



Assemblée générale

Distr. GENERALE

A/CN.9/405

16 novembre 1994

FRANCAIS

Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Vingt-huitième session
Vienne, 2-26 mai 1995

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL DES PRATIQUES EN MATIERE DE
CONTRATS INTERNATIONAUX SUR LES TRAVAUX DE SA VINGT-DEUXIEME SESSION
(Vienne, 19-30 septembre 1994)

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	1 - 8	3
II. DELIBERATIONS ET DECISIONS	9 - 10	4
III. EXAMEN DES ARTICLES DU PROJET DE CONVENTION SUR LES GARANTIES INDEPENDANTES ET LES LETTRES DE CREDIT STAND-BY	11 - 137	5
CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET MOYENS DE RECOURS	11 - 35	5
Article 17. Paiement ou rejet de la demande	11 - 24	5
Article 19. Demande incorrecte	25 - 34	8
Article 20. Compensation	35	10
CHAPITRE V. MESURES JUDICIAIRES PROVISOIRES	36 - 43	10
Article 21. Mesures judiciaires provisoires	36 - 43	10
CHAPITRE VI. COMPETENCE	44 - 48	12
Article 24. Choix du tribunal ou de l'arbitrage	44 - 48	12

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
CHAPITRE VII. CONFLIT DE LOIS	49 - 54	14
Article 26. Choix de la loi applicable	49 - 51	14
Article 27. Détermination de la loi applicable	52 - 54	14
CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION	55 - 125	15
Article premier. Champ d'application	55 - 68	15
Article 2. Engagement	69 - 82	19
Article 3. Indépendance de l'engagement	83 - 88	22
Article 4. Internationalité de l'engagement	89 - 97	23
Article 5. Principes d'interprétation	98 - 101	26
Article 6. Définitions	102 - 125	26
CHAPITRE III. EFFETS DE L'ENGAGEMENT	126 - 127	31
Article 7. (Emission) (Etablissement) de l'engagement	126 - 127	31
Examen des projets d'articles présentés par le groupe de rédaction	128 - 137	32
TRAVAUX FUTURS	138	34

Annexe

Articles du projet de Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by tels que révisés à la vingt-deuxième session	35
---	----

INTRODUCTION

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

2. Cette recommandation a été acceptée par la Commission à sa vingt-deuxième session 2/. De sa treizième à sa vingt et unième sessions, le Groupe de travail s'est attaché à élaborer une loi uniforme (les rapports sur les travaux desdites sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/330, 342, 345, 358, 361, 372, 374, 388 et 391). Ces travaux se fondaient sur des documents de travail élaborés par le Secrétariat relatifs aux questions dont pourrait traiter la loi uniforme. Ces documents étaient les suivants : A/CN.9/WG.II/WP.63 (réflexions préliminaires sur l'élaboration d'une loi uniforme); WP.65 (champ d'application de la loi uniforme quant au fond, autonomie des parties et ses limites et règles d'interprétation); WP.68 (modification, transfert, expiration et obligations du garant); WP.70 et WP.71 (fraude et autres motifs de non-paiement, mesures conservatoires et autres mesures judiciaires, conflit de lois et juridiction compétente). Les projets d'articles de la loi uniforme qui, conformément à une décision du Groupe de travail, étaient soumis, à titre d'hypothèse de travail, sous la forme d'un projet de convention, ont été présentés par le Secrétariat dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.67, WP.73 et Add.1, WP.76 et Add.1, WP.80 et WP.83. Le Groupe de travail était également saisi d'une proposition des Etats-Unis d'Amérique relative aux règles concernant les lettres de crédit stand-by (A/CN.9/WG.II/WP.77). A sa dernière session, la vingt et unième, le Groupe de travail a noté que la lecture qu'il effectuait actuellement (A/CN.9/WG.II/WP.80 et WP.83) constituerait la dernière lecture des projets d'articles avant leur soumission à la Commission à sa vingt-huitième session (1995), conformément à la demande de cette dernière 3/.

3. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa vingt-deuxième session à Vienne du 19 au 30 septembre 1994. Y ont assisté les représentants des Etats suivants membres du Groupe de travail : Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Autriche, Canada, Chili, Chine, Costa Rica, Egypte, Equateur, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Hongrie, Inde, Iran (République Islamique d'), Japon, Maroc, Nigéria, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Soudan, Thaïlande et Togo.

4. Ont également assisté à la session des observateurs des Etats suivants : Algérie, Bosnie-Herzégovine, Brésil, Colombie, Croatie, Indonésie, Koweït, République tchèque, Roumanie, Suède, Suisse, Turquie, Ukraine, Venezuela et Yémen.

5. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales ci-après : Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI), Conférence de La Haye de droit international privé, Fédération bancaire de la Communauté européenne et Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN).

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

Président : M. J. Gauthier (Canada)

Rapporteur : M. M. Koteswara Rao (Inde).

7. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.82) et note du Secrétariat contenant les articles premier à 27 du projet de Convention (A/CN.9/WG.II/WP.83).

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

1. Election du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Elaboration d'un projet de Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

II. DELIBERATIONS ET DECISIONS

9. Le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 17 à 27 et les projets d'articles premier à 7 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.83. Les délibérations et conclusions du Groupe de travail concernant les projets d'articles 17 à 27 et premier à 7-1 du projet de Convention figurent ci-après dans le chapitre II.

10. Après avoir approuvé ces articles quant au fond, le Groupe de travail a renvoyé les projets d'articles de la Convention qu'il avait examinés à un groupe de rédaction réunissant les représentants de la Chine, de l'Espagne, de la Fédération de Russie, de la France et du Royaume-Uni, constitué par le Secrétariat pour appliquer les décisions du Groupe de travail et assurer la cohérence du texte dans les différentes langues. Le Groupe de travail a examiné lesdits articles à l'issue de l'examen que le groupe de rédaction leur avait consacré et il en a approuvé le texte qui figure en annexe.

* * *

III. EXAMEN DES ARTICLES DU PROJET DE CONVENTION SUR LES GARANTIES
INDEPENDANTES ET LES LETTRES DE CREDIT STAND-BY

CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET MOYENS DE RECOURS

Article 17. Paiement ou rejet de la demande
(suite)

Paragraphe 2

11. Le Groupe de travail a repris son examen du paragraphe 2, qu'il avait commencé à la vingt et unième session, sur la base d'un projet reflétant les deux variantes que le Secrétariat avait été prié de présenter. La première exigeait que le garant/émetteur refuse d'effectuer le paiement s'il était informé de faits rendant la demande manifestement et clairement incorrecte, alors que la deuxième lui donnait en pareil cas le droit discrétionnaire d'effectuer le paiement à condition qu'il agisse conformément à l'obligation de bonne foi énoncée à l'article 13. Devant la divergence d'opinions qui est apparue sur ce point, l'avis a été émis que le paragraphe 2 pourrait être supprimé. Cependant, le Groupe de travail a jugé nécessaire de maintenir le paragraphe 2 et a examiné quelle approche adopter et comment la formuler.

12. Le Groupe de travail a été unanime à estimer que, du moins en théorie, le garant/émetteur refuserait et devrait refuser d'effectuer le paiement s'il était établi manifestement et clairement que la demande était incorrecte mais, sur le plan pratique, certains ont marqué de l'intérêt pour une approche discrétionnaire ("peut payer/peut refuser le paiement") qui donnerait au garant/émetteur une certaine latitude lorsque les faits laisseraient subsister un certain doute dans son esprit sur le point de savoir si la demande était en fait incorrecte. Ils ont appelé l'attention sur le grand nombre de différends et d'allégations d'impropriété auxquels donnaient lieu les demandes de paiement faites en vertu d'engagements du type dont il était question. Ils ont souligné qu'en pareils cas, une approche discrétionnaire fournirait un moyen de défense au garant/émetteur qui, dans le doute, déciderait de payer, alors qu'une approche impérative ("refuse de payer") tendrait à pousser les garants/émetteurs à refuser le paiement, ce qui rendrait inutiles et incertains les engagements que le projet de Convention visait précisément à renforcer.

13. L'avis a aussi été émis qu'une approche impérative impliquerait trop étroitement le projet de Convention dans les rapports du garant/émetteur avec le donneur d'ordre, ce qui, de l'avis général, n'était pas l'objet du projet de convention. Les partisans d'une approche discrétionnaire craignaient aussi qu'une approche impérative ne soulève des difficultés parce que les mots "S'il apparaît ... des faits" et "manifestement et clairement" seraient mal compris dans certaines juridictions et pourraient faire surgir le spectre d'une participation trop étroite du garant/émetteur à la transaction sous-jacente.

14. Certains craignaient en outre qu'une approche systématiquement impérative ne tienne pas compte de la nécessité qu'il pourrait y avoir de prévoir des exceptions dans des situations telles que la confirmation et la négociation et, peut-être, dans d'autres contextes des relations entre banque et correspondant, où la banque effectuant le paiement pourrait n'être pas au courant des allégations d'impropriété et éprouverait ensuite des difficultés à obtenir le remboursement. C'était là, a-t-il été noté, une question qui pourrait se poser aussi à propos d'autres dispositions du projet de convention et que le Groupe de travail examinerait ultérieurement.

15. D'autre part, des réserves ont été formulées concernant l'approche discrétionnaire, au motif qu'elle diluerait la certitude de l'engagement et porterait ainsi atteinte au droit fondamental du bénéficiaire, qui était d'obtenir le paiement dès lors que la demande était conforme. Il a été dit, en outre, que l'incertitude inhérente à l'approche discrétionnaire créerait des difficultés pour obtenir des mesures préliminaires, en particulier dans les juridictions où le requérant devait établir qu'il était titulaire d'un droit qui serait confirmé dans l'instance principale. En réponse à ces préoccupations, il a été suggéré de se référer explicitement, dans le paragraphe 2, à l'article 21, qui prévoyait des mesures judiciaires provisoires. On a aussi fait observer que le risque d'une dilution de la certitude de l'engagement serait diminué du fait qu'un bénéficiaire dont la demande de paiement aurait été rejetée à tort pourrait intenter une action contre le garant/émetteur pour non-paiement illicite. Une autre suggestion allant dans le même sens consistait à développer le paragraphe 1 bis pour répondre aux préoccupations susmentionnées.

16. A l'appui de l'approche impérative, il a été souligné que l'obligation pour le garant/émetteur de ne pas payer était une conséquence logique des dispositions de l'article 19 sur la demande incorrecte et qu'une règle énonçant une obligation de ne pas payer était à la base des dispositions de l'article 21 sur les mesures judiciaires provisoires. Il a en outre été déclaré que le garant/émetteur, dans sa relation avec le donneur d'ordre, avait parfois l'obligation de ne pas payer, quelles que soient les dispositions de la Convention et qu'une approche impérative ne susciterait pas davantage d'incertitudes. Il a aussi été noté que le Groupe de travail, à sa dix-neuvième session, avait opté pour l'approche impérative (A/CN.9/374, par.113). Après un débat, le Groupe de travail a jugé que l'approche impérative était préférable. Pour répondre à l'objection selon laquelle la notion exprimée par les mots "manifestement et clairement" serait peu familière à certaines juridictions, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un texte qui, au paragraphe 2, associerait explicitement cette notion à l'obligation pour le garant d'agir de bonne foi conformément à l'article 13. Il a cependant été dit qu'il fallait se garder de donner l'impression qu'en se référant à la fois à la notion exprimée par les mots "manifestement et clairement" et à la notion de "bonne foi", on entendait dresser de nouveaux obstacles pour l'obtention de mesures provisoires dans les juridictions ne connaissant que l'une ou l'autre de ces notions.

Paragraphe 3

17. Il y a eu un échange de vues sur le point de savoir s'il fallait garder, au paragraphe 3, les mots entre crochets qui limitaient aux situations visées aux paragraphes 1 et 2 de l'article 17 les cas dans lesquels le garant/émetteur était tenu de donner au bénéficiaire un avis de rejet de la demande de paiement. Les partisans du maintien de ces mots faisaient valoir que si l'on exigeait une prompte notification, c'était en particulier pour donner au bénéficiaire la possibilité de corriger, dans la demande, des éléments non conformes susceptibles d'être rectifiés. L'opinion prédominante était cependant qu'il fallait supprimer les mots entre crochets. L'exigence de notification devait être plus large et englober tous les motifs de rejet, et non seulement ceux visés aux paragraphes 1 et 2 de l'article 17. La suppression des mots entre crochets n'aurait pas nécessairement pour effet d'élargir à l'excès les dispositions de l'article 17-4 relatives aux sanctions pour inobservation des dispositions de l'article 16-2, puisque l'article 17-4 visait essentiellement, dans toutes ses variantes possibles, les sanctions ayant trait à un élément non conforme des documents.

Paragraphe 4

18. Il y a eu un échange de vues sur le point de savoir si le projet de Convention devait ou non contenir des dispositions qui, comme il était proposé au paragraphe 4, prévoyaient des sanctions contre le garant/émetteur qui omettait d'examiner une demande et tous autres documents joints comme l'exigeait l'article 16-2 ou de notifier au bénéficiaire le rejet de la demande comme l'exigeait l'article 17-3. Contre l'inclusion d'une telle disposition dans le projet de Convention, il a été déclaré que pour les sanctions, et plus spécialement pour les dommages-intérêts, il fallait s'en remettre au droit national plutôt que d'y substituer le projet de Convention; que le projet de Convention ne prévoyait pas de sanctions dans d'autres domaines où il pouvait y avoir défaut de notification; et que la règle de déchéance proposée dans les variantes A et B du paragraphe 4 était trop sévère envers le garant/émetteur et ne convenait pas à titre de sanction, d'autant qu'elle risquait d'avoir des conséquences qui n'apparaissaient pas clairement aux rédacteurs de la Convention.

19. Ceux qui préconisaient l'inclusion d'une disposition sur les sanctions ou du moins d'une règle de déchéance disaient qu'une telle disposition ajouterait à la valeur et à l'efficacité du projet de Convention. La règle favoriserait la discipline, la certitude et l'efficacité dans la pratique bancaire et encouragerait le garant/émetteur à notifier et à examiner la demande et les documents joints. S'il était vrai qu'une règle de déchéance ne figurait pas dans les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD) pour les garanties, une telle règle figurait dans les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU) pour les lettres de crédit stand-by, ce qui montrait que la règle de déchéance avait ses origines dans la pratique mercantile plutôt que dans la théorie ou la doctrine du droit. Son inclusion dans le projet de Convention favoriserait l'uniformité entre les deux systèmes et contribuerait à faire régner plus de discipline dans la pratique des garanties lorsque l'examen des documents était pertinent.

20. Différentes opinions ont été émises au sujet des quatre variantes figurant au paragraphe 4, beaucoup d'entre elles traduisant une hésitation à souscrire aux efforts faits dans les variantes pour établir une règle sur les dommages-intérêts. A l'appui de la variante A, il a été noté qu'elle se bornait, si le garant/émetteur ne se conformait pas aux dispositions de l'article 16-2 ou de l'article 17-3, à le déchoir de son droit à invoquer tout élément non conforme des documents qui n'avait pas été découvert ou qui n'avait pas été notifié au bénéficiaire conformément à ces dispositions, et que c'était là un domaine dans lequel la banque était bien placée pour agir. Quant à la variante C, elle avait l'avantage d'imposer une limite à la règle de déchéance en ce sens qu'elle interdisait seulement de faire fond sur des éléments non conformes auxquels il aurait pu être porté remède. Cependant, cette variante n'a guère été appuyée car on la jugeait trop normative et de nature à introduire des incertitudes.

21. Certains ont appuyé la variante D parce qu'elle énonçait une règle relativement plus claire sur les dommages-intérêts, mais cette variante a donné lieu à des réserves parce qu'au lieu de traiter de la déchéance elle prévoyait l'obligation de verser des dommages-intérêts, mais sans préciser s'il s'agissait d'une responsabilité pour faute ou d'une responsabilité objective. La partie de la variante B traitant des dommages-intérêts a également donné lieu à des objections.

22. Sur le point de savoir quel énoncé d'une règle de déchéance serait préférable, le Groupe de travail a, dans l'ensemble, penché pour celui de la première partie de la variante B. Quant à l'inclusion des mots "qui n'a pas été découvert" dans la variante B, il a été précisé que ces mots envisageaient le cas où le garant/émetteur n'avait pas examiné les documents comme l'exigeait l'article 16-1 et qu'ils visaient à encourager le garant/émetteur à examiner la demande et tous autres documents joints. Le Groupe de travail a néanmoins décidé que les mots en question pouvaient être supprimés.

23. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de garder provisoirement le paragraphe 4, entre crochets, en n'y faisant figurer que la règle de déchéance énoncée dans la première partie de la variante B. Cela permettrait d'examiner plus avant si la règle de déchéance devait ou non être maintenue dans le projet de Convention et, dans l'affirmative, si elle devait être impérative.

24. Après avoir terminé son examen du paragraphe 4, le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à réintroduire le paragraphe 1 ter, qui interdisait au garant/émetteur de refuser d'effectuer le paiement pour cause de difficultés financières ou d'une autre incapacité du donneur d'ordre mais que le Groupe de travail, à sa vingt et unième session (A/CN.9/391, par. 127), avait décidé de supprimer. Le Groupe de travail a confirmé cette décision.

Article 19. Demande incorrecte

Titre

25. Le Groupe de travail a pris note d'une opinion selon laquelle le titre de l'article ne serait pas familier aux praticiens qui étaient habitués, dans ce contexte, à l'emploi des termes "fraude" et "abus". Il a toutefois été décidé de confirmer le terme "demande incorrecte", étant donné que le projet de Convention avait pour objectif de traiter dans un instrument unique tant des garanties bancaires indépendantes que des lettres de crédit stand-by et qu'il était donc souhaitable d'éviter des termes tels que "fraude" et "abus" qui pourraient ne pas être familiers ou avoir des sens divergents selon les juridictions.

26. Le Groupe de travail a également pris note d'un avis selon lequel l'article 19, de même que le projet de Convention dans son ensemble, ne traitait pas explicitement des contre-garanties. S'il a été dans l'ensemble admis que, comme il est indiqué à l'alinéa a) de l'article 6 (définition du mot "engagement"), les contre-garanties, elles-mêmes définies à l'alinéa d) de l'article 6, étaient considérées comme des engagements autonomes régis par les dispositions du projet de Convention, il serait peut-être utile de faire expressément référence aux contre-garanties à l'article 19, ou peut-être aux articles 17 et 21, et aussi dans d'autres dispositions du texte. Le Groupe de travail a convenu d'examiner cette question ultérieurement.

Paragraphe 1

27. Comme lors de la vingtième session (voir A/CN.9/388, par. 18), il a été noté que, dans certaines juridictions, le terme "falsifié" utilisé à l'alinéa a) avait traditionnellement un sens technique qui pourrait avoir la conséquence suivante : une demande serait considérée comme incorrecte même si la falsification en question était insignifiante et sans intention frauduleuse. Il a été proposé d'utiliser à la place l'expression "frauduleusement falsifié ou frauduleusement complété". Le Groupe de travail

a toutefois estimé que cette suggestion ne pouvait être retenue, étant donné qu'il avait décidé de ne pas utiliser le mot "fraude". Il a été noté que, dans certaines juridictions, le mot "falsifié" pourrait être interprété étroitement et que, de ce fait, certains cas que voulait régir l'article 19 n'entreraient pas dans son champ d'application. D'autres suggestions ont été faites, consistant par exemple à faire référence à l'absence d'authenticité et à la teneur falsifiée du document ou au caractère essentiel ou important de la déformation. Le Groupe de travail a décidé que la formulation serait revue par le groupe de rédaction, compte tenu des préoccupations exprimées.

28. Pour ce qui des alinéas b) et c), il a été noté que la référence dans ces dispositions au fait "qu'aucun paiement n'est dû sur la base des motifs invoqués dans la demande", l'utilisation du terme "eu égard" et la référence au fait que "la demande n'a pas de justification concevable", n'étaient pas compatibles avec les garanties sur simple demande et avec d'autres engagements indépendants et contraindraient le garant/émetteur à enquêter sur l'opération sous-jacente. Toutefois, il a été noté que l'article 19 avait simplement pour objet de définir la "demande incorrecte" et que les facteurs subjectifs touchant la mesure dans laquelle le garant/émetteur ou un tribunal devaient avoir connaissance de l'incorrection pour respectivement refuser le paiement ou prononcer des mesures provisoires étaient traités aux articles 17 et 21.

29. Une proposition de modification de forme a été faite consistant à ajouter le mot "ou" à la fin de l'alinéa a), afin qu'il soit bien clair que les motifs énoncés au paragraphe 1 étaient alternatifs et non cumulatifs. Cette question a été renvoyée au groupe de rédaction.

30. Sous réserve de l'examen des diverses propositions de modification de forme proposées, le Groupe de travail a jugé que le paragraphe 1 était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Paragraphe 2

31. Le Groupe de travail a convenu de retenir la référence, qui avait été ajoutée à la fin de l'alinéa b), à la possibilité qu'un engagement soit émis pour couvrir le risque d'une déclaration d'invalidité de l'opération sous-jacente.

32. On a craint que la formulation de l'alinéa c), qui semblait faire référence à des cas typiques de différends dans le contexte des garanties de bonne exécution, n'était pas compatible avec les garanties sur simple demande. Comme il avait été indiqué pour ce qui est des alinéas b) et c) du paragraphe 1, il a été souligné que l'article 19 avait pour objet de définir la demande incorrecte et non de faire référence au facteur subjectif qu'est la mesure dans laquelle le garant/émetteur ou un tribunal doivent avoir connaissance de l'incorrection dans un cas donné pour que le paiement soit interrompu. Il a toutefois été avancé que les alinéas c) et d) seraient plus clairs s'ils commençaient par les mots "il est indubitable que ...".

33. Pour ce qui est de l'alinéa d), il a été demandé si la référence à une "faute" du bénéficiaire ayant empêché l'exécution de l'obligation sous-jacente n'était pas trop étroite et si elle pourrait être élargie à la conduite du bénéficiaire. Il a été répondu que le Groupe de travail avait décidé que le paragraphe 2 énoncerait, parmi les types de demande incorrecte, les cas évidents d'incorrection et c'est pour cette raison qu'il était fait référence à la faute.

34. Après un débat, le Groupe de travail a convenu que le paragraphe 2 était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

* * *

Article 20. Compensation

35. Selon un avis, la référence à un droit à compensation de la part d'"une autre personne autorisée à effectuer le paiement" risquait de poser des problèmes, notamment dans les cas où ladite autre personne pourrait avoir une dette personnelle envers le bénéficiaire et souhaiter éviter de payer en invoquant un droit à compensation. A l'appui de la suppression de ces mots, il a été déclaré qu'ils étendaient la portée de la compensation au-delà de ce que devrait admettre le projet de Convention. En outre, il a été noté à ce propos que la règle n'était pas pertinente si ladite personne n'avait pas l'obligation de payer. Après un débat, le Groupe de travail a accepté la suppression des mots "ou une autre personne autorisée à effectuer le paiement".

CHAPITRE V. MESURES JUDICIAIRES PROVISOIRES

Article 21. Mesures judiciaires provisoires

Paragraphe 1

36. Le Groupe de travail a rappelé que l'article 21 avait pour objectif essentiel d'empêcher le bénéficiaire de recevoir des fonds en cas de demande incorrecte. Certains doutes ont été toutefois exprimés quant à la nécessité de conserver l'article 21 dans le projet de Convention. A l'appui de sa suppression, il a été déclaré que certains Etats disposaient d'une législation bien établie en la matière et que toute tentative d'énoncer des règles relatives aux mesures provisoires propres aux garanties indépendantes et aux lettres de crédit stand-by risquerait d'empêcher certains Etats d'adhérer à la Convention. Il a en outre été déclaré que le critère de la "forte probabilité", sur lequel se fonderait l'octroi de mesures provisoires selon le libellé actuel de l'article 21, fixait un seuil qui serait considéré comme trop bas dans certains Etats, ce qui risquerait d'encourager et de faciliter l'octroi de telles mesures. Il faudrait plutôt prendre pour critère une preuve "manifeste et claire" d'incorrection.

37. A l'appui du maintien de l'article 21, on a noté qu'il était très important d'énoncer le droit d'accès du donneur d'ordre aux tribunaux, afin d'empêcher le bénéficiaire de recevoir des fonds comme suite à une demande incorrecte. Dans de tels cas, a-t-on déclaré, il importait de définir clairement la base de l'action judiciaire, afin de limiter les interventions fondées sur un simple soupçon et d'éviter ainsi de porter sérieusement atteinte à l'indépendance de l'engagement. Il a en outre été déclaré que, comme l'avait noté le Groupe de travail à sa vingtième session (voir A/CN.9/388, par. 39), l'un des principaux objectifs du projet de Convention était d'unifier et d'harmoniser la législation dans le domaine de la fraude et de l'abus et qu'il était essentiel à cette fin d'inclure des règles sur les mesures provisoires. Pour ce qui est du critère de la "forte probabilité", il a été déclaré qu'il s'agissait là d'un critère raisonnable pour l'octroi de mesures provisoires, car, si le critère était trop sévère, le tribunal prononcerait en fait un jugement définitif sur la question.

38. Après un débat, c'est le maintien de l'article 21 qui a prévalu. Le Groupe de travail s'est ensuite demandé comment énoncer un critère plus précis que la "forte probabilité", de manière à répondre aux préoccupations qui s'étaient fait jour. Selon une proposition, l'article 21 ne devrait énoncer aucun critère en tant que tel, mais laisser à la législation nationale le soin de déterminer dans quelles circonstances des mesures provisoires pourraient être accordées. Selon une autre suggestion, la règle devrait être que des mesures provisoires ne seraient accordées que sur la base d'une présomption de demande incorrecte. Ces suggestions n'ont toutefois pas reçu un accueil favorable. A l'appui du maintien du critère de la "forte probabilité", il a été déclaré qu'il importait d'utiliser des termes n'ayant pas une signification unique dans tel ou tel pays ou système juridique, mais indiquant clairement au juge que des mesures provisoires ne devraient pas être accordées à la légère.

39. Selon une autre proposition concernant la base sur laquelle le tribunal pourrait prononcer des mesures provisoires, proposition ayant été jugée dans l'ensemble acceptable, l'article 21 devrait préciser que les preuves justifiant la décision devaient être sérieuses et plausibles. Diverses propositions ont été faites sur la manière de qualifier ces preuves. Selon une proposition, elles devaient être "manifestes et claires". Des objections ont toutefois été émises parce que ces mots étaient utilisés à l'article 17 dans un contexte différent. Selon une autre proposition, le tribunal ne devrait décider de prononcer des mesures provisoires que sur la base de preuves "substantielles". Des objections ont là aussi été émises, au motif que le mot "substantiel" pourrait être interprété comme signifiant que des pièces devaient être produites, ce qui serait par trop restrictif. Après un débat, le Groupe de travail a convenu d'utiliser une expression telle que "éléments de preuve sérieux immédiatement disponibles", car elle indiquait que les éléments de preuve devaient non seulement être présents et disponibles, mais aussi être sérieux. Le Groupe de travail a confié au groupe de rédaction l'élaboration d'un libellé fondé sur la formule convenue.

40. Pour ce qui est des mots entre crochets "[ou à ce que les fonds du garant/émetteur ou du bénéficiaire soient bloqués]", il a été proposé de les remplacer par les mots "ou à ce que le produit de la garantie soit bloqué", afin de préciser que cette disposition ne s'appliquait pas à tout fonds pouvant appartenir au garant/émetteur, mais seulement au montant correspondant à la valeur de l'engagement. Cette proposition a été renvoyée au groupe de rédaction. En outre, il a été demandé si le tribunal devait, de son propre chef, tenir compte des intérêts du bénéficiaire si, par exemple, le garant/émetteur ne s'opposait pas à la mesure provisoire.

41. Selon un avis, la dernière partie du paragraphe 1 de l'article 21, concernant le "risque de préjudice", penchait fortement en faveur du donneur d'ordre, car elle n'indiquait pas qu'il faudrait également tenir compte du préjudice que risquait de subir le bénéficiaire du fait de la mesure provisoire. Le Groupe de travail a toutefois décidé de conserver le libellé actuel, car il a estimé que cette formulation, assortie de la disposition énoncée au paragraphe 3, était suffisamment large pour permettre de tenir compte des intérêts du bénéficiaire.

Paragraphe 3

42. Le Groupe de travail a noté que la principale nouveauté au paragraphe 3 consistait à remplacer le mot "sûreté" par les mots "forme de sûreté", afin d'éviter une interprétation technique étroite de la disposition. Il a été

noté que le paragraphe 3 avait pour objet de donner au tribunal la possibilité d'imposer les mesures qu'il jugerait bonnes pour protéger les intérêts des parties. Il a été avancé qu'il serait peut-être préférable d'indiquer d'une manière plus générale que l'octroi d'une mesure provisoire pouvait être soumis aux conditions qui seraient requises pour préserver les intérêts des parties, plutôt que d'énoncer les moyens par lesquels on pourrait arriver à cette fin. Il a été objecté qu'une telle disposition serait trop générale, qu'elle donnerait trop de latitude et augmenterait donc les risques d'abus. En outre, il a été noté que le paragraphe 3 ne visait pas expressément les intérêts du bénéficiaire, mais énonçait une mesure discrétionnaire qui permettrait au juge de réduire les risques d'action injustifiée. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 sans modification.

Paragraphe 4

43. Il a été avancé que le paragraphe 4 était trop restrictif car, dans certains cas, un tribunal voudrait peut-être prononcer une mesure provisoire sur une base autre que le caractère incorrect de la demande ou l'utilisation de l'engagement à des fins illégales. Il a toutefois été noté que ces restrictions ne concernaient que les types de mesures provisoires prononcées en application du paragraphe 1 de l'article 21 et que ces mesures devaient être ainsi restreintes. Le Groupe de travail a donc adopté le paragraphe 4 sans changement.

CHAPITRE VI. COMPETENCE

Article 24. Choix du tribunal ou de l'arbitrage

44. Conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa vingtième session (voir A/CN.9/388, par. 84) et comme suite à des consultations entre le secrétariat de la Commission et le secrétariat de la Conférence de La Haye de droit international privé, le Groupe de travail était saisi d'une variante du chapitre VI, outre celle qui avait été examinée à la vingtième session (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1). Selon la première variante, le choix et la détermination de la compétence n'étaient pas exclusifs. La nouvelle variante rendait exclusif le choix de la compétence par les parties en vertu de l'article 24, alors que les effets de la détermination de la compétence en vertu de l'article 25 restaient pour l'essentiel non exclusifs. Afin de répondre aux préoccupations qui avaient été émises à propos des effets exclusifs du choix de la juridiction compétente par les parties en l'absence d'un mécanisme de reconnaissance et d'exécution de la décision, une soupape de sûreté avait été incluse à l'alinéa d) de l'article 24 bis. Cette disposition permettrait à un tribunal autre que le tribunal choisi par les parties de se déclarer compétent si la décision du tribunal choisi ne pouvait être reconnue ni exécutée. L'article 24 bis énonçait également un certain nombre d'autres exceptions au caractère exclusif du choix d'un tribunal par les parties.

45. Sur la base des textes dont il était saisi, le Groupe de travail a repris l'examen de la question de savoir s'il faudrait inclure le chapitre VI dans le projet de Convention. Comme précédemment, on a émis des doutes à ce propos. Selon plusieurs intervenants, un chapitre sur la compétence n'était pas nécessaire et n'entraînait pas véritablement dans le champ de la Convention. Il a été noté qu'il existait des conventions régionales sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements, notamment les Conventions de Bruxelles et de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des

décisions en matière civile et commerciale et un instrument interaméricain en la matière. Il a également été noté que la Conférence de La Haye de droit international privé s'attachait à élaborer une convention de portée mondiale. Selon une autre objection à l'inclusion de dispositions sur la compétence, du moins de dispositions telles que celles qui étaient présentées dans le projet, celles-ci étaient incomplètes. Il a été noté à ce propos que la Convention n'énonçait pas de règles sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, alors qu'il s'agissait de deux importants éléments parallèles qu'il faudrait ajouter aux dispositions sur la compétence.

46. Il a en outre été noté que l'on pourrait trouver un modèle de dispositions plus complètes dans la Convention sur la responsabilité civile en cas de dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (Lugano, 21 juin 1993). Cette Convention comportait non seulement des dispositions sur la compétence, mais aussi des dispositions sur la reconnaissance et l'exécution et sur plusieurs autres questions, par exemple la notification au défendeur d'une demande de mesures provisoires. Il a en outre été avancé qu'il faudrait non seulement combler les lacunes, mais aussi examiner plus avant le sens de certaines des dispositions du projet de chapitre VI, par exemple celui de l'alinéa c) de l'article 24 bis. On s'est demandé si la référence dans cette disposition au fait qu'un tribunal choisi pouvait décliner sa compétence ne renvoyait pas à la règle du forum non conveniens. Selon un avis, avant de consacrer sans doute beaucoup de temps à traiter des diverses préoccupations émises à propos du chapitre VI, le Groupe de travail devrait, dans les brefs délais dont il disposait encore, examiner d'abord les dispositions de fond du projet de Convention.

47. A l'appui du maintien du chapitre VI, il a été noté que ce chapitre, bien qu'incomplet, énonçait des règles qui étaient essentiellement valables et sans risques et qui seraient utiles d'un point de vue pratique. Il a également été avancé que les mécanismes multilatéraux relatifs à la compétence, à la reconnaissance et à l'exécution étaient régionaux, dans la mesure où il en existait, et que ce fait ne devrait pas empêcher le maintien du chapitre VI. Pour justifier l'inclusion dans le projet de Convention de dispositions relatives à la compétence et aux questions connexes, il a été avancé qu'il serait sans doute mieux de traiter ces questions, pour ce qui est des garanties indépendantes et des lettres de crédit stand-by, dans un instrument unique énonçant également les dispositions de fond et qu'il serait plus approprié d'examiner ces questions dans le cadre de l'élaboration des dispositions de fond elles-mêmes. A titre de compromis entre l'approche retenue dans la version actuelle du projet de Convention et l'approche plus complète proposée ci-dessus, il a été suggéré d'inclure une disposition relativement simple qui, sans remettre en cause des règles de procédure actuelles en vigueur dans les États contractants en matière de compétence, établirait le droit d'accès aux tribunaux du demandeur et reconnaîtrait la liberté contractuelle pour ce qui est du choix de la juridiction compétente.

48. Sur la base des avis échangés, le Groupe de travail a décidé de reprendre l'examen de la question du maintien du chapitre VI, ainsi que de la teneur éventuelle de ce chapitre, après qu'il aurait examiné les règles de fond du projet de Convention.

CHAPITRE VII. CONFLIT DE LOIS

Article 26. Choix de la loi applicable

49. A propos de l'article 26, le Groupe de travail a d'abord étudié s'il faudrait ou non inclure dans le projet de Convention des dispositions sur le conflit de lois. Les tenants de la suppression de ces dispositions ont jugé que leur utilité serait limitée, à moins qu'elles ne s'inscrivent dans un ensemble complet de dispositions relatives au choix de la loi applicable. Il a été répondu que l'inclusion de telles règles renforcerait la fiabilité et l'utilité de l'instrument en reconnaissant l'autonomie des parties en matière de choix de la loi applicable et en réduisant le risque de différends liés à la détermination de cette question. Après un débat, il a été convenu de conserver dans le projet de Convention des dispositions sur la loi applicable.

50. On s'est demandé si la méthode utilisée pour décrire le champ de la disposition relative au choix de la loi applicable ("droits, obligations et exceptions relatifs à un engagement") était ou non suffisamment large pour englober toutes les questions liées à l'instrument pouvant susciter des différends. Il a été avancé que cette formulation n'inclurait peut-être pas, par exemple, la formation de l'engagement et d'autres questions que devraient régir les dispositions sur le choix de la loi applicable; cette interprétation pourrait être renforcée par le fait que le titre du chapitre IV était "Droits, obligations et exceptions". Il a été proposé de faire plutôt référence à "la relation entre le garant, l'émetteur et le bénéficiaire" pour déterminer le champ de la disposition relative au choix de la loi applicable. Il a été noté que cette approche était retenue dans d'autres conventions internationales telles que la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Il a toutefois été souligné que cette approche serait peut-être appropriée lorsque l'engagement serait interprété en termes contractuels, mais ne le serait peut-être pas s'il n'était pas considéré comme contractuel par nature. Il a été noté que le recours à un tel terme pour décrire l'engagement avait été rejeté par le Groupe de travail lors d'une session antérieure. Il a en outre été noté que les mots "droits, obligations et exceptions" étaient suffisamment larges pour couvrir la formation de l'engagement. Selon une autre proposition, il faudrait indiquer de manière générale que l'engagement était régi par la loi choisie. Le Groupe de travail a renvoyé cette question au groupe de rédaction.

51. Après un débat, le Groupe de travail a convenu que l'article 26 était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

* * *

Article 27. Détermination de la loi applicable

52. Selon un avis, l'article 27, au lieu de faire référence à l'établissement du garant/émetteur, devrait plutôt mentionner un autre lieu, sur la base d'une formule plus souple. A l'appui de cette approche souple, on a avancé qu'il serait difficile d'appliquer une règle fondée sur l'établissement dans le contexte d'instruments "dématérialisés". Il a par exemple été proposé de faire référence à la loi régissant l'opération qui faisait l'objet du litige au titre de l'engagement et à laquelle l'engagement était le plus étroitement lié. Cette approche n'a toutefois pas reçu un appui suffisant. Selon une autre proposition, on pouvait retenir cette approche flexible tout en conseillant aux tribunaux de vérifier le lieu de l'émission. Selon cette

dernière proposition, le texte pourrait être libellé comme suit : "Faute du choix d'une loi conformément à l'article 26 ... l'engagement est régi par la loi de l'Etat auquel il est le plus étroitement lié, qui est en général l'Etat où l'engagement a été émis". Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, si les approches proposées auraient pour avantage d'être conformes aux approches retenues dans certaines conventions régionales sur la question, l'objet de l'article 27 était d'énoncer une règle plus spécifique et moins incertaine, dans le contexte des garanties indépendantes et des lettres de crédit stand-by, et cette disposition devrait faire référence à l'établissement du garant/émetteur.

53. Dans le même temps, le Groupe de travail, afin de préciser encore cette règle, notamment dans le contexte de l'émission d'engagements par des succursales de banques, a convenu de faire référence plus précisément à la loi de l'Etat où le garant/émetteur a l'établissement dans lequel l'engagement a été émis.

54. Le Groupe de travail a affirmé que l'article 27 s'appliquait aux contre-garanties, confirmations et autres engagements régis par le projet de Convention, même s'ils n'étaient pas expressément mentionnés. Cela était conforme aux hypothèses de travail générales quant au champ d'application du projet de Convention. Il a été noté que, s'il était jugé souhaitable de faire référence plus explicitement au fait que les contre-garanties et confirmations étaient incluses, il serait mieux d'ajouter une disposition générale à cet effet à l'article 3.

CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION

Article premier. Champ d'application

Paragraphe 1

55. On s'est demandé s'il était nécessaire de se référer aux règles du droit international privé au paragraphe 1, en tant que base indépendante de l'application de la Convention à défaut d'un engagement émis dans un Etat contractant. On a été d'avis que la pertinence d'une telle disposition serait limitée au cas où les parties auraient déterminé la loi applicable puisque, si elles ne le faisaient pas, l'article 27 s'appliquerait et la loi applicable serait celle du lieu où l'engagement était émis. On a estimé d'autre part que l'inclusion de cette disposition créerait un système compliqué, notamment lorsque les parties choisiraient d'appliquer la loi d'un Etat contractant mais l'engagement serait émis dans un Etat non contractant. Les parties devraient donc être très précises en ce qui concerne le choix de la loi de l'Etat contractant si elles ne voulaient pas que la Convention s'applique. La proposition de supprimer la référence aux règles du droit international privé n'a cependant pas été appuyée. On a noté à cet égard que le projet de Convention adoptait la même approche que celle de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.

56. Le Groupe de travail a affirmé que l'applicabilité de la Convention sur la base du lieu où l'engagement d'un Etat contractant était émis et l'applicabilité sur la base des règles du droit international privé constituaient deux conditions différentes et non pas une double condition. On a suggéré qu'on pourrait le préciser en séparant ces deux conditions par les mots "ou, s'il n'en est pas ainsi, si", de telle sorte que le libellé se lirait comme suit : "... s'il est émis dans un Etat contractant ou, s'il n'en

est pas ainsi, si les règles du droit international privé aboutissent à l'application de la législation d'un Etat contractant ...". Le Groupe de travail a renvoyé la proposition au groupe de rédaction.

57. On a demandé pourquoi l'on reconnaîtrait aux parties le droit d'exclure l'application de la Convention qui, une fois ratifiée, serait devenue la loi de l'Etat contractant. On a estimé que la question était encore plus compliquée en raison du paragraphe 3, selon lequel les chapitres V, VI et VII s'appliquaient même dans les cas où la Convention ne serait pas applicable conformément au paragraphe 1. On a souligné que cela donnerait d'autre part l'impression que toutes les autres dispositions n'étaient pas obligatoires, question que le Groupe de travail examinait encore article par article. Selon une suggestion connexe concernant le droit des parties d'exclure l'application de la Convention, le paragraphe 1 devrait prévoir la possibilité pour les parties d'exclure l'application de la Convention "entièrement ou en partie", plutôt que celle d'appliquer ou d'exclure la Convention tout entière.

58. En réponse à ces préoccupations, il a été signalé que l'on avait à faire à deux questions distinctes : la première, à laquelle il était répondu par l'affirmative à l'article premier, était celle de savoir si les parties avaient la possibilité d'exclure l'application de la Convention. La seconde question distincte qui se posait était celle de savoir, lorsque la Convention s'appliquait, quelles dispositions seraient soumises à l'autonomie des parties. Quant à la manière de distinguer entre les aspects impératifs et non impératifs du projet de Convention, il a été souligné qu'au lieu d'établir une liste de toutes les dispositions impératives du projet, il vaudrait peut-être mieux prévoir l'autonomie des parties chaque fois qu'il convenait de le faire. La question n'intéressait pas tous les aspects du projet de Convention, et notamment l'article premier.

59. On a soulevé une autre question concernant la forme dans laquelle on pourrait écarter l'application de la Convention. On a souligné à cet égard que, conformément au paragraphe 1, une telle exclusion devrait être faite dans l'engagement, tandis que, selon l'article 8, l'exclusion de l'application de la Convention pourrait être contenue dans une modification de l'engagement. Il a été répondu que le terme "engagement" devait s'entendre comme englobant toute modification que les parties pourraient apporter à l'engagement initialement émis. On a rappelé qu'une règle d'interprétation à cet effet avait été prévue, puis supprimée, et qu'il pourrait être utile de réinsérer une telle règle d'interprétation dans le texte pour plus de clarté. Quant à la question de savoir s'il faudrait permettre d'exclure l'application de la Convention ailleurs que dans l'engagement, le Groupe de travail a noté la préoccupation selon laquelle la possibilité de ne pas faire apparaître une telle exclusion dans les documents relatifs à l'engagement ne manquerait pas d'entraîner des risques et des incertitudes non souhaitables pour les tiers qui s'en remettaient aux informations figurant dans l'instrument (par exemple, dans le contexte de la négociation). Le Groupe de travail est donc convenu que tout accord concernant l'exclusion de l'application de la Convention devrait figurer sur l'instrument, quoique l'utilisation des règles des systèmes de télécommunication pour exclure l'application de la Convention, comme dans le cas, par exemple, de l'utilisation de messages SWIFT pour émettre des engagements, pût mener à une conclusion différente.

60. Les discussions ci-dessus sur les formes d'exclusion de l'application de la Convention ont amené le Groupe de travail à noter que, dans son examen du projet d'articles, il devrait s'assurer que l'expression "sauf disposition

contraire de l'engagement ou sauf convention contraire ...", qui apparaissait à diverses reprises dans le projet, ne visait qu'une stipulation par les parties faite en dehors des documents relatifs à l'engagement et ne visait pas, par inadvertance, une stipulation contenue dans une modification au libellé original d'un engagement.

61. Il a été noté que la référence à la possibilité d'écarter l'application de la Convention ne visait pas l'exclusion d'une loi nationale, même dans le cas où les dispositions de la loi nationale pourraient être équivalentes ou analogues aux dispositions de la Convention. Il était entendu que, si l'on excluait l'application de la Convention, l'engagement serait assujéti à la loi applicable à défaut de la Convention.

62. Enfin, le Groupe de travail a examiné les rapports entre le libellé utilisé au paragraphe 1 à l'égard du champ d'application de la Convention et le libellé de l'article 27 concernant la détermination de la loi applicable. On a estimé qu'il importait que la disposition définissant le champ d'application de la Convention et celle relative à la détermination de la loi applicable soient exprimées de manière analogue. On a estimé, d'une manière générale, qu'il y avait lieu, dans les deux dispositions, de se référer d'une manière similaire à l'établissement du garant/émetteur où l'engagement était émis, et la question a été renvoyée au groupe de rédaction. On a par ailleurs signalé qu'il pourrait être nécessaire d'envisager d'apporter certaines modifications à l'article 6 i) de manière à tenir compte du cas où le garant/émetteur pourrait avoir divers établissements ou succursales dans différentes juridictions.

Paragraphe 2

63. Le Groupe de travail a considéré la question de savoir s'il y avait lieu ou non de maintenir dans le projet de Convention le paragraphe 2 de l'article premier, qui ouvrait aux parties la possibilité d'appliquer la Convention aux lettres de crédit commerciales. On a fait valoir, en faveur de la suppression de ce paragraphe, que la disposition pourrait sembler ambiguë quant aux instruments spécifiquement visés. On a dit que l'incertitude découlait du fait que le projet de Convention ne contenait pas de définition de l'expression "lettre de crédit commerciale". On a fait ressortir que, même en l'absence d'une telle disposition, les parties souhaitant appliquer une partie de la Convention à un instrument quelconque, pourraient le faire puisqu'il n'était pas possible d'interdire une telle initiative. On a en outre souligné que, si on le jugeait souhaitable, on pourrait appliquer la Convention à tout instrument qui ne serait pas autrement considéré comme un "engagement" au titre du projet, en modifiant la définition du terme "engagement" figurant au paragraphe 1 de l'article 2. Cette approche n'a cependant pas recueilli un appui suffisant et le Groupe de travail a estimé préférable d'inclure une disposition comme celle du paragraphe 2.

64. On a d'autre part proposé d'élargir le paragraphe 2 de manière à en faire une disposition générale d'application de la Convention se référant à d'"autres engagements indépendants", sans restreindre la possibilité d'assurer l'application de la Convention au seul cas des lettres de crédit commerciales, conformément au projet actuel. On a souligné, à l'appui de cette proposition, qu'il y avait plusieurs autres types d'engagement largement utilisés qui pourraient utilement relever du projet de Convention, comme, notamment : les obligations de remboursement irrévocables; les instruments émis au titre du préavis prévu à l'article 11 des RUU; et les engagements d'acheter des documents relatifs aux demandes de paiement. On a dit que ce dernier cas se

posait lorsque des banques n'étaient pas disposées à donner une confirmation, en raison, par exemple, de restrictions de change, et préféreraient émettre un engagement irrévocable d'acheter les documents relatifs aux demandes de paiement. Le Groupe de travail n'était cependant pas favorable à un tel élargissement du paragraphe 2. A l'encontre de cette proposition, on a fait valoir que le projet de Convention avait été élaboré eu égard aux garanties indépendantes et aux lettres de crédit stand-by, et qu'une clause générale d'application de la Convention la rendrait applicable à des instruments dont il n'avait pas été tenu compte dans l'élaboration du projet.

65. Le Groupe de travail s'est ensuite penché sur une proposition d'amender le paragraphe 2 afin de prévoir l'application automatique de la Convention aux lettres de crédit commerciales, au lieu de prévoir une simple possibilité d'application à leur égard. A l'appui de cette proposition, on a fait ressortir que le caractère juridique des lettres de crédit commerciales était le même que celui des lettres de crédit stand-by, comme le montrait le fait qu'elles étaient assujetties aux mêmes règles dans la pratique. A l'encontre de cette proposition, on a souligné que le projet de Convention avait été élaboré eu égard aux garanties indépendantes et aux lettres de crédit stand-by, et que ses dispositions pourraient ne pas convenir aux lettres de crédit commerciales. On a dénoncé, par ailleurs, le caractère artificiel de toute tentative d'établir une distinction entre lettres de crédit stand-by et lettres de crédit commerciales, puisque les deux instruments ne pouvaient être différenciés et que l'élaboration du projet de Convention offrait une occasion historique d'en étendre les dispositions aux lettres de crédit commerciales. Une considération définitive à cet égard est venue du fait que plusieurs délégations ont indiqué qu'elles ne sauraient prendre une position définitive en la matière étant donné qu'elles n'avaient pas prévu qu'on en discuterait à la présente session et n'avaient donc pas eu de consultations à ce sujet dans leurs pays. Il a été noté que la question d'étendre l'application du projet de Convention aux lettres de crédit commerciales serait probablement soulevée de nouveau et qu'il serait donc utile de tenir de telles consultations. Le Groupe de travail a donc décidé de ne pas accepter la proposition, au stade actuel tout au moins.

66. Quant à la formulation du paragraphe 2, il a été décidé d'utiliser les mots "une lettre de crédit autre qu'une lettre de crédit stand-by", au lieu des mots "une lettre de crédit commerciale", étant donné en particulier que l'expression "lettre de crédit commerciale" n'était pas définie dans le projet. La question de savoir s'il y avait lieu de supprimer le mot "également" a été renvoyée au groupe de rédaction.

67. Sous réserve de la décision susmentionnée, le Groupe de travail a estimé que le paragraphe 2 était d'une manière générale acceptable quant au fond.

Paragraphe 3

68. Le Groupe de travail a noté que ce paragraphe avait pour effet d'assurer l'application des dispositions des chapitres V (art. 21, Mesures judiciaires provisoires), VI (art. 24 à 25 bis, Compétence) et VII (art. 26 et 27, Conflit de lois), indépendamment de savoir si, dans un cas déterminé, la Convention serait applicable en vertu du paragraphe 1 de l'article premier. Quoi qu'on se soit demandé s'il était souhaitable de prévoir ainsi l'applicabilité indépendante d'une partie du projet, le Groupe de travail s'est montré disposé à accepter une telle approche à l'égard du chapitre VI, si ce dernier était en définitive retenu, ainsi que du chapitre VII. Il a été néanmoins convenu d'une manière générale qu'il n'y avait pas lieu de viser le chapitre V au paragraphe 3.

Article 2. Engagement

Paragraphe 1

69. Comme cela avait été le cas lors de l'examen des dispositions relatives au champ d'application, on a souligné que le projet de Convention ne devrait pas risquer d'englober, même involontairement, du moins dans certains pays, des engagements privés de caractère indépendant. Il pouvait par exemple être promis de renouveler une obligation légale. On a également craint que ne soient inclus involontairement les cautionnements et les billets à ordre. On a estimé que le libellé actuel ne conjurait pas suffisamment ce risque. Il a été proposé à cette fin de faire expressément référence, au paragraphe 1, aux garanties indépendantes et aux lettres de crédit stand-by en ajoutant par exemple les mots suivants "tel qu'il est dénommé dans la pratique bancaire". Il a également été proposé à cette même fin d'allonger la liste d'exclusions expresses énoncée à l'alinéa b).

70. Si l'on a souligné que le projet de Convention avait pour intention expresse de n'englober que les engagements indépendants, ce qui excluait les cautionnements et qu'il n'était pas censé régir les opérations privées ou opérations de consommateurs, le Groupe de travail a jugé qu'il serait souhaitable de préciser la disposition relative au champ d'application. Cela, notamment en raison du fait qu'il y avait sans doute d'autres engagements qui ne devaient pas être régis par la Convention, mais qui possédaient un élément d'abstraction, ce qui pouvait être source d'une certaine confusion, aussi improbable que cela puisse paraître. Le risque tenait également à la nature de l'article premier qui, comme il ressortait du titre de projet de Convention, ne définissait pas exactement le champ d'application, mais donnait plutôt une description de caractère plus général. Il a été convenu que l'on pourrait réviser cette disposition, comme il était proposé, en ajoutant à l'alinéa a) des mots tels que "habituellement désigné sous le nom de garantie indépendante ou lettre de crédit stand-by". Il a été noté qu'avec cette précision il ne serait plus nécessaire de conserver l'alinéa b), car il apparaîtrait maintenant plus clairement que des instruments tels que les contrats d'assurance n'entraient pas dans le champ d'application du projet de Convention.

71. Il a été proposé d'ajouter à l'article 2 une disposition précisant que le projet de Convention ne voulait pas régler la question de la capacité d'émettre des engagements, car, de l'avis du Groupe de travail, il n'avait jamais été prévu de traiter de cette question. Il a été avancé que la non clarification de ce point, étant donné notamment la référence assez vague au garant/émetteur" à l'alinéa a), serait source d'incertitude. On a craint qu'en l'absence d'un tel éclaircissement, les Etats n'envisagent de faire une déclaration ou d'émettre une réserve sur ce point; aussi a-t-il été proposé de retenir par exemple le libellé suivant : "les Etats contractants conservent la liberté de déterminer les catégories de personnes ou institutions habilitées à émettre les engagements visés au paragraphe 1". Il a été jugé que l'ajout d'une telle disposition serait plus efficace que l'autre solution proposée, à savoir l'ajout d'une note de bas de page.

72. Tout en soulignant que le projet de Convention n'avait pas du tout pour objet de régler les questions de la compétence ou de la capacité d'émettre des engagements, le Groupe de travail n'a toutefois pas accepté d'apporter des modifications proposées, car il a jugé que cette question était suffisamment claire. En outre, il a été noté que, comme une large gamme de questions n'étaient pas régies par le projet de Convention, notamment certaines pouvant

poser des problèmes liés à la compétence, on susciterait des incertitudes en traitant de cette question pour un aspect seulement du projet de Convention et non pas pour les autres. Par exemple, on risquerait de laisser entendre que, pour ce qui est des mesures provisoires, le projet de Convention traitait de la question de l'aptitude de certains tribunaux à agir.

73. Des propositions de modification de forme ont été faites et renvoyées au groupe de rédaction. Il a notamment été avancé que le mot "indiquant" ("indiquant que le paiement est dû ..."), pourrait, du moins dans certaines langues, porter atteinte au caractère indépendant et documentaire de l'engagement. Il a été proposé d'utiliser plutôt le mot "signifiant". Une remarque a été faite à propos du mot "éventualité". Il a été souligné que ce terme de devrait pas englober des faits imprévus, non envisagés dans l'engagement, mais plutôt des faits dont la réalisation était incertaine.

74. Il a en outre été avancé que l'alinéa a), en employant les mots "sur simple demande ou sur présentation d'autres documents", risquait d'exclure un engagement faisant uniquement référence à la présentation de documents pour déclencher le paiement, sans mentionner une "demande" de paiement en tant que telle. Après un débat, toutefois, le Groupe de travail a estimé que la formulation actuelle était satisfaisante et que les engagements ne faisant pas expressément référence à une demande en tant que telle ne seraient pas nécessairement exclus du champ d'application de cette disposition.

Paragraphe 2

75. Le Groupe de travail a considéré que le paragraphe 2 était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Paragraphe 3

76. Pour ce qui est de l'alinéa a), il a été proposé de supprimer les mots "dans une monnaie ou unité de compte spécifiée", car il s'agissait là d'une évidence. Le Groupe de travail a toutefois convenu de conserver la disposition sous sa forme actuelle.

77. Bien qu'il ait été jugé superflu d'ajouter à l'alinéa b) la référence entre parenthèses à une "traite", juxtaposée au terme "lettre de change", le Groupe de travail a décidé de conserver cette référence. Il a estimé que l'accentuation du caractère descriptif de la disposition, du moins dans les langues où il existait deux termes distincts, faciliterait l'application du projet de Convention dans les juridictions où le mot "traite" était utilisé comme équivalent fonctionnel de la "lettre de change". Il a été noté que les RUU avaient adopté une approche similaire, reflétant l'usage courant, dans la pratique bancaire, du mot "traite". Le Groupe de travail n'a pas retenu l'ajout d'une référence au paiement au moyen d'un billet à ordre. Il a été rappelé que le paragraphe 3 devrait être considéré comme donnant une liste indicative et non exhaustive des formes de paiement. Ainsi, la disposition avait pour objet de donner un exemple d'une forme fréquente de paiement du type d'engagement régi par le projet de Convention. Une proposition tendant à ajouter, à l'alinéa b), une référence explicite à la spécification d'une monnaie n'a pas non plus reçu un appui suffisant. Dans le même ordre d'idée, le Groupe de travail a convenu de supprimer la référence à "un montant spécifié".

78. Selon un avis, l'alinéa d) ("fourniture d'un article de valeur spécifié") devrait être supprimé, car il faisait référence à ce qui pourrait être

considéré comme une forme plutôt rare de paiement, voire illégale dans certains pays. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, cette disposition devrait être conservée.

* * *

Paragraphe 4

79. Le Groupe de travail a noté qu'il avait été ajouté au paragraphe 4 une clause concernant la désignation par le garant/émetteur de l'une de ses agences comme bénéficiaire, sous réserve, dans ce cas, qu'il soit expressément indiqué dans l'engagement que la Convention devait s'appliquer. Cette clause avait été ajoutée conformément à la décision, prise à sa vingt et unième session, tendant à ce que le projet de Convention n'exclue pas la possibilité de désigner une agence comme bénéficiaire (A/CN.9/391, par. 20). Avec l'insertion de cette clause, le paragraphe 4 visait maintenant deux cas distincts, l'autre concernant la désignation du garant/émetteur lui-même comme bénéficiaire lorsqu'il agissait pour une autre personne.

80. Lors de l'examen de la clause ainsi ajoutée, il a été exprimé certains doutes quant à l'opportunité de viser le cas de la désignation d'une agence du garant/émetteur comme bénéficiaire. On a été d'avis que, si un tel cas pouvait se présenter, il était inhabituel et on pouvait difficilement le traiter dans le cadre du projet de Convention sans soulever peut-être des questions qui en dépasseraient le champ d'application, notamment des questions touchant au droit des sociétés. Il pourrait, en particulier, se poser la question de savoir si, dans un cas déterminé, une agence devrait être considérée comme une entité juridiquement distincte du reste de la société considérée. Il a été avancé en outre que cette disposition pourrait peut-être entraîner la possibilité tout à fait singulière d'une action en justice de l'agence contre une autre partie de la société, telle que le siège, tendant à faire valoir des droits au titre de la Convention. On a soulevé d'autre part la question de savoir si, dans le cas d'une agence, la Convention s'appliquerait même dans un contexte purement national. Au vu des questions ainsi soulevées, il a été instamment demandé au Groupe de travail de supprimer la référence à la désignation d'une agence en tant que bénéficiaire, quoiqu'on ait souligné qu'une telle suppression n'empêcherait pas l'application de la Convention dans cette hypothèse s'il en était ainsi convenu.

81. A l'appui de l'inclusion de cette clause, il a été souligné que, quoique rarement, il se présentait en pratique des cas de désignation d'une agence comme bénéficiaire. Les cas possibles dont il était question ne découlaient pas seulement de circonstances commerciales et juridiques particulières, mais avaient trait aussi à des hypothèses, telles que la nationalisation d'une agence, qui pouvaient être considérées comme conférant à une agence un caractère distinct. On s'est référé de même à l'hypothèse de l'insolvabilité, dans laquelle diverses agences d'une banque dans différents pays pouvaient être placées sous le contrôle de syndicats de faillite. On a d'autre part estimé qu'on pouvait trouver dans les RUU un précédent permettant de distinguer entre les différentes parties d'une société en tant que garant/émetteur et bénéficiaire, puisque ce texte énonçait la règle que, aux fins des RUU, les agences d'une banque devaient être considérées comme des banques différentes. On s'est également référé à une distinction de ce genre dans la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux. Même, cependant, si on voulait favoriser l'application de la Convention dans de tels cas, on a jugé peu satisfaisant le libellé actuel de cette disposition puisque

la Convention ne s'appliquerait alors qu'à condition d'une indication expresse à cet effet dans l'engagement. On a souligné que cela excluait apparemment un accord entre les parties qui ne serait pas consigné dans l'engagement. On a estimé qu'une meilleure approche de l'applicabilité de la Convention en l'occurrence pourrait consister tout simplement à ne rien dire à ce sujet dans le projet de Convention.

82. Après délibération, et compte tenu des diverses vues exprimées, le Groupe de travail a décidé de supprimer la référence à la désignation d'une agence comme bénéficiaire. Le Groupe de travail a néanmoins souligné que la suppression de cette clause ne visait nullement à exclure l'application de la Convention dans un tel cas.

Article 3. Indépendance de l'engagement

83. Il a été proposé que l'article 3 fasse état avec plus de précision de l'indépendance de la contre-garantie par rapport à la première garantie et à l'opération sous-jacente. Il a déclaré que les mots "ni à tout autre engagement", bien que visant à préciser ce principe, ne le faisaient pas de la manière appropriée. Il a été proposé, afin de préciser l'intention de la disposition en la matière, que soient ajoutés par exemple les mots suivants : "une contre-garantie est indépendante de la garantie à laquelle elle se rapporte et de l'opération sous-jacente". Il a été noté que cette formulation présentait également l'avantage d'être claire et d'être similaire à une disposition équivalente figurant à l'article 2 c) des RUGD.

84. Le Groupe de travail a convenu que le principe de l'indépendance de la contre-garantie, à condition qu'elle remplisse les conditions de la disposition générale relative à l'indépendance figurant à l'article 3, devrait être énoncé avec précision dans le projet de Convention. Ainsi, la proposition de clarification de ce point dans l'article 3 a reçu un certain appui. Toutefois, des doutes ont été exprimés, car le libellé proposé risquait, involontairement, d'élargir la portée de l'article 3 en énonçant une règle générale aux termes de laquelle les contre-garanties étaient indépendantes, sans que référence soit faite aux conditions générales que devaient remplir les engagements pour être indépendants. Il a été jugé qu'il serait mieux de conserver le libellé actuel, mais de préciser qu'il faisait également référence à l'indépendance des contre-garanties, par exemple en ajoutant des mots tels que "(y compris les garanties auxquelles se rapportent les contre-garanties)" après les mots "ni à tout autre engagement".

85. On s'est toutefois demandé s'il serait bon d'ajouter à l'article 3 des précisions concernant la question de l'indépendance de la contre-garantie. Il a été noté que l'article 3 figurait dans le chapitre premier, relatif au champ d'application de la Convention, et devrait donc être limité aux questions liées au champ d'application et ne pas comporter de règles opérationnelles. En outre, il a été déclaré dans le même ordre d'idées que l'article 3 n'avait pour objet que de déterminer les conditions que les engagements (qui, en application de l'article 6 a), englobaient les contre-garanties) devraient remplir pour être considérés comme indépendants et donc entrer dans le champ d'application du projet de Convention, mais qu'il n'avait pas pour objet d'affirmer l'indépendance des contre-garanties. A ce propos, il a été souligné que les mots "ni à tout autre engagement" devraient être lus conjointement avec la définition du terme "engagement" figurant à l'article 6 a) qui dispose qu'un "engagement" peut inclure une contre-garantie. Il a été déclaré que l'on pourrait alors comprendre ces mots comme signifiant "ni à toute autre garantie", ce qui engloberait les

contre-garanties. Après un débat, l'avis qui a prévalu a été que les mots "ni à tout autre engagement" devaient être conservés tels quels (pour plus de détails sur la question, voir le paragraphe 130).

86. Il a été demandé quel effet aurait le principe de l'indépendance de la contre-garantie par rapport à la première garantie dans les cas où, par exemple, il y avait fraude concernant la première garantie et qu'est-ce qui constituerait une fraude dans le contexte de la contre-garantie. Il a été répondu que ce problème n'était pas directement lié à l'indépendance de la contre-garantie, mais plutôt à la question de la demande incorrecte traitée à l'article 19, dans lequel aucune distinction n'était faite entre le premier garant et le contre-garant en cas de demande incorrecte. Il a été jugé que l'on pourrait apporter des précisions sur ce point dans ce dernier contexte.

87. Le Groupe de travail a ensuite étudié laquelle des deux formulations figurant entre crochets "[n'] [pas]" ou "[autre que la présentation de documents ou un autre acte ou fait de même nature]" devrait être retenue avant les mots "entrant dans le domaine d'activité du garant/émetteur". La préférence est allée au maintien de la deuxième variante, au motif qu'elle traitait mieux et plus clairement de la notion des conditions non documentaires. Il a toutefois été proposé de préciser que le dernier membre de phrase de l'article 3 visait les conditions non documentaires et même de donner quelques exemples de cas où la disposition serait applicable. A l'appui de cette proposition, il a été souligné que les mots "domaine d'activité" n'étaient pas très clairs et pouvaient susciter des interprétations divergentes. Il a été noté que si, dans certaines juridictions, les tribunaux pouvaient considérer tout acte qu'une banque s'engageait à exécuter comme relevant de son domaine d'activité, dans d'autres juridictions, tout acte n'entrant pas dans le cadre normal des activités bancaires serait considéré comme extérieur au domaine d'activité de la banque. Il a été proposé d'ajouter les mots "dans le cadre de ses activités bancaires" à la fin de la phrase pour préciser cette question. Des objections ont toutefois été émises au motif que le Groupe de travail avait décidé de ne pas limiter aux banques la notion de "garant/émetteur".

88. Concluant son débat sur l'article 3, le Groupe de travail a rappelé qu'il avait étudié longuement la question des conditions non documentaires au cours de sessions antérieures, le plus récemment à la vingt-deuxième session (voir A/CN.9/391, par. 22 à 33), et avait adopté la formulation actuelle de l'article 3 à titre de compromis tenant compte des divers points de vue et observations présentés. Il a été souligné qu'il serait difficile d'arriver à une interprétation commune du terme "domaine d'activité" et que le mieux serait de laisser le texte tel quel, étant entendu que ces mots seraient interprétés par les tribunaux compte tenu du contexte et des faits pertinents. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver le libellé "autre que la présentation de documents ou un autre acte ou fait de même nature" et a prié le groupe de rédaction d'étudier si l'on pourrait trouver un terme plus clair que "domaine d'activité".

* * *

Article 4. Internationalité de l'engagement

Paragraphe 1

89. Le Groupe de travail a examiné en particulier la question de savoir s'il y avait lieu de retenir la référence au confirmateur dans l'énumération des parties dont les établissements étaient pertinents pour la détermination de

l'internationalité de l'engagement. La discussion a porté sur les questions que soulevait l'inclusion de cette référence. C'est ainsi qu'on s'est demandé, par exemple, si, dans le cas où le confirmateur et le bénéficiaire avaient leurs établissements dans le même pays, les rapports entre eux devraient être régis par la Convention, dans quelle mesure la question devrait être considérée du point de vue d'une seule transaction et si la disposition devrait également inclure une référence à l'établissement du contre-garant.

90. En faveur de la suppression de la référence au confirmateur, on a fait valoir que la relation entre le garant/émetteur et le bénéficiaire devrait être considérée compte tenu de son caractère distinct. On a souligné que, dans le cas en particulier où le confirmateur et le bénéficiaire avaient leurs établissements dans le même pays, cet engagement séparé pourrait être considéré comme une question interne qui ne devrait pas être utilisée pour déterminer l'internationalité de l'engagement du garant/émetteur à l'égard du bénéficiaire. On a fait ressortir qu'une référence au confirmateur pourrait conduire à des résultats singuliers, comme par exemple dans le cas où, à la suite de l'émission d'un engagement par un garant/émetteur en faveur d'un bénéficiaire ayant son établissement dans le même pays, une confirmation était donnée par un confirmateur ayant son établissement dans un autre pays. Des questions ont également été soulevées à propos des incidences correspondantes sur les règles de conflit de lois, y compris toute référence aux règles pertinentes du projet de Convention.

91. Divers arguments ont été avancés en faveur du maintien de la référence au confirmateur. C'est ainsi qu'on a fait valoir que l'internationalité de l'engagement devrait être déterminée compte tenu de l'ensemble de la transaction, eu égard, notamment, non seulement à une confirmation possible mais également à la présence possible d'un contre-garant. Il a été présenté, à cet effet, la proposition d'ajouter la disposition suivante : "Aux fins de la présente Convention, les garanties, les contre-garanties et les confirmations relatives à un engagement international constituent elles-mêmes des engagements internationaux". Il a été cependant fait remarquer qu'une telle disposition pourrait donner un caractère international à un engagement purement national à la suite d'une contre-garantie émise dans un autre pays. On a proposé, aux fins de clarté, de préciser cette proposition en utilisant des mots comme "concernant ou appuyant une garantie internationale".

92. Le Groupe de travail n'entendait pas élargir la portée du paragraphe 1 en y incluant une référence à l'établissement du contre-garant, mais, de l'avis général, il y avait lieu de maintenir la référence au confirmateur. Il a été suggéré que le cas d'une confirmation différerait de celui d'une contre-garantie à l'égard de la détermination de l'internationalité d'un engagement. On a appelé l'attention sur le fait que, dans le cas typique d'une confirmation, le garant/émetteur et le bénéficiaire auraient leurs établissements dans des pays différents, mais le confirmateur aurait son établissement dans le même pays que celui du bénéficiaire. Dans un tel cas typique, le bénéficiaire demanderait une confirmation en vue d'être en mesure de formuler la demande de paiement dans son propre pays. En revanche, l'établissement du garant/émetteur d'une garantie appuyée par une contre-garantie pourrait très bien se trouver dans le même pays que l'établissement du bénéficiaire, de telle sorte qu'une garantie nationale deviendrait un engagement international relevant de la Convention en vertu de l'insertion, au paragraphe 1, d'une référence à l'établissement du contre-garant. Outre les hésitations générales que suscitait une telle extension du champ d'application du projet de Convention, des questions ont été soulevées, par exemple, quant aux effets,

conformément à cette approche étendue, de l'émission d'une première garantie dans un Etat non contractant. La question a été posée à l'égard en particulier de la disposition de l'article 27 selon laquelle, faute du choix d'une loi par les parties, l'engagement serait régi par la loi du lieu où il avait été émis.

93. Après délibération, le Groupe de travail est convenu de retenir la référence au confirmateur, tout en refusant de faire référence au contre-garant. A la fin des délibérations sur le paragraphe 1, il a été noté qu'il serait possible à l'avenir de procéder à un échange de vues supplémentaire sur cette disposition si les questions soulevées suscitaient d'autres préoccupations.

Paragraphe 2

94. On a estimé qu'il y aurait lieu de supprimer le paragraphe 2 car il pouvait soulever des questions auxquelles on ne saurait répondre avec certitude. Ces questions concernaient en particulier ce qu'il arriverait si l'engagement ne spécifiait pas d'établissement pour une partie ou si l'établissement spécifié dans l'engagement n'était pas en fait l'établissement de la partie en question. En réponse à ces inquiétudes, il a été souligné que le but du paragraphe 2 était de fournir des précisions dans les cas donnant déjà lieu à des incertitudes en raison des mentions spécifiées dans l'engagement, de telles incertitudes étant dues soit à l'énumération, dans l'engagement, de plus d'un établissement pour une partie, soit à la référence à une résidence plutôt qu'à un établissement. Il a été cependant souligné qu'une règle analogue figurait dans d'autres textes internationaux, comme la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.

95. On a avancé plusieurs propositions tendant à modifier la disposition du libellé actuel du paragraphe 2, sans qu'aucune d'elles reçoive l'appui du Groupe de travail. Selon l'une de ces propositions, il y aurait lieu de prévoir, dans le cas où l'engagement mentionnait plus d'un établissement, que l'un quelconque de ces établissements pourrait être pris en considération aux fins de la détermination de l'internationalité. D'après une autre proposition, il conviendrait de remplacer les mots "celui qui a la relation la plus étroite avec l'engagement" par une référence au lieu où les documents devaient être examinés. On a fait valoir, au sujet de cette dernière proposition, que l'applicabilité du paragraphe 2 n'était pas censée être limitée au garant/émetteur, et que la modification proposée réduirait donc indûment la portée de la disposition. On a proposé aussi d'essayer de remédier aux inquiétudes exprimées au sujet du paragraphe 2 en supprimant du paragraphe 1 les mots "tels qu'ils sont spécifiés dans l'engagement". On a d'autre part proposé de viser spécifiquement, au paragraphe 2, le "siège" d'une partie au cas où l'on mentionnerait plus d'un établissement.

96. Une question a été soulevée à propos de l'opportunité de se référer, à l'alinéa b), à la résidence "habituelle". Le Groupe de travail a confirmé l'utilisation de ce terme qui, a-t-il souligné, apparaissait dans d'autres textes de la CNUDCI, comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (article 1-4) et la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (art. 2-3).

97. Après délibération et examen des diverses propositions qui avaient été formulées, le Groupe de travail a décidé de conserver le paragraphe 2 sous sa forme actuelle. Il a été cependant noté que, en ce qui concerne l'alinéa a), il convenait de remplacer le terme "lieu" par "établissement".

Article 5. Principes d'interprétation

98. On s'est interrogé sur le sens de l'expression "la pratique internationale en matière de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by". On a souligné que l'on voulait ainsi se référer à la pratique internationale bien établie à l'égard des garanties indépendantes et des lettres de crédit stand-by, en excluant le recours à des pratiques moins valables que celles acceptées à l'échelon international. On a suggéré d'ajouter le mot "normale" après le mot "internationale" pour mieux refléter cette préoccupation et préciser que l'on se référerait ainsi à la pratique généralement acceptée et non pas à telle ou telle pratique. On a suggéré en outre que, comme dans l'interprétation de la Convention, on se référerait en fait à la pratique bancaire, qui constituait la référence appropriée, on pourrait mentionner la "pratique bancaire internationale normale".

99. On a cependant soulevé des objections à toute référence à la pratique bancaire. On a souligné que l'émission d'engagements n'était pas limitée aux banques conformément au projet de Convention, et que la gamme d'institutions émettrices pourrait s'accroître à l'avenir, ce qui suggérerait la nécessité d'une formulation plus ouverte eu égard à l'évolution probable de la pratique. La Convention ne devrait donc pas être limitée à la pratique bancaire. On a fait ressortir d'autre part qu'il n'était pas dit, dans l'article 5, qu'il fallût, pour l'interprétation de la Convention, tenir compte de la pratique internationale, mais qu'il y avait lieu d'assurer le respect de la bonne foi dans la pratique internationale.

100. On a été cependant d'avis que l'article 5 était basé sur l'idée selon laquelle, étant donné que les deux instruments pouvaient être émis par des institutions autres que des banques, il importait de maintenir les rigoureux critères d'équité et d'équilibre qu'avait dégagés la pratique bancaire au fil des années et que reflétaient les RUGD et les RUU. On a souligné que d'autres institutions émettrices ne devraient pas pouvoir avancer qu'étant donné qu'elles n'étaient pas des banques, elles ne devraient pas être soumises aux rigoureux critères découlant de la pratique bancaire. On a d'autre part estimé que l'on devrait peut-être harmoniser à cet égard l'article 5 avec l'article 13-1, où il était question des "normes généralement acceptées de la pratique internationale".

101. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait examiné la question à sa dix-huitième session (voir A/CN.9/372, par. 77; A/CN.9/WG.II/WP.76), lors de laquelle on s'était mis d'accord sur la formule suivante "le respect de la bonne foi dans la pratique internationale des garanties et des lettres de crédit stand-by". Après délibération, le Groupe de travail est convenu de revenir à cette formule qui reflétait mieux l'accord dont l'article 5 avait fait l'objet.

Article 6. Définitions

Chapeau

102. Le Groupe de travail a jugé le chapeau généralement acceptable.

Alinéa a) ("engagement")

103. Différentes opinions ont été exprimées sur les mots figurant entre crochets qu'il y aurait lieu de retenir ("inclut" ou "peut désigner"). Une préférence a été formulée en faveur du mot "inclut" car il rendait mieux l'objectif de la disposition, qui était de préciser le terme "engagement" tel qu'il figurait à l'article 2-1. Il a été cependant souligné que, dans la Convention, le mot "engagement" pouvait, dans certains cas, s'entendre de tous les instruments visés ou, selon le contexte, d'un seul de ces instruments. On a donc suggéré qu'il vaudrait mieux retenir les mots "peut désigner". En réponse à ces préoccupations, on a fait valoir qu'il était déjà prévu, dans le chapeau de l'article 6, que les définitions devaient s'entendre eu égard au contexte considéré. Le Groupe de travail a donc décidé de retenir le mot "inclut".

104. On a émis la suggestion, à laquelle le Groupe de travail a souscrit, de remplacer les mots "confirmation d'une garantie" par "confirmation d'un engagement", afin de tenir également compte des lettres de crédit stand-by, qui faisaient en fait le plus souvent l'objet de confirmation.

105. On a été d'avis qu'il serait utile de préciser, pour tenir compte du cas où une modification serait apportée à l'engagement, que la définition de l'engagement concernait non seulement les clauses et conditions de l'instrument initial, mais celles aussi d'une modification éventuelle. On a suggéré qu'on pourrait, à cet effet, insérer les mots "et inclut toutes les autres clauses et conditions auxquelles il se réfère", ce qui couvrirait toutes les clauses et conditions qui pourraient être ensuite insérées dans l'instrument. On a rappelé que le Groupe de travail avait déjà examiné cette question à sa vingt et unième session (voir A/CN.9/391, par. 44) et avait décidé qu'une telle clarification était superflue puisqu'il allait de soi que toute référence à un engagement s'entendait de la référence à la dernière version de celui-ci.

106. Le Groupe de travail a également examiné la question de savoir s'il était porté atteinte à l'indépendance d'un instrument lorsqu'on incorporait, par référence à un autre instrument, les clauses et conditions de cet autre instrument. Il a été souligné à cet égard que, dans la plupart des cas, notamment dans celui d'une confirmation, les clauses et conditions n'étaient pas mentionnées dans l'instrument, mais incorporées par référence à l'engagement initial. On s'est donc demandé si, étant donné que, conformément à l'article 3, l'indépendance d'un engagement découlait de son autonomie, un engagement faisant référence à d'autres instruments ne devrait pas être considéré comme n'étant pas indépendant et ne relevant donc pas de la Convention. Selon une opinion largement partagée, s'il pourrait être utile de préciser qu'en se référant à un autre instrument dans les clauses et conditions d'un instrument, on ne faisait pas perdre simplement par là à ce dernier son caractère indépendant, il n'y avait pas nécessairement lieu de le spécifier à l'alinéa a). On a estimé que la question se posait également au sujet des contre-garanties et qu'on pourrait l'examiner plus utilement à propos d'autres dispositions de projet de Convention.

Alinéa d) ("contre-garantie")

107. Comme cela avait déjà été suggéré plutôt durant la session (voir par. 83 à 85), on a émis l'idée qu'il pourrait être utile d'ajouter une disposition, éventuellement à l'alinéa d) du présent article, stipulant qu'un engagement ne perdait pas son indépendance du seul fait qu'il contenait une référence à d'autres engagements, comme cela pourrait se produire dans le cas d'une contre-garantie ou de la confirmation d'un engagement.

108. Bien qu'il n'y ait pas eu de désaccord quant au fond de la disposition proposée, le Groupe de travail, après délibération, a hésité à ajouter une déclaration expresse à cet effet. Il a été estimé que ce point ressortait à l'évidence du texte du projet de Convention et serait aisément déduit par interprétation. Le Groupe de travail a également craint qu'un libellé tel que "se référant aux termes et conditions d'un autre engagement" ne brouille la question, puisque ce libellé pourrait ne pas être interprété ou compris uniformément. Il a été souligné que ces termes pourraient être lus dans un sens étroit, c'est-à-dire sans peut-être prendre clairement en compte une forme typique de confirmation d'une lettre de crédit stand-by dans laquelle la confirmation elle-même ne consistait qu'en une page de couverture jointe à une copie de la lettre de crédit stand-by originale. Il a été suggéré que toute discussion concernant l'insertion de ce libellé se poursuive dans le contexte de l'article 3 (voir par. 130).

109. Le Groupe de travail s'est penché ensuite sur la formulation de l'alinéa d). Il a décidé de supprimer les mots entre crochets figurant au début du texte, "ou d'un instrument analogue". On avait appréhendé que le sens de ces mots ne soit pas clair et que la notion d'indépendance de l'engagement puisse s'en trouver brouillée. Le Groupe de travail a accepté et renvoyé au Groupe de rédaction une suggestion tendant à aligner la référence, à l'alinéa d), au paiement "sur demande et sur présentation de tout document spécifié" sur le texte plus explicite qui devait figurer à l'article 2.

110. Le Groupe de travail a également accepté une proposition tendant à remplacer les mots "indiquant que le paiement ... a été demandé ..." par les mots "indiquant, ou dont il peut être déduit, que ...". Il a été estimé que l'inclusion de cette formulation dans la présente disposition, ainsi qu'à l'article 2, apaiserait les inquiétudes exprimées quant à l'emploi du mot "indiquant", à savoir que celui-ci pourrait être interprété comme prescrivant une déclaration formelle dans la demande indiquant que le paiement est dû. Cette modification, selon un avis, préciserait, sans laisser de place au doute, que le projet de Convention englobait les garanties sur simple demande. Enfin, le Groupe de travail a convenu de conserver les mots "ou effectué" placés entre crochets à la fin du texte actuel.

111. Sous réserve des décisions ci-dessus, le Groupe de travail a considéré que l'alinéa d) était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Alinéa e ("contre-garant")

112. Le Groupe de travail a considéré que l'alinéa e) était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Alinéa f) ("confirmation")

113. Il a été procédé à un échange de vues quant à savoir s'il fallait ou non maintenir la formulation de la fin de l'alinéa f) indiquant que la présentation d'une demande de paiement par le bénéficiaire au confirmateur ne

faisait pas perdre au bénéficiaire le droit de demander paiement au garant/émetteur en cas de rejet ou de non-paiement. Il a été noté que la formulation en question devrait prendre en compte le cas où une demande était présentée au confirmateur, mais rejetée, ainsi que le cas où le bénéficiaire décidait de demander paiement au garant/émetteur sans avoir présenté de demande au confirmateur. Il a été noté, en outre, que le libellé en question avait été ajouté pour essayer de préciser, conformément à la décision prise à la vingt et unième session, qu'en vertu du projet de Convention la présentation au confirmateur n'éteignait pas le droit du bénéficiaire de présenter une demande à l'émetteur en cas de refus de paiement du confirmateur (A/CN.9/391, par. 50). Il était entendu par cette décision que la disposition ne visait pas à régler des questions qui pourraient l'être dans les termes de l'engagement, par exemple celle de l'ordre dans lequel le bénéficiaire exercerait son droit de demander paiement au confirmateur ou à l'émetteur.

114. Bien que la formulation contenue dans le texte actuel ait bénéficié d'un certain appui, des réserves ont été exprimées quant à son inclusion et à sa teneur. Selon un avis, ce texte devait être supprimé, dans la mesure où la règle qu'il énonçait, à savoir que le bénéficiaire avait la possibilité et le droit de demander paiement soit au garant/émetteur soit au confirmateur, était évidente et qu'il était donc inutile de la réaffirmer à l'alinéa f). On a craint que la prescription énoncée à l'alinéa f) ne soit interprétée à tort comme une disposition régissant l'ordre de présentation de la demande au confirmateur ou au garant/émetteur. Il a également été avancé que la disposition telle qu'elle était formulée ne traitait pas, en fait, des deux principaux problèmes qui se posaient dans le contexte de la confirmation, à savoir les droits du bénéficiaire lorsque le confirmateur recevait les documents, mais refusait de payer, et les cas où le bénéficiaire s'adressait directement au garant/émetteur pour demander paiement. Cette façon de procéder pouvait être utilisée par le bénéficiaire si, par exemple, le confirmateur était insolvable et si le bénéficiaire craignait que l'administrateur judiciaire ne restitue pas les documents en cas de non-paiement. Il a été noté qu'un rejet par le confirmateur pourrait, entre autres, poser la question de savoir si une demande ultérieure au garant/émetteur serait sujette à la date d'expiration de l'engagement ou aux règles générales en matière de prescription. Il a été noté en outre qu'un article contenant des définitions n'était pas le lieu approprié pour traiter des problèmes des droits des parties à un engagement et que, tel qu'il était actuellement libellé, le texte pourrait même être interprété à tort comme octroyant au bénéficiaire le droit d'obtenir un double paiement.

115. Pour prendre en compte les préoccupations exprimées, on a formulé des propositions tendant à supprimer en totalité ou en partie les mots "sans, toutefois, perdre son droit de demander paiement au garant/émetteur en cas de [non-paiement par le confirmateur] [rejet de la demande de paiement par le confirmateur]". En fin de compte, le Groupe de travail a décidé qu'il serait utile de conserver la déclaration de base stipulant que la demande de paiement au confirmateur en tant que telle ne priverait pas, au sens du projet de Convention, le bénéficiaire de son droit de demander paiement au garant/émetteur. Toutefois, le Groupe de travail a également décidé de supprimer le libellé suivant les mots "en cas de", jusqu'à la fin de l'alinéa. Il a été estimé que la formulation correspondante, quelle que soit la partie de l'alternative envisagée entre crochets qui serait retenue, n'était pas claire et qu'elle était de plus inutile.

116. En ce qui concerne la formulation précise de l'alinéa f), le Groupe de travail a décidé de supprimer le mot "indépendant", qui figurait dans l'expression "engagement indépendant" au début du texte et qui a été jugé redondant. Le Groupe de travail a examiné, mais n'a pas été enclin à accepter, une proposition tendant à remplacer les mots "la possibilité" par "le droit", proposition qui visait à écarter toute interprétation selon laquelle une confirmation pourrait rendre facultative la présentation des documents devant être présentés conformément à l'engagement faisant l'objet de la confirmation. Bien qu'on ait penché pour le maintien du mot "possibilité", il a été demandé au groupe de rédaction d'étudier la question, y compris la possibilité d'aligner le texte sur les formulations similaires utilisées à l'alinéa d), ainsi qu'à l'article 2. Le Groupe de travail a également renvoyé au groupe de rédaction une proposition tendant à remplacer les mots "sans, toutefois, perdre son droit de demander paiement" par "sans préjudice de son droit de demander paiement".

117. Sous réserve des changements ci-dessus, le Groupe de travail a considéré que l'alinéa f) était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Alinéa g) ("confirmateur")

118. Le Groupe de travail a considéré que l'alinéa g) était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Alinéa h) ("document")

119. Le Groupe de travail a considéré que l'alinéa h) était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Alinéa i) ("émission")

120. Le Groupe de travail a eu un échange de vues sur le sens et l'effet du membre de phrase "n'est plus sous le contrôle du garant/émetteur". On a indiqué d'emblée qu'il importait de bien préciser le sens de ce membre de phrase dans la mesure où, par exemple, le lieu d'émission pouvait déterminer la législation applicable. Des opinions divergentes ont été exprimées quant à la manière de préciser le point d'émission. Selon un avis, puisque l'engagement devenait irrévocable et était déterminé au moment où il était transmis à la partie bénéficiaire, l'émission devrait être définie en fonction du moment de la transmission. Selon un autre avis allant dans le même sens, l'émission devrait être définie en fonction du moment de la réception de l'instrument, afin de prendre en compte les cas de vol ou de perte de l'engagement ou d'autres cas où l'engagement pourrait ne plus être sous le contrôle du garant/émetteur sans qu'ait été exprimée la volonté d'être lié par l'instrument. Selon une autre proposition, pour éviter tout malentendu quant à l'émission, celle-ci devrait se produire au moment et au lieu convenus par les parties.

121. Ces propositions ont été contestées au motif que le fait de lier l'émission soit à la transmission soit à la réception de l'engagement soulèverait encore davantage de questions concernant, par exemple, le point auquel un engagement serait considéré comme ayant été transmis ou même reçu. En outre, on a fait observer que l'émission ne pouvait être liée à l'accord des parties car, dans la pratique, ce n'était pas là des questions dont les parties convenaient en général.

122. On s'est intéressé à la question de savoir comment le membre de phrase "sous le contrôle du garant/émetteur" pourrait être précisé. On a fait observer que le moment et le lieu où intervenait l'émission étaient importants car le garant/émetteur pouvait prendre des dispositions concernant l'engagement dans un établissement donné, mais l'émettre dans un autre. On a donc fait valoir que, ce qui était important, ce n'était pas l'établissement, mais le moment et le lieu auxquels l'engagement cessait d'être sous le contrôle du garant/émetteur. Cela étant, la formule suivante a été proposée : "L'émission d'un engagement se produit au moment et au lieu où l'engagement cesse d'être sous le contrôle du garant/émetteur". Après délibération, le Groupe de travail s'est mis d'accord sur une formulation de ce type et il a renvoyé la question au groupe de rédaction.

123. Selon un avis, la définition de l'émission faisait apparaître une lacune, eu égard à la décision prise par le Groupe de travail, au sujet des articles premier et 27, concernant la relation entre le lieu d'émission et l'établissement du garant/émetteur. On a fait observer que cette lacune tenait au fait que l'établissement du garant/émetteur n'était pas dans tous les cas nécessairement le lieu d'émission de l'engagement. On a indiqué, toutefois, que cette question était étroitement liée à la décision que le Groupe de travail avait déjà prise au sujet des articles premier et 27 et qu'elle devrait donc être examinée dans ce contexte.

124. On a fait valoir en s'en inquiétant que la référence au "garant/émetteur" pourrait engendrer une certaine confusion quant à la question de savoir de quel garant/émetteur il s'agissait, étant entendu que ce mot était utilisé pour désigner différentes parties à un engagement, selon le contexte. On a indiqué que, dans le contexte de l'émission, il serait utile de préciser que le garant/émetteur mentionné était le garant/émetteur "respectif" sous le contrôle duquel était l'engagement. Une question a été soulevée quant au point de savoir si cela ne signifierait pas que, dans les cas où l'émission par le garant, par exemple, dépendait d'une confirmation, on considérerait que le garant avait émis l'engagement lorsque celui-ci cessait d'être sous son contrôle, même si le confirmateur n'avait pas donné confirmation. On a fait toutefois observer que cela relevait davantage de la notion des effets de l'engagement traitée à l'article 7. Après délibération, le Groupe de travail a convenu d'ajouter un mot tel que "respectif" après les mots "garant/émetteur" et a renvoyé la question au groupe de rédaction.

125. Sous réserve des modifications convenues, le Groupe de travail a estimé que l'alinéa i) était généralement acceptable quant au fond.

CHAPITRE III. EFFETS DE L'ENGAGEMENT

Article 7. (Emission) (Etablissement) de l'engagement

126. Différentes opinions ont été exprimées quant à la question de savoir lequel des deux mots : "émission" ou "établissement" devrait être adopté dans le titre et le paragraphe 1 de l'article 7. Selon un avis, il était préférable d'utiliser le mot "émission" dans le titre et dans le paragraphe 1, étant entendu que, si le mot "émission" avait été défini à l'alinéa i) de l'article 6 et avait été utilisé dans d'autres dispositions du projet de Convention, le mot "établissement" n'avait pas été défini. On a émis l'opinion que le mot "établissement" avait le même sens, dans le contexte dans

lequel il était utilisé au paragraphe 1 de l'article 7, que le mot "émission" au paragraphe 2 du même article et que ces deux mots pouvaient donc être utilisés de façon interchangeable. Selon un avis contraire, largement partagé au sein du Groupe de travail, ces mots avaient des sens différents, dans la mesure où l'objet du paragraphe 1 était différent de celui du paragraphe 2. On a fait observer que, si le paragraphe 1 traitait de la forme de l'engagement, le paragraphe 2 concernait la détermination du moment où un engagement produisait ses effets et la question de savoir si un engagement pouvait ou non être révoqué. Selon cet avis, il était plus approprié d'utiliser le mot "établissement" au paragraphe 1, étant donné l'objet de ce paragraphe. S'agissant du titre, on a fait observer qu'il avait été convenu d'employer le mot "établissement" à une séance précédente du Groupe de travail (voir le document A/CN.9/391, par. 61). Selon une autre proposition, il fallait modifier le titre de l'article pour adopter le libellé "Forme et effets de l'engagement", utiliser le mot "émission" au paragraphe 1 et s'abstenir de modifier le paragraphe 2. A l'appui de cette proposition, on a fait observer que la formule "Forme et effets de l'engagement" était plus appropriée car elle rendait mieux compte du sujet traité par cet article.

127. Le Groupe de travail a noté que le titre du chapitre III ("Effets de l'engagement") était analogue à celui proposé pour celui de l'article 7 et il a décidé que le titre du chapitre III devrait être réexaminé ultérieurement en tenant compte de la teneur des autres articles figurant dans le chapitre III qui restaient à examiner. (voir aussi le paragraphe 133, relatif à la révision du titre et le paragraphe 132, concernant le déplacement à l'article 7 de la disposition de l'alinéa i) de l'article 6). Le Groupe de travail a convenu de conserver le mot "émission" au paragraphe 1, car il l'a jugé approprié pour exprimer la notion en question, mais il a manqué de temps, durant la session en cours, pour examiner la teneur du paragraphe 2.

* * *

Examen des projets d'articles présentés par le groupe de rédaction

Article premier. Champ d'application

128. Le Groupe de travail a approuvé l'ajout des mots "internationale" après les mots "lettre de crédit" au paragraphe 2; cet ajout avait pour objet d'éviter qu'une lettre de crédit purement nationale puisse être régie par la Convention en vertu d'une déclaration expresse d'option visée dans la disposition.

Article 2. Engagement

129. Le Groupe de travail a accepté une suggestion tendant à remplacer le mot "indiquant" au paragraphe 1, par les mots "indiquant, ou dont il peut être déduit".

Article 3. Indépendance de l'engagement

130. Le Groupe de travail a estimé que le terme "engagement" figurant à l'article 3 englobait tous les types d'engagements indépendants, y compris les contre-garanties et les confirmations; cette interprétation ressortait de la

définition du mot "engagement" à l'article 6 a). Ainsi, le Groupe de travail a convenu qu'une contre-garantie, telle qu'elle a été définie par la Convention, était indépendante tant de la garantie à laquelle elle se rapportait que de l'obligation sous-jacente. Néanmoins, afin que ce sens apparaisse encore plus clairement, le Groupe de travail a décidé d'inclure, après les mots "ni à tout autre engagement", un libellé tel que "y compris une garantie à laquelle se rapporte la contre-garantie" et un libellé analogue exprimant ce principe pour ce qui est des confirmations.

131. Le Groupe de travail a noté que les mots "domaine d'activité" ("operational purview") n'auraient sans doute pas un sens très clair dans certaines régions géographiques et étaient de plus difficiles à traduire. Aussi le Groupe de travail a-t-il envisagé de remplacer cette expression par une expression telle que : "l'exercice normal de l'activité du garant/émetteur". A ce propos, il a été jugé que le mot "normal" risquerait d'être interprété comme signifiant que l'on incluait dans la disposition des opérations qui, bien qu'inhabituelles dans la pratique bancaire, étaient normales pour le garant/émetteur en question. Il a été souligné que l'intention était de faire référence aux activités qui étaient habituelles ou typiques dans le secteur bancaire. Afin d'éviter une telle interprétation erronée, le Groupe de travail a décidé de retenir les mots suivants : "susceptible d'être constaté par un garant/émetteur dans l'exercice de son activité".

Article 6. Définitions

132. Le Groupe de travail a accepté une suggestion tendant à déplacer l'alinéa i) à l'article 7, car, sous sa forme modifiée, il s'agissait d'une règle opérationnelle plutôt que d'une définition.

Article 7. [Emission] [Etablissement] de l'engagement

133. Le Groupe de travail a convenu de modifier le titre en faisant référence à l'émission, à la forme et aux effets.

Article 17. Paiement ou rejet de la demande

134. Il a été proposé de mentionner à l'article 17-4 la disposition de l'article 16-2 concernant le délai dont dispose le garant/émetteur pour examiner une demande de paiement. Selon une autre suggestion, il faudrait expressément énoncer le caractère non impératif de l'article 17-4, afin d'éviter que cette disposition ne soit comprise comme étant impérative. On s'est également demandé s'il ne faudrait pas faire du paragraphe 4 un article distinct. Pour ce qui de ces suggestions, il a été noté que le paragraphe 4 resterait entre crochets dans l'attente d'un nouvel examen du Groupe de travail et que ces suggestions pourraient être examinées ultérieurement.

Article 19. Demande incorrecte

135. Le Groupe de travail a noté que les alinéas b), c) et d) de l'article 19-2 employaient les termes "obligation sous-jacente" et "obligation faisant l'objet de la garantie", alors que l'on donnait le même sens à ces deux expressions; aussi ces dispositions devraient-elles être harmonisées.

Article 21. Mesures judiciaires provisoires

136. Le Groupe de travail a noté que les mots "les fonds du garant/émetteur ou du bénéficiaire" avaient été remplacés par les mots "le montant de l'engagement détenu par le garant/émetteur ou le produit de la garantie payé au bénéficiaire". Des réserves ont été émises quant à cette modification et il a été convenu que l'on pourrait revenir ultérieurement sur ce point.

Articles 26 (Choix de la loi applicable)
et 27 (Détermination de la loi applicable)

137. Le Groupe de travail a convenu que l'expression "droits, obligations et exceptions relatifs à un engagement sont régis", qui figurait aux articles 26 et 27, devrait être remplacée par les mots "l'engagement est régi"; cet amendement n'avait pas pour objet d'introduire une modification de fond, mais de faciliter l'expression de la substance et de la portée de cette disposition dans les diverses langues.

TRAVAUX FUTURS

138. Le Groupe de travail a noté que sa vingt-troisième session se tiendrait à New York du 9 au 20 janvier 1995. On a fait observer que, lors de cette session, le Groupe de travail poursuivrait l'examen des articles du projet de Convention, à savoir les articles 7-2 à 27. On a également indiqué que, lors de cette même session, le Groupe de travail devrait prendre une décision au sujet du chapitre VI (Compétence), décision qui se fonderait sur un examen article par article du chapitre VI tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.83.

* * *

Notes

1/ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément N° 17 (A/43/17), par. 18.

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

3/ Ibid., quarante-huitième session, Supplément N° 17 (A/48/17), par. 273.

Annexe

Articles du projet de Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by tels que révisés à la vingt-deuxième session

CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION

Article premier. Champ d'application

1. La présente Convention s'applique à tout engagement international mentionné à l'article 2 :

- a) Si l'établissement du garant/émetteur dans lequel l'engagement a été émis est situé dans un Etat contractant, ou
- b) Si les règles du droit international privé aboutissent à l'application de la législation d'un Etat contractant,

à moins que l'engagement n'exclue l'application de la présente Convention.

2. La présente Convention s'applique aussi à une lettre de crédit internationale autre qu'une lettre de crédit stand-by s'il y est expressément mentionné qu'elle est soumise à la Convention.

3. Les dispositions des articles [24 à 25 bis,] 26 et 27 s'appliquent, que la Convention soit ou non applicable dans un cas donné conformément au paragraphe 1 du présent article.

Article 2. Engagement

1. Aux fins de la présente Convention, un engagement est un engagement indépendant, habituellement désigné sous le nom de garantie indépendante ou lettre de crédit stand-by, pris par une banque ou une autre institution ou personne ("garant/émetteur"), de payer au bénéficiaire un certain montant ou un montant déterminable sur simple demande ou sur présentation d'autres documents, conformément aux termes et à toutes conditions documentaires de l'engagement, indiquant, ou dont il peut être déduit, que le paiement est dû en raison de la non-exécution d'une obligation, ou pour toute autre éventualité, ou en raison d'un prêt ou d'une avance d'argent ou du fait de l'arrivée à échéance d'une dette du donneur d'ordre ou d'une autre personne.

2. L'engagement peut être pris :

- a) A la demande ou sur les instructions du client ("donneur d'ordre") du garant/émetteur;
- b) Sur les instructions d'une autre banque, d'un autre établissement ou d'une autre personne ("partie ordonnatrice") agissant à la demande de son client ("donneur d'ordre"); ou
- c) Pour le compte du garant/émetteur lui-même.

3. Il peut être stipulé dans l'engagement que le paiement sera effectué sous toute forme, y compris :

- a) Par paiement dans une monnaie ou unité de compte spécifiée;
- b) Par acceptation d'une lettre de change (traite);
- c) Par paiement différé;
- d) Par la fourniture d'un article de valeur spécifié.

4. Il peut être stipulé dans l'engagement que le garant/émetteur lui-même est le bénéficiaire lorsqu'il agit pour une autre personne.

Article 3. Indépendance de l'engagement

Aux fins de la présente Convention, un engagement est indépendant lorsque l'obligation du garant/émetteur envers le bénéficiaire n'est pas subordonnée à l'existence ou à la validité d'une opération sous-jacente, ni à tout autre engagement (y compris une garantie, une lettre de crédit stand-by ou garantie indépendante à laquelle se rapporte une confirmation ou une contre-garantie), ni à tout terme ou condition ne figurant pas dans l'engagement, ni à tout acte ou fait futur et incertain, à l'exception de la présentation de documents ou d'un autre acte ou fait de même nature susceptible d'être constaté par un garant/émetteur dans l'exercice de son activité.

Article 4. Internationalité de l'engagement

1. Un engagement est international si les établissements, tels qu'ils sont spécifiés dans l'engagement, de deux des personnes suivantes sont situés dans des Etats différents : garant/émetteur, bénéficiaire, donneur d'ordre, partie ordonnatrice, confirmateur.

2. Aux fins du paragraphe précédent :

- a) Si l'engagement mentionne plus d'un établissement pour une personne donnée, l'établissement à prendre en considération est celui qui présente la relation la plus étroite avec l'engagement;
- b) Si l'engagement ne spécifie pas d'établissement pour une personne donnée, mais indique sa résidence habituelle, cette résidence est à prendre en considération pour la détermination du caractère international de l'engagement.

CHAPITRE II. INTERPRETATION

Article 5. Principes d'interprétation

Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et d'assurer le respect de la bonne foi dans la pratique internationale en matière de garantie indépendante et de lettre de crédit stand-by.

Article 6. Définitions

Aux fins de la présente Convention et sauf disposition contraire de ladite Convention, ou à moins que le contexte ne s'y oppose :

- a) Le terme "engagement" inclut une "contre-garantie" et la "confirmation d'un engagement";
- a) bis Le terme "garant/émetteur" inclut le "contre-garant" et le "confirmateur";
- b) [supprimé]
- c) [supprimé]
- d) Le terme "contre-garantie" désigne un engagement pris envers le garant/émetteur d'un autre engagement par sa partie ordonnatrice et prévoyant un paiement sur simple demande ou sur présentation d'autres documents, conformément aux termes et à toutes conditions documentaires de l'engagement, indiquant, ou dont il peut être déduit, que le paiement en vertu de cet autre engagement a été demandé à la personne émettant cet autre engagement ou effectué par elle;
- e) Le terme "contre-garant" désigne la personne qui émet une contre-garantie;
- f) Le terme "confirmation" d'un engagement désigne un engagement s'ajoutant à celui du garant/émetteur, et autorisé par le garant/émetteur, donnant au bénéficiaire la possibilité de demander paiement au confirmateur, au lieu du garant/émetteur, sur simple demande ou sur présentation d'autres documents, conformément aux termes et à toutes conditions documentaires de l'engagement confirmé, sans préjudice du droit du bénéficiaire à demander paiement au garant/émetteur;
- g) Le terme "confirmateur" désigne la personne confirmant un engagement;
- h) Le terme "document" désigne une communication faite sous une forme permettant d'en préserver un enregistrement complet;
- i) [déplacé à l'article 7]
- j) [supprimé]

[CHAPITRE III. EFFETS DE L'ENGAGEMENT]

Article 7. Forme et effets de l'engagement

(nouveau 1) L'"émission" d'un engagement se produit au moment et au lieu où l'engagement cesse d'être sous le contrôle du garant/émetteur intéressé.

1. Un engagement peut-être émis sous toute forme qui préserve un enregistrement complet du texte dudit engagement et qui permet une authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou par une procédure convenue entre le garant/émetteur et le bénéficiaire.

CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS

Article 17. Paiement ou rejet de la demande

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article, le garant/émetteur effectue le paiement en cas de demande conforme aux dispositions de l'article 14. Après qu'il a été déterminé que la demande de paiement est conforme auxdites dispositions, le paiement est effectué promptement, à moins que l'engagement ne prévoie un paiement différé, auquel cas le paiement est effectué à la date stipulée.

1 bis. Tout paiement comme suite à une demande qui n'est pas conforme aux dispositions de l'article 14 est sans préjudice des droits du donneur d'ordre.

2. Si le garant/émetteur est informé de faits qui rendent la demande manifestement et clairement incorrecte en vertu de l'article 19 et que, pour cette raison, le paiement ne serait pas de bonne foi, il s'abstient de payer.

3. Si le garant/émetteur rejette la demande, il en donne promptement avis au bénéficiaire par télétransmission ou, si cela est impossible, par tout autre moyen rapide. Sauf disposition contraire de l'engagement, l'avis de rejet est motivé.

[4. Le garant/émetteur ne peut, pour rejeter la demande, invoquer un élément de non-conformité des documents qui n'a pas été notifié au bénéficiaire conformément aux dispositions du paragraphe 3 du présent article.]

Article 19. Demande incorrecte

1. Une demande de paiement est incorrecte si :

- a) Tout document n'est pas authentique ou a été falsifié;
- b) Aucun paiement n'est dû sur la base des motifs invoqués dans la demande et des documents joints; ou
- c) Eu égard au type et à l'objet de l'engagement, la demande n'a pas de justification concevable.

2. Au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 du présent article, les types de situation dans lesquels une demande n'a pas de justification concevable sont notamment les suivants :

- a) L'éventualité ou le risque contre lequel l'engagement est supposé protéger le bénéficiaire ne s'est indubitablement pas matérialisé;
- b) L'obligation sous-jacente du donneur d'ordre a été déclarée invalide par un tribunal ou un tribunal arbitral, sauf s'il est indiqué dans l'engagement que cette éventualité relève du risque que l'engagement devait couvrir;
- c) L'obligation sous-jacente a indubitablement été acquittée à la satisfaction du bénéficiaire;
- d) Il apparaît clairement que l'exécution de l'obligation sous-jacente a été empêchée du fait d'une faute intentionnelle de la part du bénéficiaire.

Article 20. Compensation

Sauf disposition contraire de l'engagement ou convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, le garant/émetteur peut s'acquitter de l'obligation de paiement résultant de l'engagement en se prévalant d'un droit à compensation, sauf s'il invoque une créance qui lui a été cédée par le donneur d'ordre.

CHAPITRE V. MESURES JUDICIAIRES PROVISOIRES

Article 21. Mesures judiciaires provisoires

1. Lorsque, sur requête du donneur d'ordre ou de la partie ordonnatrice, il apparaît qu'il existe une forte probabilité qu'une demande présentée ou susceptible d'être présentée par le bénéficiaire est incorrecte, le tribunal peut, sur la base d'éléments de preuve sérieux immédiatement disponibles, prononcer une mesure provisoire ou conservatoire tendant à ce que le bénéficiaire ne reçoive pas le paiement ou à ce que le montant de l'engagement détenu par le garant/émetteur ou le produit de la garantie payé au bénéficiaire soient bloqués, en prenant en considération le risque de préjudice grave que le donneur d'ordre courrait à défaut d'une telle mesure.

2. [supprimé]

3. Lorsqu'il prononce une mesure provisoire ou conservatoire visée au paragraphe 1 du présent article, le tribunal peut demander au requérant de fournir la forme de garantie qu'il jugera appropriée.

4. Le tribunal ne peut prononcer une mesure provisoire ou conservatoire du type visé au paragraphe 1 du présent article pour toute objection au paiement autre que le caractère incorrect de la demande ou l'utilisation de l'engagement à des fins illégales.

CHAPITRE VII. CONFLIT DE LOIS

Article 26. Choix de la loi applicable

L'engagement est régi par la loi désignée par le garant/émetteur et le bénéficiaire. Cette désignation peut être énoncée dans l'engagement ou convenue par ailleurs, ou elle peut être démontrée par les termes et conditions de l'engagement.

Article 27. Détermination de la loi applicable

Faute du choix d'une loi conformément à l'article 26, l'engagement est régi par la loi de l'Etat où le garant/émetteur a l'établissement dans lequel l'engagement a été émis.

* * *