est le plus souvent fait référence dans les lettres de crédit stand-by sont les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires. On se référerait déjà aux premières versions antérieures des Règles et usances uniformes, mais ce n'est qu'à partir de la révision de 1983 (publication n° 400 de la CCI, figurant à l'annexe II du document A/CN.9/251) que ces règles couvrent désormais expressément les lettres de crédit stand-by.

52. L'article 2 des Règles et usances uniformes, cité plus haut (par. 14), définit non seulement le crédit documentaire ou la lettre de crédit traditionnelle mais aussi, et dans les mêmes termes, la lettre de crédit stand-by. L'article premier est encore plus explicite et apparemment sensible à la différence de nature et de finalité qui existe entre les deux types de lettres de crédit, puisqu'il stipule que "les [présents] articles s'appliquent à tous les crédits documentaires, y compris, dans la mesure où ils seraient applicables, aux lettres de crédit stand-by".

53. Aucune règle, ni directive ne permet de déterminer quels articles des Règles et usances uniformes sont de fait applicables aux lettres de crédit stand-by et dans quelle mesure ils le sont. Il est possible d'apporter une réponse à cette question en examinant la finalité et la portée de chaque disposition et en jugeant de son applicabilité à ce type de crédit qui diffère des autres par sa fonction. Si l'on peut aisément répondre de manière générale aux questions qui se posent en matière d'applicabilité, de nombreuses incertitudes demeurent en ce qui concerne les questions concrètes.

54. Ainsi, les dispositions générales et les définitions énoncées aux articles premier à 6, les règles sur la forme et la notification des crédits (art. 7 à 14), et sur les responsabilités des banques (art. 15 à 21) sont considé-

rées comme généralement applicables. Les articles 3 et 6 s'appliquent tout particulièrement aux crédits stand-by dans la mesure où ils consacrent l'indépendance ou l'autonomie de la lettre de crédit. L'article 4, qui est un complément important, stipule que "toutes les parties intéressées ont à considérer les documents à l'exclusion des marchandises, services et/ou autres prestations auxquels les documents peuvent se rapporter"; la référence aux services et prestations ainsi qu'aux marchandises atteste l'étendue du champ d'application des Règles et usances uniformes, qui englobent les crédits stand-by.

55. D'une manière générale, les dispositions qui ne seront pas applicables sont celles qui ont trait aux documents de transport, aux documents d'assurance et aux factures commerciales (art. 22 à 42) et qui sont axées sur le crédit documentaire traditionnel des opérations de vente. Toutefois, ces dispositions pourront s'appliquer à une lettre de crédit stand-by utilisée comme paiement secondaire (voir plus haut le paragraphe 30).

56. Certaines des dispositions diverses des Règles et usances uniformes (art. 43 à 53) sont applicables aux lettres de crédit stand-by et d'autres ne le sont pas. De plus, certains articles peuvent n'être que partiellement applicables; l'article 44, par exemple, traite des tirages partiels, que l'on peut rencontrer dans les opérations de crédits stand-by, et des expéditions partielles, que l'on a peu de chance d'y rencontrer. Pour ce qui est de certains de ces articles, on ne sait pas s'ils s'appliquent ou non aux lettres de crédits stand-by. Ainsi, pour ne citer qu'un seul exemple, la question s'est posée de savoir si l'alinéa *a* de l'article 47 régissant le délai de présentation de documents et leur refus après expiration de ce délai s'appliquait à une lettre de crédit stand-by; la Commission de technique et pratiques bancaires de la CCI est saisie de cette question.

B. Lois et règles relatives aux garanties bancaires et promesses d'indemnisation similaires

1. Evolution du droit consacrant les garanties indépendantes

57. A l'instar des lettres de crédit stand-by, les garanties bancaires et les promesses d'indemnisation similaires n'ont pas, dans la plupart des Etats, fait l'objet d'une législation particulière, en dehors des lois régissant notamment les marchés et les travaux publics ou l'activité bancaire, qui peuvent imposer ou interdire certains types de garanties, ou formuler certaines exigences. Les dispositions législatives de caractère général sur les garanties bancaires sont rares (sections 665 à 674 du Code tchécoslovaque de commerce international et sections 252 à 255 de la loi sur les contrats commerciaux internationaux de la République démocratique allemande, par exemple). On rencontre encore plus rarement des dispositions faisant expressément référence à la garantie payable sur demande et sans opposition, comme celle qui figure à la section 1087 de la loi yougoslave de 1978 sur les obligations.

58. Dans la plupart des systèmes juridiques, ce sont les tribunaux qui ont dû réagir à l'essor des garanties indépendantes, qui sont essentiellement une création de la pratique bancaire et commerciale¹¹. L'évolution du droit, bien que différente d'un pays à l'autre, s'est souvent heurtée aux mêmes types de difficultés. D'un côté, on est parti des règles traditionnelles (droit écrit ou coutumier) régissant la garantie accessoire (sûreté); d'un autre côté, on a pris conscience de la nature indépendante de cette nouvelle garantie, d'où la nécessité de faire abstraction d'une notion fondamentale du droit traditionnel en la matière, à savoir le lien entre la garantie et la transaction principale, et de mettre au point un type de garantie réellement distinct. Ce processus de différenciation et de séparation a été plus facile et plus rapide dans certains Etats que dans d'autres. Dans un certain nombre de pays, il a été facilité par l'application par analogie du droit des lettres de crédit où le principe de l'indépendance est bien établi, ou par le recours plus général au principe de la liberté contractuelle.

59. Si l'on compare avec la situation juridique d'il y a huit ans, telle qu'elle est montrée dans un document couvrant plusieurs régions du monde¹², on observe de nouveaux progrès vers une plus grande reconnaissance en droit interne de la garantie indépendante. Néanmoins, ce principe n'est pas encore fermement consacré dans tous les systèmes juridiques et son application n'est pas uniforme. Des incertitudes ou des divergences de vue existent, par exemple, en ce qui concerne les effets juridiques qu'ont sur la garantie toute invalidité initiale, modification ou résiliation amiable de la transaction principale, ou le fait que l'inexécution du donneur d'ordre résulte d'une défaillance du bénéficiaire.

60. Même en ce qui concerne une règle très largement reconnue comme l'exception de fraude (examinée plus loin aux paragraphes 85 à 88), les positions des différents systèmes juridiques divergent considérablement lorsqu'il s'agit de déterminer le champ d'application précis de la règle et les mesures de procédure qui permettent de l'appliquer. D'un point de vue conceptuel, la règle relative à la fraude n'est pas contraire au principe de l'indépendance de la garantie et ne le limite en rien. Comme dans tout autre cadre où des principes tels que l'abus de droit ou l'*exceptio doli* s'appliquent, on présuppose l'existence d'un droit formel à appeler en garantie. La disposition relative à la fraude constitue une exception à la règle générale selon laquelle l'obligation de payer la garantie ne dépend que des conditions qui y sont énoncées, et il apparaît ainsi que même une garantie inconditionnelle déclarée "payable sur demande et sans opposition" reste assujettie à certaines conditions.

¹¹ Lesguillons, *Histoire, signification et pratique des garanties*, in: *Les garanties bancaires*. . . (note 9 ci-dessus), p. 1 à 10.

¹² Voir les différents articles dans *Les garanties bancaires* . . . (ci-dessus note 9), en particulier : *Vasseur*, Rapport de synthèse : le droit des garanties bancaires dans les contrats internationaux en France et dans les pays de l'Europe de l'Ouest (p. 319 à 364); *Florescu*, Pays socialistes européens (p. 367 à 381); *El Hakim*, Les pays du Proche-Orient (p. 383 à 406); *Cremades/Valluis/Zivy*, Droit et pratique des garanties en Amérique latine (p. 81 à 99).

61. La nature de la garantie et les droits et obligations qui en découlent étant fondée sur la volonté des parties, ils sont déterminés conformément aux conditions énoncées dans l'accord de garantie. Les textes des accords de garantie sont généralement complexes notamment parce qu'ils sont rédigés par des parties bancaires et commerciales, dans un cadre juridique fragmentaire et sur la base d'une jurisprudence dont les contours sont souvent flous. La pratique contractuelle en la matière n'est pas uniforme et l'expérience montre que les textes des accords de garantie présentent parfois des incertitudes, des ambiguïtés, voire des incohérences. Enfin, et c'est là le point le plus important, même le texte le plus abouti et le plus cohérent ne pourra pas traiter toutes les questions qui peuvent se poser pendant la durée d'existence d'une garantie. Aussi semble-t-il nécessaire de fixer un ensemble de règles standard auxquelles pourrait aisément se référer l'accord de garanties.

2. Règles uniformes internationales

a) Règles uniformes de la CCI pour les garanties contractuelles (1978)

62. Ayant conscience de cette carence, la CCI a, pendant douze ans, travaillé à l'élaboration des Règles uniformes pour les garanties contractuelles de 1978, mentionnées précédemment (publication n° 325 de la CCI). Ces règles couvrent les garanties de soumission, de bonne exécution et de remboursement, qu'elles soient émises par des banques ou d'autres établissements (d'où le terme "garanties contractuelles" au lieu de "garanties bancaires").

63. Les questions traitées dans ces règles sont les suivantes : engagement du garant, date limite des demandes, validité et restitution de la garantie, amendements aux contrats et garanties, présentation de la demande et documentation à fournir à l'appui de la demande, loi applicable et règlement des différends. Ni la relation entre le garant et le donneur d'ordres, ni les relations entre banques ne sont traitées en profondeur dans ces règles.

64. En outre, et c'est là un élément plus important, la nature indépendante de la garantie n'est pas énoncée d'une manière qui lève toute équivoque. On pourrait même avoir le sentiment que les garanties secondaires ou accessoires sont couvertes par les règles lorsque l'on constate, par exemple, que le terme sûreté figure à l'article premier : "Ces règles s'appliquent à toute garantie, cautionnement, sûreté ou engagement similaire, quelle que soit son appellation ou sa description . . .". L'élément le plus important est que les règles ne consacrent que les garanties conditionnelles, sans toutefois le faire expressément.

65. Comme on peut le lire dans l'introduction aux Règles uniformes pour les garanties contractuelles, "il n'a pas été estimé souhaitable d'inclure des règles spéciales applicables aux garanties dites sur simple ou première demande, en vertu desquelles les demandes sont à satisfaire sans présentation d'une preuve de leur bien-fondé". La raison avancée était le souci de

“moraliser la pratique des garanties”. L'exigence d'une preuve indépendante est énoncée à l'article 9 qui, si l'on écarte son alinéa *a* sur les garanties de soumission, est ainsi libellé :

“Si la garantie ne spécifie pas la documentation à produire à l'appui de la demande ou indique seulement que le bénéficiaire devra présenter une déclaration faisant état de sa demande, le bénéficiaire devra fournir :

a) ...

b) Dans le cas d'une garantie de bonne exécution ou d'une garantie de remboursement, soit une décision judiciaire ou une sentence arbitrale justifiant la demande, soit l'approbation écrite du donneur d'ordre concernant la demande et son montant.”

66. Il est évident que l'article 9 ne donne pas effet à une garantie sur simple demande. En revanche, cet article recèle une faiblesse moins évidente qui pourrait se transformer en piège pour la partie qui ne serait pas sur ses gardes. Pris au pied de la lettre, le paragraphe liminaire vise une garantie sur simple demande puisqu'une telle garantie “indique seulement que le bénéficiaire devra présenter une déclaration”; une telle garantie subirait alors, si elle était assujettie aux Règles, une mutation qui en ferait une garantie payable uniquement avec l'assentiment du donneur d'ordre ou après une décision judiciaire ou une sentence arbitrale.

67. C'est sans doute parce qu'elles ne donnent pas effet aux garanties sur demande et que les questions qu'elles couvrent sont en nombre limité que ces règles n'ont pas été largement reconnues ni utilisées.

b) *Projet de règles uniformes de la CCI relatives aux garanties (1988)*

68. Consciente du succès limité qu'ont rencontré ses règles uniformes de 1978, la CCI s'est lancée dans l'élaboration de règles uniformes relatives aux garanties, promesses d'indemnisation, cautionnements et engagements similaires. Elle a confié cette tâche au Groupe de travail mixte sur les garanties contractuelles, composé de cinq membres de sa Commission de technique et pratiques bancaires et de cinq membres de sa Commission des pratiques commerciales internationales.

69. Le Groupe de travail conjoint a décidé, après de longs débats, de fonder ses travaux sur le *Code of Practice for Demand Guarantees and Bonds* élaboré par le Committee of London and Scottish Bankers et d'y incorporer certaines dispositions des Règles uniformes pour les garanties contractuelles de la CCI de 1978. Lors de sa réunion, les 7 et 8 janvier 1988, le Groupe de travail conjoint a approuvé un avant-projet de règles uniformes de la CCI relatives aux garanties. On notera que ce projet devra être examiné par les deux Commissions de la CCI et qu'il pourra être renvoyé au Groupe de travail commun pour plus ample examen.

70. On a annexé cet avant-projet au présent rapport afin de faire connaître la gamme des questions couver-

tes par le texte et la position actuelle de la CCI en ce qui concerne l'économie générale du texte et les diverses solutions qui y sont retenues. Cette information aidera la Commission à déterminer quelles activités elle pourra entreprendre dans ce domaine, notamment en coopération avec la CCI (comme cela est suggéré plus loin aux paragraphes 94 à 99).

III. Questions juridiques et problèmes pratiques

71. Le projet de Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties donne une bonne indication de la nature et de l'ampleur des problèmes qui peuvent se poser dans le cadre des opérations de garantie. D'autres questions pourront être mentionnées ici, ce qui ne signifie pas nécessairement que l'on souhaiterait les voir incluses dans une version future des Règles. D'abord, un certain nombre de problèmes peuvent se poser à propos de la relation entre le donneur d'ordre (client) et sa banque du fait, par exemple, d'instructions vagues, contradictoires ou incomplètes ou concernant la question de la provision ou du remboursement. Viennent ensuite d'autres questions liées aux activités de la banque, telles que l'émission de garanties par télétransmission, notamment la question de l'authentification, ou le rôle de la banque, soit en tant que simple conseiller, soit en tant que mandataire du bénéficiaire demandant ou encaissant le montant en question en son nom. Viennent enfin les questions liées aux modifications de la garantie, à toutes instructions données à ce propos par le donneur d'ordre ou au refus possible du bénéficiaire d'accepter la garantie.

72. Seules quelques-unes de ces questions, qu'elles soient ou non traitées dans le projet actuel de la CCI, seront examinées ici à titre d'exemple. Elles ont été retenues parce qu'elles présentent un intérêt pratique et parce qu'il faut leur apporter des solutions claires et uniformes. Une partie d'entre elles sont traitées dans l'accord de garantie, les autres sont soumises à la loi applicable.

A. Conditions de paiement stipulées

73. Puisque l'engagement du garant est fondé sur le principe contractuel de l'autonomie des parties, et étant donné le caractère indépendant de la garantie, les obligations du garant sont déterminées par les dispositions de l'accord de garantie, sous réserve de toute limitation imposée par des dispositions impératives de droit. Les problèmes que l'on rencontre dans ce domaine sont en général dus à des stipulations vagues ou incohérentes de l'accord.

1. Montant et réduction possible du montant

74. Le montant payable au titre d'une garantie est souvent calculé en proportion de la valeur de l'obligation principale; il s'agit par exemple d'un certain pourcentage du prix du contrat. Toutefois, le recours à des pourcentages peut susciter des doutes quant au

point de référence précis, notamment en cas de modification de la transaction de base et risque même de faire douter du caractère indépendant de la garantie. Aussi le montant de la garantie est-il souvent exprimé dans l'absolu, au moins en tant que montant maximum.

75. En particulier, les garanties de bonne exécution relatives à des projets à long terme tendent à prévoir une réduction progressive du montant payable selon l'état d'avancement des travaux. Le mécanisme de réduction stipule normalement l'ampleur de la réduction en fonction de l'exécution de certaines phases des travaux. Toutefois, une simple référence à ces phases ne serait pas appropriée pour une garantie indépendante; des certificats d'achèvement partiel ou de réception partielle pourront être requis afin que le garant soit à même de déterminer le montant dû sur la base de documents.

2. *Demande et pièces justificatives*

76. Diverses conditions peuvent être requises pour l'appel en garantie, compte tenu de divers facteurs commerciaux tels que le rapport de forces, la confiance et l'évaluation du risque. La demande peut être inconditionnelle, comme dans le cas de la véritable garantie sur simple demande, ou elle peut devoir être accompagnée d'une déclaration du bénéficiaire relative à la défaillance du donneur d'ordre. Une déclaration générale peut suffire, mais le bénéficiaire peut être tenu de donner des détails en indiquant, par exemple, la nature de la défaillance du donneur d'ordre et en précisant que, de ce fait, il a droit au paiement du montant requis et que ce montant ne lui a pas encore été versé. Une autre condition peut être exigée à ce propos : la soumission à une instance arbitrale ou judiciaire, afin que le donneur d'ordre puisse récupérer le montant en cas d'appel en garantie injustifié. On peut se demander si de telles déclarations, même écrites, constituent un document — question qui peut se poser lorsque l'on applique les dispositions de l'UCC ou des Règles et usances uniformes aux lettres de crédit standby, car ces lettres de crédit n'exigent en général qu'une déclaration pro forma du bénéficiaire et, peut-être, la présentation d'un effet à vue.

77. Toutefois, on ne peut douter du caractère documentaire d'autres pièces requises pour demander le paiement d'un crédit, même si quelques-unes d'entre elles seulement ressemblent aux documents commerciaux utilisés dans les opérations de crédit documentaire (voir ci-dessus le cas du paiement secondaire, par. 30). En particulier, l'objet de la garantie étant de préserver du risque de défaillance, les pièces requises peuvent avoir pour objet de démontrer la défaillance, qu'il s'agisse de non-exécution, de non-conformité ou d'exécution tardive en matière de construction, de fourniture ou de paiement. Des pièces justificatives de ce type peuvent être établies par l'ingénieur sur le chantier ou par un autre expert technique désigné à cette fin. D'autres conditions encore sont envisagées à l'alinéa b de l'article 9 des Règles uniformes de la CCI pour les garanties contractuelles de 1978 (mentionnées ci-dessus,

par. 65), à savoir l'approbation du donneur d'ordre ou une décision judiciaire ou une sentence arbitrale.

78. Il existe ainsi une vaste gamme de conditions possibles, reflétant la diversité des besoins commerciaux. Moins il y a de conditions, plus la garantie fait fonction de caution, déplaçant la charge de l'action en justice, mais n'immobilisant pas des capitaux. Plus les conditions requises pour que soit établie la défaillance sont sévères, plus la garantie revêt l'apparence d'une garantie accessoire (par exemple une sûreté). Cela est compréhensible d'un point de vue pratique, mais l'analyse juridique permet, et même contraint, d'établir une distinction entre des exigences documentaires, même si les documents en question se rattachent à des faits concernant la transaction principale, et un lien direct de dépendance entre l'engagement de garantie et toutes conditions ou faits relatifs à ladite transaction.

79. Toutefois, il peut se révéler difficile d'établir une distinction entre des conditions de paiement stipulant que le bénéficiaire doit déclarer qu'il y a eu défaillance du donneur d'ordre ou soumettre des pièces établissant cette défaillance et des conditions stipulant que le paiement est lié à l'existence valide d'une obligation et à la non-exécution de cette obligation, lorsqu'une garantie, clairement autonome par ailleurs, contient des formules du type des suivantes : "si l'entrepreneur ne s'acquitte pas de ses obligations" ou "en cas de rupture du contrat de la part du donneur d'ordre". Avec des formules de cet ordre, la garantie risque d'être considérée comme accessoire, et donc soumise au droit des sûretés, notamment par les tribunaux qui hésitent encore à reconnaître les garanties pleinement indépendantes.

3. *Période de validité et expiration*

80. Il importe tout particulièrement qu'il n'y ait pas d'incertitude quant à la période de validité de la garantie et donc quant à l'obligation du garant et à son droit de demander une commission ou des honoraires. Le point de départ, c'est-à-dire la date à laquelle la garantie prend effet, doit être clairement défini; lorsqu'il est subordonné à certains faits, par exemple l'octroi d'un contrat ou le versement d'une avance, on peut éviter certains problèmes en stipulant que la période de garantie commencera à courir dès la réception d'une pièce ou d'un avis par le garant.

81. La date la plus importante est celle de l'expiration de la période de validité. Là aussi, il est préférable de fixer une date déterminée plutôt que de lier cette date à un fait ou un élément de la transaction de base (par exemple, l'octroi du contrat à un autre soumissionnaire, l'achèvement du projet ou l'expiration de la garantie principale). On peut éviter certains problèmes en exigeant des pièces ou un avis, ou en stipulant en outre une date limite.

82. Quelle que soit la date d'expiration convenue, il peut se révéler qu'elle n'est pas valide ou qu'elle n'est pas applicable dans la pratique. Une résiliation anté-

rière à la date d'expiration — lorsque, par exemple, la garantie est annulée d'un commun accord, le bénéficiaire libère le donneur d'ordre de son obligation ou l'instrument de garantie est renvoyé — ne pose pas de problème particulier. Il s'en pose toutefois de considérables lorsqu'il s'agit de prolonger la validité au-delà de la date d'expiration convenue. Cette prolongation peut être imposée par des dispositions de la loi de certains Etats qui, par exemple, interdisent l'expiration tant que le bénéficiaire conserve l'instrument de garantie, ou peuvent même stipuler un délai de prescription légale pouvant atteindre trente ans.

83. On rencontre plus souvent dans la pratique un problème sérieux, fondé sur l'alternative suivante : "payer ou prolonger". En particulier dans le cas d'une garantie inconditionnelle, le bénéficiaire peut donner plus de poids à sa demande de prolongation en menaçant de faire jouer la garantie. Si cette demande peut être légitime et justifiée au motif que le cas faisant l'objet de la garantie peut encore se produire et que donc l'objectif commercial de la garantie n'est pas encore éteint, il peut aussi y avoir des abus. Quoi qu'il en soit, le donneur d'ordre a rarement d'autre choix que celui d'accepter la prolongation. Puisque le garant dispose souvent de peu de temps pour obtenir des instructions du donneur d'ordre, certains accords entre banques et clients autorisent le garant à prolonger la période de validité, ce qui lui impose une responsabilité considérable et peut ne pas être favorable aux intérêts du donneur d'ordre.

B. Exception de fraude, autres objections et mesures judiciaires d'appui

84. Outre les limites découlant des conditions de garantie, notamment des conditions de paiement, d'autres exceptions ou objections peuvent intervenir, fondées sur la loi ou la jurisprudence. Par exemple, s'il est conclu que la transaction de base est contraire à l'ordre public ou suppose une activité illégale, le refus de paiement peut être justifié. Comme il est indiqué ci-dessus (par. 59), d'autres cas d'invalidité, la résiliation ou la simple modification du contrat de base, ou le fait que la défaillance du donneur d'ordre soit due à un acte ou une omission du bénéficiaire peuvent en tant que tels fonder une objection devant les tribunaux qui n'adhèrent pas strictement au principe de l'indépendance. Selon les circonstances, ces cas peuvent même se rattacher à l'exception de fraude, qui, comme on l'a noté ci-dessus (par. 60), ne s'oppose pas à ce principe.

1. Appel en garantie frauduleux ou abusif

85. Comme dans le cas des crédits documentaires traditionnels, la fraude peut porter sur les documents commerciaux présentés par le bénéficiaire. Puisque ces documents sont normalement établis par une autre personne, l'acte frauduleux peut consister en la contrefaçon de la signature de cette personne; cette personne peut aussi avoir été incitée à faire une fausse déclaration. Les risques de fraude ou d'abus sont considérablement aggravés, dans le cas de demandes de paiement d'une

garantie ou d'une lettre de crédit stand-by car, dans ce cas, on n'exige souvent qu'une simple déclaration du bénéficiaire, voire parfois une simple demande. Si l'on ne peut évaluer avec précision la fréquence des demandes de paiement frauduleuses, abusives ou inappropriées, il ressort des décisions prises par les tribunaux de divers pays que de tels cas se produisent dans diverses situations. Il est en outre possible de menacer d'exiger le paiement d'une garantie pour obtenir un avantage lié à la transaction de base.

86. Dans les pays où les tribunaux se sont vu soumettre des actions ou des demandes de mesures provisoires et conservatoires motivées par une fraude présumée, l'exception de fraude a en général été reconnue. Toutefois, sa portée et son application diffèrent d'un pays à l'autre à plusieurs titres et, dans certains pays, l'attitude des tribunaux a évolué durant ces dernières années.

87. Pour ce qui est de la portée de cette exception, on note une différence qui revêt une importance pratique considérable : dans certains pays, l'exception de fraude a été étendue à d'autres cas que la fraude et couvre par exemple les cas d'abus flagrant, d'arbitraire manifeste ou de mauvaise foi. Même lorsqu'il s'agit de déterminer si un acte particulier constitue une fraude, il existe des divergences plus importantes qu'on ne le jugerait normal ou utile s'agissant de l'application d'une notion aussi générale que celle de fraude. Des positions divergentes sont prises, par exemple, à propos de l'importance à accorder à la conduite frauduleuse d'une personne autre que le bénéficiaire ou à des motifs apparemment étrangers, peut-être politiques, du bénéficiaire, ou aux difficultés que pourra peut-être connaître ultérieurement le donneur d'ordre lorsqu'il s'efforcera de recouvrer auprès du bénéficiaire un montant que ce dernier aurait obtenu de manière injustifiée. Il existe aussi des divergences et des incertitudes, dans le cas plus complexe d'une garantie indirecte, sur le point de savoir si une contre-garantie peut être invoquée par un garant ayant donné suite à un appel en garantie frauduleux ou abusif, peut-être sans essayer de s'y opposer, même s'il n'y a pas eu collusion avec le bénéficiaire.

88. En outre, il n'y a pas uniformité sur le point de savoir dans quelle mesure le garant doit être certain de la fraude et, au niveau de la procédure, quelles sont les preuves requises et quels sont les critères en matière de preuves. Ainsi, pour un même type de mesure judiciaire (par exemple une défense de payer), on a imposé des conditions diverses : preuve absolue, forte présomption, présomption simple, forte probabilité; parfois, on n'a admis que des preuves documentaires, à l'exclusion des déclarations sous serment, ou l'on a admis tous les moyens de preuve disponibles.

2. Mesures judiciaires bloquant le paiement

89. Il existe aussi des divergences considérables en ce qui concerne les types de mesures judiciaires qui peuvent être prises en cas d'exception de fraude présumée ou d'autres types d'objection, et les conditions dans lesquelles ces mesures peuvent être prises. Les mesures provisoires et

conservatoires les plus communes sont les injonctions ou ordonnances similaires aux termes desquelles le bénéficiaire se voit interdire d'invoquer la garantie ou le garant de la payer (défense de payer). L'application de telles mesures est fonction des stipulations particulières des règles de procédure et de l'attitude de la justice en matière de garanties. Outre la question déjà mentionnée de la preuve, il existe notamment des divergences sur les questions suivantes : quelles personnes sont habilitées à demander l'application d'une telle mesure, quel préjudice encourt la personne en faisant la demande, pendant combien de temps la mesure restera en vigueur et quels pourront être les effets extraterritoriaux de cette mesure ?

90. Diverses autres mesures judiciaires, visant essentiellement à geler ou conserver les fonds ont été envisagées et testées dans divers pays et accordées par certains tribunaux. Il s'agit par exemple de la mise sous séquestre des fonds détenus par le garant, de la saisie de ces fonds, du gel du droit du bénéficiaire à invoquer la garantie, de la saisie des produits obtenus ou d'une ordonnance interdisant le départ des biens hors de la juridiction. Les conditions particulières de ces mesures et la possibilité de les appliquer dans le cas des garanties ou des lettres de crédit stand-by varient d'un pays à l'autre.

CONCLUSIONS

91. Compte tenu de ce qui précède, on peut tirer un certain nombre de conclusions qui pourraient aider la Commission à déterminer s'il serait bon qu'elle mène à l'avenir des activités dans ce domaine. La lettre de crédit utilisée à des fins autres que la vente, dont il était question à la quinzième session, correspond essentiellement à la lettre de crédit stand-by qui est aussi utilisée à l'occasion dans les opérations de vente. De par sa fonction et son objet, la lettre de crédit stand-by diffère considérablement de la lettre de crédit commerciale traditionnelle ou du crédit documentaire et équivaut aux garanties bancaires indépendantes et aux garanties similaires.

92. Les lettres de crédit stand-by et les garanties jouent un rôle important dans la pratique commerciale et soulèvent essentiellement le même type de questions. Les deux types d'instruments sont utilisés dans un cadre juridique façonné par une jurisprudence fluctuante et rarement par des lois. Une source générale de difficultés a été identifiée pour l'un comme pour l'autre. En ce qui concerne les lettres de crédit stand-by, il est souvent difficile, étant donné leur nature et leur objet particuliers, de déterminer si une disposition donnée de la législation sur les lettres de crédit est applicable, c'est-à-dire pertinente. Quant aux garanties, l'incertitude vient du fait que leur caractère autonome ou indépendant n'est pas encore pleinement reconnu et fermement établi dans tous les systèmes juridiques.

93. Les problèmes juridiques précis posés par les lettres de crédit stand-by ou les garanties sont souvent dus à l'imprécision et à l'imperfection du droit applicable et aux positions divergentes prises dans les divers ordres juridiques. Cette incertitude et ces disparités

peuvent entraver le fonctionnement des opérations de garantie dans le cas des transactions internationales où le donneur d'ordre et le bénéficiaire ont leurs établissements (et leurs banques) dans des Etats différents et où les lois d'Etats tiers peuvent devenir applicables en raison du fait, par exemple, que des banques situées dans des pays tiers sont parties prenantes ou que la garantie fait partie d'un réseau international complexe de contrats et de garanties connexes. En outre, les diverses lettres de crédit stand-by et les divers contrats de garantie ne permettent pas de répondre à toutes les questions qui se posent et comportent des clauses qui ne sont pas toujours compatibles et qui peuvent être interprétées différemment en fonction de la philosophie des tribunaux.

94. Par suite, la Commission voudra peut-être conclure qu'un plus grand degré de certitude et d'uniformité serait souhaitable. Le principal moyen d'atteindre cet objectif serait d'établir un ensemble complet et cohérent de règles auxquelles les Parties pourraient se référer dans les garanties et dans les lettres de crédit stand-by. A ce propos, on se félicitera des travaux récemment effectués par la CCI en vue d'élaborer des règles uniformes. Le projet de règles uniformes concernant les garanties, qui figure en annexe au présent rapport, mérite qu'on l'examine attentivement en considérant la gamme des questions qui y sont traitées et surtout les diverses solutions qui y sont suggérées. Ayant une composition équilibrée, représentative de toutes les régions et des divers systèmes économiques et juridiques, la Commission pourrait ainsi évaluer dans quelle mesure le projet de règles serait acceptable à l'échelle mondiale.

95. La Commission voudra peut-être procéder à un échange de vues préliminaires sur ce sujet à sa présente session, mais il conviendrait, semble-t-il, de permettre aux représentants de tenir des débats de plus grande ampleur et de formuler éventuellement des recommandations à l'intention de la CCI, une fois qu'ils auront eu la possibilité de consulter les milieux intéressés dans leurs pays. Si la Commission approuve cette suggestion, elle voudra peut-être autoriser son Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à tenir à cette fin une session qui pourrait avoir lieu au mois de novembre 1988.

96. Le Groupe de travail pourrait aussi être prié d'examiner de plus près, et à la lumière de son examen du projet de règles de la CCI, les deux points ci-après qui concernent des exigences qu'aucun ensemble de règles contractuelles ne peut satisfaire. Premier point, si les règles uniformes couvrent les garanties de tous les types assorties de conditions de paiement diverses, il peut être souhaitable de faciliter la rédaction des contrats de garantie de types précis et d'en normaliser la forme. On pourrait à cette fin recourir à des formules types ou, en s'inspirant de la technique employée pour les Incoterms, à des "Guaranterms" qui définiraient divers termes et préciseraient les droits et obligations correspondants des parties.

97. Deuxième point, certains aspects importants restant soumis à des règles de droit impérative et ne pouvant être régis par un accord entre les parties, y compris par des règles uniformes qui y seraient incorporées, il faudrait peut-être s'efforcer d'uniformiser davantage les lois. Il est possible par exemple d'inclure dans des règles uniformes des dispositions compatibles avec le caractère indépendant d'une garantie, mais celui-ci doit, pour pouvoir être définitivement et pleinement reconnu, être admis par la législation. Il conviendrait donc qu'une loi uniforme précise clairement si des objections relatives au contrat de base peuvent être opposées en droit au paiement de la garantie et indique alors lesquelles, et dispose expressément, dans le cas contraire, que seules les objections conformes aux clauses du contrat de garantie ou de la lettre de crédit stand-by sont autorisées. Les lois uniformes pourraient aussi couvrir le cas mentionné plus haut où des règles de droit impératives interdisent la conclusion d'accords entre les parties (pour prolonger la période de validité après la date d'expiration convenue par exemple).

98. L'élément le plus important qu'une loi uniforme devrait couvrir est sans doute le problème irritant des demandes de paiement frauduleuses ou abusives et la question des mesures judiciaires à prendre en pareil cas. Ce problème, qui était le thème essentiel d'une note antérieure du secrétariat sur les lettres de crédit stand-by (A/CN.9/163), ne peut être effectivement résolu par de simples règles contractuelles. Sans sous-estimer les obstacles à un accord sur la portée de l'exception de fraude et des décisions judiciaires appropriées, on

suggère qu'au moins une tentative soit faite dans ce sens. Compte tenu des suggestions des praticiens, on pourrait en outre se demander si cette loi uniforme pourrait couvrir non seulement les garanties et les lettres de crédit stand-by mais aussi les lettres de crédit traditionnelles. L'ampleur et les circonstances de la fraude dans le cas des crédits documentaires peuvent être différentes, mais le problème juridique qui se pose est essentiellement le même et ne peut être résolu par des règles contractuelles (les Règles et usances uniformes).

99. D'autres thèmes pourraient aussi être abordés dans une éventuelle loi uniforme (tribunal compétent, arbitrage et loi applicable, par exemple). Une loi uniforme pourrait aider à éliminer les disparités actuelles pour ce qui est des questions régies par des règles de droit impératives. Elle pourrait aussi aider les parties en ce qui concerne les autres questions, si elles ne les ont pas réglées dans leur contrat de garantie ou leur lettre de crédit. Enfin, une loi uniforme pourrait et devrait garantir la liberté des parties et donner plein effet à leur accord, y compris lorsqu'il y est fait référence aux Règles et usances uniformes ou à toute règle uniforme sur les garanties qui pourrait être adoptée. Si la Commission décidait de continuer à examiner la question d'une loi uniforme, elle pourrait peut-être prier le secrétariat d'établir, en consultation avec la CCI, une étude sur les caractéristiques que pourrait présenter cette loi uniforme et sur les questions qu'elle pourrait utilement couvrir. On pourrait aussi dans cette étude indiquer si une loi type ou une convention seraient préférables à une loi uniforme ou si l'examen de cette question devrait être différé.

ANNEXE

(On trouvera ci-après l'avant-projet de règles uniformes de la CCI relatives aux garanties approuvé par un groupe de travail mixte le 8 janvier 1988)

PROJET DE RÈGLES UNIFORMES DE LA CCI RELATIVES AUX GARANTIES*

INTRODUCTION

Les présentes règles uniformes ont été rédigées par un groupe de travail mixte de la CCI, composé de représentants de la Commission des pratiques commerciales internationales et de la Commission de technique et pratiques bancaires, en vue de régir l'usage des garanties dans le monde entier. Leur objectif est de fournir une base cohérente de traitement de ces engagements par les parties et de solution des problèmes concernant notamment les demandes et l'expiration de la garantie.

Ces règles ont été conçues de façon à prendre en compte et à encourager l'émission de garanties assurant le soutien documentaire des demandes et la réduction du montant de la garantie contre remise de documents ou à des dates données. Le but en est aussi de réduire les habituels problèmes de venue à expiration que posent les garanties. L'un des objectifs est donc de proposer un cadre à l'intérieur duquel puissent

continuer à se développer des accords de garantie équitables entre donneurs d'ordre et bénéficiaires. Les règles tendent à encourager une meilleure compréhension de l'usage des garanties et des pratiques normalisées.

La CCI espère que ces règles contribueront grandement à régulariser les garanties en fournissant une base à partir de laquelle les parties pourront opérer de façon cohérente. En encourageant une bonne pratique des garanties, ces règles cherchent à créer un meilleur équilibre entre les intérêts des parties concernées et à résoudre les problèmes susceptibles de surgir.

Comme dans le cas des Règles et usances relatives aux crédits documentaires (publication CCI n° 400), il s'agit d'un ensemble de règles non obligatoires qui n'écarte pas les difficultés et les conflits qui naissent de différents systèmes de droit nationaux, et l'on reconnaît par exemple qu'il faudra faire droit aux exigences spécifiques de certains pays. En règle générale, les ayants droit seront donc requis d'indemniser les garants victimes des conséquences des lois et usages étrangers. Le succès éventuel des présentes règles dépendra beaucoup, comme ce fut le cas pour les RUU, de leur adoption et emploi

*La version française du texte original anglais a été établie par la Chambre de commerce internationale.

par la communauté économique internationale. Il faut reconnaître qu'il subsistera pendant un certain temps des situations où quelques bénéficiaires de garanties ne pourront pas se prévaloir de tous les articles ci-après à cause des conditions convenues ou des exigences spécifiques de certains pays; mais la fréquence de ce genre d'affaires devrait diminuer.

A. Champ d'application de la garantie

Article 1

Les présentes règles s'appliquent à toute garantie, promesse d'indemnisation, cautionnement ou engagement similaire, quelle qu'en soit l'appellation ou la description (ci-après "garantie"), à moins qu'il soit convenu autrement, dans la garantie ou dans un amendement apporté à celle-ci, qu'un garant (défini ci-après) reçoit ordre d'émettre et qui est soumise aux Règles uniformes relatives aux garanties de la Chambre de commerce internationale (Publication n° XXX).

B. Définitions

Article 2

a) Aux fins des présentes règles, "la garantie" désigne un engagement pris par une banque, une compagnie d'assurance ou toute autre partie (ci-après "le garant") à la demande d'un donneur d'ordre d'une banque, d'une compagnie d'assurance ou toute autre partie à la demande du donneur d'ordre (ci-après la "partie ordonnatrice") vis-à-vis d'une autre partie (ci-après "le bénéficiaire") en qualité de caution pour une obligation donnée.

b) Une garantie peut être confirmée à la demande d'un garant par une autre partie (ci-après "le garant confirmateur"). Un tel engagement s'ajoute à celui du garant et peut être qualifié de caution solidaire, endossement ou contre-signature d'une garantie.

C. Dispositions générales

Article 3

Tout ordre visant une garantie et tout amendement de celle-ci doit être clair et précis, sans détail excessif. Aussi toute garantie devra-t-elle énoncer :

- a) Le nom du donneur d'ordre;
- b) Le nom du bénéficiaire;
- c) La transaction sous-jacente cause de la garantie;
- d) Le montant total payable et la monnaie de paiement;
- e) La date et/ou l'événement entraînant l'expiration de la garantie;
- f) Les conditions et procédures de la demande de paiement.

Article 4

Sauf si la garantie en dispose autrement, les garants et garants confirmateurs n'accepteront aucun transfert ou autre forme de cession de la garantie que le bénéficiaire ferait ou se proposerait de faire; et même s'ils ont eu connaissance d'un tel transfert, les garant et garant confirmateur seront censés n'être responsables qu'envers le premier bénéficiaire pour la garantie et ses suites.

Article 5

Toute garantie est irrévocable.

Article 6

Une garantie prend effet à la date où elle est notifiée au bénéficiaire, sauf si ses termes stipulent expressément qu'elle ne deviendra effective qu'à certaines conditions (par exemple notification écrite de l'octroi d'un contrat, réception d'un acompte convenu ou tout autre fait).

Article 7

Chaque garantie est par sa nature distincte de toute transaction sous-jacente et de toute obligation pour laquelle la garantie tient lieu de sûreté.

Les garants et garants confirmateurs ne seront nullement concernés ou liés par aucune transaction de cette sorte, même s'il y est fait référence dans la garantie. L'obligation d'exécuter la garantie d'un garant ou garant confirmateur se borne à verser la somme, ou les sommes spécifiées.

Article 8

Sauf stipulation contraire expresse dans la garantie considérée, les mots "au", "jusqu'à", "depuis" et expressions similaires appliquées dans des opérations de garantie à une date ou à un délai doivent se comprendre comme comprenant la date mentionnée.

Article 9

Sauf stipulation contraire expresse dans la garantie, tous intérêts, commissions, frais et dépenses survenant au cours d'opérations de garantie seront à la charge du donneur d'ordre.

D. Responsabilités passives et actives des garants

Article 10

Tous les documents présentés à un garant ou garant confirmateur seront examinés par ce garant ou garant confirmateur avec un soin raisonnable pour s'assurer, sur leur seule base, s'ils sont ou non en apparence conformes aux conditions de la garantie considérée. Les documents qui, en apparence, ne sont pas conformes ou sont incompatibles entre eux seront rejetés.

Article 11

a) Un garant ou garant confirmateur aura un délai raisonnable pour examiner une demande de garantie et pour déterminer s'il doit payer ou rejeter la demande;

b) Si ce garant ou garant confirmateur décide de rejeter une demande, il en avisera le bénéficiaire sans délai par télécommunication ou (si ce n'est pas possible) par d'autres moyens rapides.

Article 12

Sous réserve des dispositions de l'article 16 ci-dessous, les garants et garants confirmateurs n'assument dans le courant d'opérations de garantie aucune responsabilité quant à la forme, la suffisance, l'exactitude, l'authenticité, la falsification ou la portée juridique d'aucun document de garantie, ni quant aux déclarations générales et/ou particulières qui y figurent, ni encore quant à la bonne foi ou aux actes et/ou omissions de quelque personne que ce soit.

Article 13

Dans le courant d'opérations de garantie, les garants et garants confirmateurs, pourvu qu'ils aient exercé un soin raisonnable, n'assument aucune responsabilité quant aux conséquences des retards et/ou pertes que subiraient en cours de transfert tous messages, lettres, demandes ou documents, ni quant aux retards, mutilations ou autres erreurs pouvant se produire dans la transmission de télécommunications, ni quant aux erreurs de traduction ou d'interprétation de termes techniques. Les garants et garants confirmateurs se réservent le droit de transmettre des textes de garantie ou parties de ceux-ci sans les traduire.

Article 14

Dans le courant d'opérations de garantie, les garants et garants qui confirment n'assument aucune responsabilité pour les conséquences pouvant résulter d'une interruption de leurs activités provoquée par des faits de Dieu, émeutes, troubles civils, insurrections, guerres et autres causes indépendantes de leur volonté, ainsi que par grèves, lock-outs ou actions industrielles de quelque nature que ce soit.

Article 15

Si, dans le courant d'opérations de garantie, une partie ordonnatrice et/ou un garant utilise à la demande du donneur d'ordre les services d'une autre partie en qualité de garant ou garant confirmateur, il ou elle le fait pour le compte et aux risques du donneur d'ordre, et la partie ordonnatrice et/ou le garant n'assume aucune responsabilité si les instructions d'émission ou de confirmation (ou tous amendements de celles-ci) ne sont pas exécutées en tout ou en partie, même si il ou elle a pris l'initiative de choisir cette autre partie comme garant ou garant confirmateur.

Article 16

Les garants et garants confirmateurs ne seront pas exonérés de leur responsabilité, aux termes des articles 12, 13 et 15 ci-dessus, du fait de fautes délibérées ou de graves négligences ou omissions coupables d'eux-mêmes ou de leurs employés.

E. Demandes de garantie*Article 17*

Un garant ou garant confirmateur n'est tenu envers le bénéficiaire qu'aux termes des conditions spécifiées dans la garantie (ou tout amendement apporté à celle-ci) ainsi que dans les présentes règles, et à concurrence d'un montant ne dépassant pas celui stipulé dans la garantie ou tout amendement apporté à celle-ci.

Article 18

En cas de demande, tout garant engagé dans les opérations de garantie en avertira immédiatement la partie ayant donné les instructions.

Article 19

Une garantie peut comporter une disposition expresse de réduction d'un montant ou de montants spécifiés ou déterminables à une date, ou dates spécifiées, ou contre présentation au garant ou garant confirmateur d'un document, ou documents, stipulés à cette fin.

Article 20

Le montant payable au titre d'une garantie sera déduit du montant de tout paiement fait pour satisfaire à une demande portant sur cette garantie, et si le montant total payable au titre d'une garantie a été atteint par paiement et/ou réduction, la garantie prend fin.

F. Présentation des demandes*Article 21*

Toute demande devra être faite conformément aux termes et conditions de la garantie et, en particulier, tous les documents spécifiés devront être présentés au garant ou garant confirmateur, à ou avant la date d'expiration de la garantie; sinon la demande sera rejetée.

Article 22

Toute demande présentée au garant ou garant confirmateur doit revêtir l'une des formes suivantes de demande écrite :

a) Demande écrite du bénéficiaire par laquelle il déclare que le donneur d'ordre a manqué à son (ses) obligation(s) et indique la nature de ce manquement; ou

b) Demande écrite du bénéficiaire par laquelle il déclare que le donneur d'ordre a manqué à son (ses) obligations(s) et indique la nature de ce manquement, étayée par les documents que spécifie la garantie; ou

c) Demande écrite du bénéficiaire comportant sa déclaration par laquelle i) il indique que le donneur d'ordre a manqué à son (ses) obligation(s), ii) il indique la nature de ce manquement, et iii) il affirme qu'il en résulte que le bénéficiaire a droit au paiement du montant qu'il réclame et que ce montant n'a été payé ni directement, ni indirectement par le donneur d'ordre ou pour son compte, ni compensé d'aucune manière; et iv) étayée par tous autres documents qu'a pu spécifier la garantie.

Lorsqu'une garantie est émise avec mention expresse qu'elle est soumise aux présentes règles uniformes, et qu'elle prévoit des demandes du bénéficiaire ou pour son compte sur simple demande, sans aucune déclaration ni document à l'appui, elle sera censée avoir été émise conformément au présent article, et les demandes devront être conformes au paragraphe a de cet article.

G. Paiement de la demande*Article 23*

Après le paiement d'une demande, le garant ou garant confirmateur soumettra immédiatement les documents constituant la demande du bénéficiaire au donneur d'ordre ou à la partie qui a donné les instructions ou au garant pour transmission au donneur d'ordre.

H. Clauses relatives à l'expiration de la garantie*Article 24*

L'expiration d'une garantie doit être indiscutable donc se produire à une date finale spécifiée pour la présentation des demandes ("Date d'expiration") ou résulter de la présentation au garant ou garant confirmateur du (des) document(s) spécifié(s) en vue de l'expiration ("Fait entraînant expiration"). Si une garantie stipule à la fois une date d'expiration et un fait entraînant expiration, la garantie prendra fin dès que surviendra l'une ou l'autre. Un garant ou garant

confirmateur sera dégagé de toute obligation en raison de demandes reçues après la date d'expiration ou le fait entraînant expiration que spécifie la garantie.

Article 25

Lorsqu'un garant a reçu l'ordre d'émettre une garantie mais que les instructions sont telles que si elles étaient exécutées le garant serait, en vertu de la loi, dans l'incapacité de respecter une quelconque disposition relative à l'expiration de cette garantie, ces instructions ne seront pas exécutées et le garant devra immédiatement informer la partie ordonnatrice des raisons de cette incapacité, et solliciter de cette partie des instructions appropriées.

Article 26

Quelles que soient les dispositions relatives à l'expiration qui y figurent, une garantie sera censée avoir été annulée par la présentation au garant ou au garant confirmateur d'une déclaration écrite d'annulation de la garantie par le bénéficiaire, que la garantie et les amendements y ayant été apportés soient ou non restitués avec cette déclaration.

Article 27

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

Article 28

Lorsqu'une garantie a pris fin (par paiement, expiration, annulation ou autrement) ou qu'il y a eu réduction du montant total payable à ce titre, le garant ou garant confirmateur en avisera à son tour la partie ayant donné au garant ou garant confirmateur ses instructions pour cette garantie.

Article 29

a) Le garant ou garant confirmateur ne prolongera pas le délai de validité d'une garantie sans l'accord du donneur d'ordre, même si la demande de prolongation est présentée comme une alternative au paiement selon la garantie;

b) Si le bénéficiaire sollicite cette prolongation comme une alternative à une demande de paiement conforme aux termes et conditions de la garantie, le garant ou garant confirmateur en informera la partie qui a donné au garant ou garant confirmateur ses instructions pour la garantie, il s'abstiendra de payer pendant un temps que le garant ou garant confirmateur estimera raisonnable pour permettre au donneur d'ordre et au bénéficiaire en cause de se mettre d'accord sur l'octroi d'une prolongation. Ce garant ou garant confirmateur n'encourra aucune responsabilité (pour perte d'intérêts ou autrement) si un paiement dû au bénéficiaire se trouvait retardé du fait de la procédure ci-dessus.

Article 30

a) Aux fins du présent article un "jour ouvrable" de tout garant ou garant confirmateur est un jour où ce garant ou garant confirmateur est, ou serait en l'absence d'une cause spécifiée à l'article 14, ouvert pour des opérations de garantie;

b) Si, indépendamment des dispositions du présent paragraphe b, une garantie expire un jour autre qu'un jour ouvrable du garant ou du garant confirmateur, l'expiration de la garantie sera reportée au prochain jour ouvrable respectivement de ce garant ou garant confirmateur, et l'expiration de toute obligation entre le garant ou le garant confirmateur et la partie ordonnatrice sera retardée du même nombre de jours;

c) En outre, dans tous les cas où il existe un garant confirmateur et/ou une partie ordonnatrice, et où un engagement quelconque entre un garant et un garant confirmateur, et/ou entre un garant ou un garant confirmateur et une partie ordonnatrice viendrait, indépendamment des dispositions du présent paragraphe c, à expirer un jour autre qu'un jour ouvrable du garant ou du garant confirmateur, l'expiration de cet engagement sera ajournée au prochain jour ouvrable, respectivement du garant ou du garant confirmateur. Si l'expiration d'un engagement est l'expiration ajournée, comme il vient d'être dit, d'un engagement antérieur entre un garant et un garant confirmateur, et/ou entre un garant ou un garant confirmateur et une partie ordonnatrice, l'engagement sera retardé du même nombre de jours;

d) Dans tous les cas où un garant ou un garant confirmateur invoque les dispositions du présent article au sujet d'un engagement comme mentionné ci-dessus, ce garant ou garant confirmateur sera tenu de présenter une déclaration comme quoi une demande de garantie lui a été présentée à une date donnée qui n'était pas pour lui un jour ouvrable, comme le stipule l'article 30 b des Règles uniformes pour les garanties de la Chambre de commerce internationale (Publication n° XXX).

I. Droit applicable et juridiction compétente

Article 31

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

Article 32

Si les parties n'ont pas convenu qu'un tribunal déterminé aurait compétence, tout litige entre eux 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.