



NATIONS UNIES

ASSEMBLEE
GENERALE



Distr. GENERALE

A/CN.9/362/Add.12
18 mars 1992

FRANCAIS

Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Vingt-cinquième session
New York, 4-22 mai 1992

OPERATIONS INTERNATIONALES D'ECHANGES COMPENSES

Projet de guide juridique pour les opérations internationales
d'échanges compensés

Rapport du Secrétaire général

Additif

XII. GARANTIE DE BONNE EXECUTION

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>
A. Remarques générales	1 - 6
B. Dispositions relatives à la garantie dans l'accord d'échanges compensés	7 - 39
1. Choix du garant	10 - 16
2. Conditions d'obtention du paiement de la garantie	17 - 22
3. Montant de la garantie et réduction du montant	23 - 26
4. Moment de l'établissement de la garantie	27 - 30
a) Lors de l'entrée en vigueur de l'accord d'échanges compensés ou peu de temps après	27 - 28
b) Plus tard, durant la période d'exécution	29 - 30
5. Durée de la garantie	31 - 36
a) Date d'expiration	31 - 33
b) Renvoi de l'instrument de garantie	34
c) Prolongation	35 - 36
6. Modification ou résiliation de l'accord d'échanges compensés	37 - 39
C. Garantie couvrant un déséquilibre des échanges	40 - 48
1. Garantie des expéditions dans une direction	43 - 47
2. Garanties mutuelles	48

[Note des rédacteurs : Le présent projet de chapitre est une version révisée du projet de chapitre XII, "Garantie de bonne exécution", publié sous la cote A/CN.9/332/Add.7. La note placée entre crochets au début de chaque paragraphe indique qu'il s'agit d'un nouveau paragraphe ou rappelle le numéro sous lequel ce paragraphe figurait dans le document A/CN.9/332/Add.7. Les révisions de paragraphes qui figuraient dans le document A/CN.9/332/Add.7 sont soulignées. Un astérisque indique les endroits où un passage a été supprimé sans être remplacé par un nouveau texte.]

A. Remarques générales

1. [1] Le présent chapitre est axé sur les garanties (qui reçoivent également d'autres appellations dans la pratique) assurant, dans le cadre d'une opération d'échanges compensés, l'engagement d'échanges compensés. Les garanties assurant l'exécution de contrats de fourniture individuels ne sont pas expressément traitées car elles ne posent pas de problèmes propres aux échanges compensés. Dans une opération donnée d'échanges compensés, les garanties peuvent être utilisées pour assurer l'obligation d'acheter des marchandises, l'obligation de fournir des marchandises ou ces deux obligations à la fois. Parfois, une garantie vient assurer l'engagement d'échanges compensés en garantissant un paiement au titre d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale dans le cadre dudit engagement. Les garanties peuvent également être utilisées afin de remédier à des déséquilibres dans les échanges de marchandises (par. 40 à 48 ci-dessous).

2. [2] Le fait d'exiger une garantie peut présenter un avantage de caractère général : empêcher des parties qui ne seraient pas fiables ou qui ne disposeraient pas de ressources financières suffisantes de participer à une opération d'échanges compensés. Les organismes de garantie effectuent en général des enquêtes approfondies sur la partie dont ils doivent garantir les obligations et ne fourniront une telle garantie que lorsqu'ils ont de bonnes raisons de croire que ladite partie pourra s'acquitter effectivement de son obligation. Cela peut être particulièrement intéressant pour les importateurs ou exportateurs qui ne seraient pas à même de déterminer si un partenaire est fiable.

3. [3] Selon ses conditions, une garantie peut être soit indépendante de l'obligation principale, soit accessoire. Dans une garantie indépendante, le garant est tenu de payer lorsque la partie à laquelle l'obligation principale est due (le "bénéficiaire") lui présente la demande de paiement et tout autre document supplémentaire requis selon les conditions de la garantie. Un document requis peut être, par exemple, une déclaration d'un bénéficiaire selon laquelle la partie qui a fait établir la garantie (le "donneur d'ordre") n'a pas respecté l'obligation principale, une déclaration du bénéficiaire précisant les circonstances qui constituent la non-exécution, ou un certificat ou une décision d'un tiers indiquant que l'obligation principale n'a pas été respectée. Ce tiers, désigné dans la garantie ou conformément à la garantie, peut être, par exemple, un expert, un organe de contrôle, un tribunal arbitral ou un tribunal judiciaire. Avec une garantie indépendante, le bénéficiaire est assuré, sur présentation de la demande et de tout document requis, d'être promptement payé même s'il subsiste un désaccord entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire quant au respect de l'obligation principale. Pour déterminer

s'il doit ou non payer, le garant n'a pas à enquêter pour savoir si l'obligation principale n'a effectivement pas été exécutée, mais doit seulement vérifier si la demande de paiement et tout document justificatif sont conformes aux conditions spécifiées dans la garantie. (On examine plus avant la question de savoir quelles peuvent être les conditions de paiement au paragraphe 18 ci-après.) S'il y a litige sur la question de savoir si le donneur d'ordre est en droit de récupérer le montant payé au motif que l'obligation principale a bien été respectée, ce litige sera réglé dans le cadre d'une procédure ultérieure entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Même si l'obligation de payer incombant au garant est indépendante de l'obligation principale, la demande de paiement formulée par le bénéficiaire au titre de la garantie peut, dans des circonstances exceptionnelles, être exclue par la loi applicable à la garantie, notamment lorsque la demande du bénéficiaire est frauduleuse.

4. [4] Dans le cas d'une garantie accessoire, le garant ne doit payer que lorsque le donneur d'ordre ne s'est effectivement pas acquitté de l'obligation garantie. Les garanties accessoires sont appelées dans les lois nationales "cautionnement", "suretyship", "fianza" ou "Bürgschaft". Le garant doit, avant de payer, vérifier si l'obligation principale a été ou non exécutée, afin de déterminer si la demande est justifiée; il est normalement habilité à invoquer tous les moyens de défense que le donneur d'ordre peut invoquer à l'encontre du bénéficiaire.

5. [5] Le présent chapitre ne traite que des garanties indépendantes, ce qui ne doit pas être interprété comme une préférence pour ce type de garantie. En général, ce sont les garanties indépendantes qui sont utilisées pour assurer des obligations énoncées dans l'accord d'échanges compensés. Si les donneurs d'ordre préfèrent en général les garanties accessoires, les bénéficiaires répugnent normalement à accepter de telles garanties en raison des retards possibles dans l'obtention du paiement. En outre, les garants, notamment les banques, tendent à préférer les garanties indépendantes, car elles ne souhaitent pas avoir à enquêter pour déterminer si l'obligation principale a été acquittée. Si les divers régimes juridiques régissant les garanties accessoires sont bien définis, les garanties indépendantes, qui sont essentiellement une création de la pratique bancaire et commerciale, ne sont pas encore fermement établies dans toutes les législations nationales et elles ne sont pas reconnues uniformément.

6. [6] Dans certains pays, les banques émettent des "lettres de crédit stand-by" qui sont l'équivalent fonctionnel des garanties indépendantes. Aussi l'examen dans le guide juridique des garanties assurant l'exécution des obligations du donneur d'ordre vaut-il également pour les lettres de crédit stand-by.

B. Dispositions relatives à la garantie dans l'accord d'échanges compensés

7. [7] Lorsque les parties décident de recourir à une garantie pour assurer l'engagement d'échanges compensés, elles doivent inclure dans l'accord certaines dispositions fondamentales concernant l'émission et les conditions de la garantie. Les parties peuvent également vouloir envisager de joindre en annexe à l'accord un formulaire de garantie à employer par l'émetteur pour l'établissement de la garantie. Lors de l'élaboration des conditions de la

future garantie dans le cadre d'un accord d'échanges compensés, les parties devraient s'assurer que la formulation convenue sera acceptée par le garant.

8. [8] Normalement, c'est l'obligation de la partie s'engageant à acheter qui fait l'objet d'une garantie. Cela parce que l'objectif essentiel de cette partie, lorsqu'elle accepte un engagement d'échanges compensés, est d'assurer la vente de ses propres marchandises, plutôt que d'obtenir des marchandises de l'autre partie. Lorsque la partie qui s'est engagée à acheter les marchandises est particulièrement désireuse d'obtenir ces marchandises, l'engagement pris par le fournisseur de conclure un contrat de fourniture des marchandises convenues peut faire l'objet d'une garantie. Ainsi qu'on l'a noté au paragraphe 1, dans certains cas, l'accord d'échanges compensés peut stipuler que l'acheteur comme le fournisseur doivent obtenir des garanties à l'appui de leur engagement. Lorsque les parties à l'accord prévoient qu'un tiers pourra prendre en charge l'engagement d'échanges compensés, elles voudront peut-être étudier si la garantie devrait être obtenue par le tiers en question ou par la partie s'étant engagée à l'origine (voir chap. VIII, "Participation de tiers").

9. [9] Lorsque la garantie vient assurer l'obligation du donneur d'ordre au titre d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale, la question de savoir si un paiement au titre de la garantie libérera le donneur d'ordre de son obligation de s'acquitter de l'engagement d'échanges compensés ou de sa responsabilité pour tout préjudice au-delà du montant de la garantie sera réglée par les dispositions de ces clauses et par les règles qui leur sont applicables (voir chap. XI, "Dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales", sect. B et C). Lorsque la garantie ne s'inscrit pas dans le cadre d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale et que les parties souhaitent, comme c'est parfois le cas, que le paiement de la garantie ait pour conséquence de libérer le donneur d'ordre de son engagement d'échanges compensés ou de sa responsabilité pour tout préjudice dépassant le montant payé en vertu de la garantie, elles devraient le préciser dans l'accord d'échanges compensés. Sans une disposition à cet effet, on ne saurait conclure que le paiement de la garantie libérera le donneur d'ordre de son engagement d'échanges compensés ou de toute responsabilité en cas de préjudice. Il conviendrait en outre de noter que le fait que l'obligation est assurée par une garantie ne donne pas à la partie qui s'est engagée la possibilité de choisir entre exécuter l'obligation contractuelle principale et faire verser le montant de la garantie.

1. Choix du garant

10. [10] Il sera peut-être bon de spécifier dans l'accord d'échanges compensés un garant qui soit acceptable par les deux parties. Ainsi le bénéficiaire pourra-t-il s'assurer que la garantie sera émise par un garant qui dispose des ressources financières requises et qui est acceptable à tous autres égards. La spécification du garant peut être utile aux deux parties en ce sens qu'elle limitera les désaccords ultérieurs et leur permettra de connaître dès le départ le coût de la garantie.

11. [11] Si le garant n'est pas spécifié au moment de la conclusion de l'accord d'échanges compensés, les parties peuvent stipuler, par exemple, que le garant sera une banque de renom, sera acceptable au bénéficiaire ou sera une institution du pays d'origine de l'une ou l'autre partie.

12. [12] Le bénéficiaire peut souhaiter que la garantie soit émise par une institution de son pays d'origine, car il pourrait sans doute lui être plus aisé de faire exécuter une demande de paiement adressée à une telle institution plutôt qu'à une institution étrangère. Toutefois, le recours à un garant local pourrait présenter des inconvénients, dans la mesure où le donneur d'ordre ne pourrait alors s'adresser à un garant avec lequel il a des relations établies et qui pourrait fournir la même garantie à moindre coût. Par ailleurs, il peut arriver que le garant dans le pays du bénéficiaire exige que le remboursement de tout paiement fait au titre de la garantie soit garanti par une banque agissant au nom du donneur d'ordre, ce qui peut entraîner des dépenses supplémentaires (voir par. 14 ci-après).

13. [13] Dans certains Etats, les règles impératives applicables au bénéficiaire stipulent qu'une garantie ne peut être acceptée que si elle est émise par une institution financière du pays ou une institution financière autorisée à émettre des garanties prévoyant un paiement en devises étrangères, ou si le choix du garant est approuvé par les autorités compétentes.

14. [Nouveau paragraphe] Lorsque la garantie doit être émise par une banque dans le pays du bénéficiaire, souvent celle-ci ne l'émettra que si le remboursement est garanti par l'émission d'une contre-garantie. La contre-garantie autorise la banque qui émet la garantie à demander au contre-garant un prompt remboursement conformément aux conditions de la contre-garantie. La contre-garantie sera souvent émise par la banque du donneur d'ordre qui a donné pour instruction au garant d'émettre la garantie.

15. [Nouveau paragraphe] Une condition similaire - à savoir, que le paiement soit garanti par une banque dans le pays du bénéficiaire - peut s'appliquer lorsque la garantie prend la forme d'une lettre de crédit stand-by. Cette condition peut être remplie par la confirmation donnée par une banque locale de la lettre de crédit stand-by émise par une banque étrangère. La banque confirmatrice sera alors remboursée par la banque émettrice. En outre une garantie est parfois confirmée par une banque dans le pays du bénéficiaire. Dans le cas d'une lettre de crédit stand-by confirmée comme dans celui d'une garantie confirmée, le bénéficiaire a le choix entre demander le paiement à la banque confirmatrice et le demander à la banque émettrice.

16. [14] Dans certains cas, c'est la partie dont l'engagement d'échanges compensés doit être garanti qui s'engage à payer une somme d'argent, appelée "garantie", pour assurer l'engagement d'échanges compensés ou le paiement de dommages-intérêts spécifiés ou de pénalités. L'effet d'une telle "garantie" est le suivant : la partie-garant promet de payer l'autre partie en application des conditions de la garantie sans invoquer de moyens de défense qu'un garant-tiers n'aurait pas pu invoquer et c'est à la partie-garant d'intenter une action en remboursement des sommes versées s'il apparaît que l'obligation principale n'a pas été violée. Une telle garantie pourrait être acceptable par le bénéficiaire à condition qu'elle soit indépendante de l'opération principale et soit émise par une entité dont l'intégrité commerciale et la surface financière sont considérées par le bénéficiaire comme irréprochables. Toutefois, il n'apparaît pas clairement qu'une telle garantie donne au bénéficiaire des droits venant s'ajouter à ceux qui découlent de l'obligation garantie.

2. Conditions d'obtention du paiement de la garantie

17. [15] L'accord d'échanges compensés devrait énoncer clairement les conditions qui doivent être remplies pour que le garant soit tenu de payer, en indiquant notamment tous documents qui devront être soumis à l'appui de l'appel en garantie. Le manque de clarté accroît les risques de litiges dus à l'incertitude quant à la conformité des documents présentés par le bénéficiaire aux conditions de la garantie.

18. [16] Les conditions d'une garantie indépendante peuvent énoncer qu'une demande de paiement suffit, mais une condition supplémentaire peut être que la demande doit être accompagnée d'une déclaration du bénéficiaire concernant la non-exécution de l'obligation. Une déclaration générale à cet effet peut être suffisante. Le bénéficiaire peut aussi être tenu de donner davantage de détails, notamment sur la nature du non-respect de son obligation par le donneur d'ordre, et de faire valoir qu'il a droit au paiement de la somme demandée et que cette somme n'a pas encore été payée. Outre la demande de paiement, le bénéficiaire peut être tenu de présenter un document émis par un tiers relatif à la défaillance du donneur d'ordre; ce document peut être, par exemple, une attestation d'un expert indépendant, une sentence arbitrale ou une décision d'un tribunal de première instance faisant état de cette défaillance. La garantie peut stipuler que la déclaration d'un tiers ne sera pas nécessaire si le donneur d'ordre admet par écrit sa défaillance. Dans tous ces cas, le garant s'assure simplement que les documents sont conformes a priori aux conditions de la garantie et n'est pas tenu d'enquêter sur l'opération sous-jacente. En particulier, il n'a pas à vérifier si les déclarations figurant dans un document sont fondées.

19. [17] Parfois, les parties conviennent que le bénéficiaire doit notifier au donneur d'ordre son intention d'invoquer la garantie et que l'appel en garantie ne peut être fait avant l'expiration d'un délai spécifié suivant la notification. L'objet d'une telle exigence est de permettre au donneur d'ordre de remédier à un manquement ou de régler un désaccord. Selon une condition corollaire, le bénéficiaire sera tenu de soumettre avec la demande de paiement une preuve documentaire attestant que notification a été faite au donneur d'ordre.

20. [18] Lorsque la garantie assure l'obligation de paiement en vertu d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale, les parties voudront peut-être stipuler, parmi les conditions de paiement, que le bénéficiaire doit présenter une déclaration indiquant que le paiement était dû en application de la clause de dommages-intérêts spécifiés ou de la clause pénale.

21. [19] Outre les conditions documentaires, une garantie énonce en général des conditions ne se rattachant pas à l'exécution de l'obligation principale. Ces conditions, qui ne supposent pas la présentation d'un document, portent le plus souvent sur le délai dans lequel une demande doit être présentée, le montant de la garantie et l'établissement du garant dans lequel la demande doit être présentée.

22. [20] Il est souhaitable que l'accord d'échanges compensés non seulement spécifie l'accord des parties concernant la garantie, mais stipule également que le bénéficiaire n'est habilité à demander le paiement de la garantie que

s'il y a effectivement défaut d'exécution de l'engagement. Une telle disposition peut faciliter le remboursement au donneur d'ordre de tout préjudice subi au cas où une demande de paiement est acceptée sans qu'il y ait eu violation de l'obligation principale.

3. Montant de la garantie et réduction du montant

23. [21] Les parties devraient convenir du montant de la garantie, ainsi que de la monnaie dans laquelle elle sera libellée et payable. Le montant est exprimé sous forme d'un montant spécifié ou d'un pourcentage de la valeur de l'engagement non encore exécuté. Si la garantie doit assurer un paiement au titre d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale, la clause de garantie figurant dans l'accord d'échanges compensés peut prévoir que la garantie couvre le paiement de la totalité des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité, ou d'une portion seulement. Les dommages-intérêts spécifiés ou la pénalité peuvent eux-mêmes représenter un pourcentage donné de l'engagement d'échanges compensés non exécuté. (En ce qui concerne le montant des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité, voir la section D du chapitre XI.)

24. [22] Lorsqu'elles détermineront le montant de la garantie ou des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité couverts par la garantie, les parties pourront tenir compte de facteurs tels que l'importance du préjudice qui risque d'être subi en cas de non-exécution et le risque de non-exécution, ainsi que les limites que les garants observent en général dans le cadre de contrats similaires. La facilité avec laquelle le paiement de la garantie pourrait être obtenu est également un facteur à prendre en considération. A ce propos, le bénéficiaire peut en général accepter un compromis. Plus les conditions de garantie sont proches de celles d'une garantie à première demande, et donc plus il sera facile d'obtenir paiement, moins le donneur d'ordre pourrait être disposé à fournir une garantie couvrant un pourcentage élevé de l'engagement d'échanges compensés. Par contre, si les conditions documentaires sont plus difficiles à remplir lorsque le donneur d'ordre n'a pas contrevenu à son engagement (par exemple, dans le cas où une sentence arbitrale ou une décision judiciaire doit être présentée), le donneur d'ordre pourrait être disposé à convenir d'un montant plus élevé pour la garantie.

25. [23] Les parties voudront peut-être inclure parmi les conditions de la garantie un mécanisme permettant d'en réduire le montant au fur et à mesure de l'exécution de l'engagement d'échanges compensés. La réduction de ce montant aurait pour avantage de réduire les risques que fait courir la garantie et peut-être donc le coût de cette garantie. Si la garantie assure le paiement de dommages-intérêts spécifiés ou d'une pénalité, les dispositions relatives à sa réduction devraient être conformes à tout mécanisme de réduction applicable au montant des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité.

26. [24] Il est souhaitable que le mécanisme de réduction soit fondé sur la présentation au garant de documents spécifiés attestant l'exécution de l'engagement d'échanges compensés, sans que ledit garant ne soit tenu de vérifier dans quelle mesure ledit engagement a été exécuté. Il peut s'agir de documents d'expédition, de copies de contrats de fourniture, de commandes, de certificats libératoires ou d'autres documents attestant de l'exécution de l'engagement. Les parties pourront également juger utile de stipuler qui doit émettre les documents et quelle est la partie responsable de leur expédition

au garant. Lorsque la période d'exécution de l'engagement est divisée en sous-périodes, les parties voudront peut-être stipuler que la garantie sera réduite du montant alloué à chaque sous-période et non demandé durant le délai convenu.

4. Moment de l'établissement de la garantie

a) Lors de l'entrée en vigueur de l'accord d'échanges compensés ou peu de temps après

27. [25] Il est conseillé aux parties de convenir du moment où la garantie doit être émise. Les parties peuvent convenir par exemple, que la garantie sera émise en faveur du bénéficiaire lorsque l'accord d'échanges compensés entrera en vigueur ou peu de temps après (par exemple, 30 jours après l'entrée en vigueur dudit accord). Les parties peuvent obtenir l'assurance que la garantie sera établie à la date convenue en stipulant que l'accord d'échanges compensés n'entrera pas en vigueur si la garantie n'est pas établie ou que le donneur d'ordre sera considéré comme n'ayant pas respecté son engagement d'échanges compensés si la garantie n'est pas établie dans le délai convenu.

28. [26] Lorsqu'un contrat dans une direction (contrat d'exportation) est conclu en même temps que l'accord d'échanges compensés, les parties pourront convenir que l'émission d'une garantie assurant l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sera une condition de l'entrée en vigueur du contrat d'exportation. Une telle disposition permettrait à l'importateur de ne pas être lié par le contrat d'exportation avant l'émission d'une garantie assurant l'engagement d'échanges compensés.

b) Plus tard, durant la période d'exécution

29. [27] Les parties pourront convenir qu'il n'y aurait lieu d'établir la garantie qu'à une certaine date durant la période d'exécution, si, à cette date, l'exécution de l'engagement n'était pas encore achevée. La date convenue peut être, par exemple, trois mois avant la fin de la période d'exécution, ou trois mois avant la fin de chaque segment annuel lorsque le calendrier d'exécution couvre plusieurs années. Cette approche présente l'avantage suivant : le montant de la garantie peut être calculé en pourcentage de l'engagement d'échanges compensés non exécuté. En calculant le montant de la garantie sur la base des opérations non effectuées, plutôt que de l'ensemble de l'engagement d'échanges compensés, et en limitant la durée pendant laquelle la garantie est en vigueur, on réduira sans doute le risque encouru dans le cadre de la garantie, ainsi que le coût de cette dernière.

30. [28] Puisqu'une telle approche expose le bénéficiaire au risque que la garantie ne soit pas établie, les parties voudront peut-être convenir des droits du bénéficiaire au cas où cela se produirait. Il peut être convenu que le bénéficiaire sera habilité à considérer l'engagement d'échanges compensés comme rompu et à demander paiement en application d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale. En outre, il pourra être convenu que le bénéficiaire aura le droit de déduire le montant des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité de tout montant dû en vertu du contrat d'exportation après le défaut d'établissement de la garantie.

5. Durée de la garantie

a) Date d'expiration

31. [29] Il est souhaitable que les parties se mettent d'accord sur la clause à inclure dans la garantie au sujet de la durée pendant laquelle la garantie restera en vigueur. Il convient de noter que, la garantie étant indépendante de l'accord d'échanges compensés, la clause de cet accord relative à la période de validité de la garantie ne déterminera pas la durée de la garantie, cette durée étant spécifiée dans la garantie elle-même. Les garanties énoncent généralement une date d'expiration fixe. Une autre possibilité serait de prévoir une garantie sans date limite spécifiée, qui ne serait annulée que lorsque l'engagement d'échanges compensés aurait été exécuté ou lorsque la partie s'étant engagée serait de toute autre manière libérée (voir chap. IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 35 à 37). On notera que la plupart des garants ne seront disposés à émettre une garantie que si la date d'expiration est déterminée. On notera aussi que la législation de certains Etats contient des règles impératives régissant la période de validité des garanties.*

32. [30] Il est bon que la date d'expiration de la garantie intervienne après la fin de la période d'exécution de l'engagement d'échanges compensés. Un délai entre l'expiration de la période d'exécution et l'expiration de la garantie (par exemple 30 jours) permettra au bénéficiaire d'attendre la conclusion des contrats de fourniture jusqu'à l'achèvement de la période d'exécution sans avoir à renoncer à la possibilité de demander paiement de la garantie. En outre, le bénéficiaire pourra, à son gré, autoriser des retards mineurs de la part du donneur d'ordre dans l'exécution de l'engagement d'échanges compensés sans renoncer à la possibilité de demander le paiement de la garantie. Dans le même temps, l'intervalle, s'il est maintenu relativement bref, permettra au garant de se libérer de sa responsabilité dans un délai relativement bref après la non-exécution supposée de l'engagement d'échanges compensés. Les parties voudront peut-être également utiliser une telle approche pour ce qui est des garanties couvrant des sous-périodes de la période d'exécution.

33. [Nouveau paragraphe] Faute de disposition définissant dans la garantie l'effet de la date d'expiration, l'interprétation largement répandue est qu'une demande de paiement, accompagnée de tous documents éventuellement requis, doit être faite à la date d'expiration ou avant et que, par conséquent, le garant n'est pas tenu de donner suite à une demande faite après cette date. Cependant, selon l'interprétation des tribunaux de certaines juridictions, sauf disposition contraire, la demande de paiement peut valablement être faite après la date d'expiration, à condition que l'éventualité visée par la garantie donnée se soit produite à la date de paiement ou avant. En vertu d'une telle interprétation, une demande de paiement peut être faite soit dans un délai raisonnable après la date d'expiration soit, selon certains tribunaux, même lorsqu'il y a prescription.

[31]*

b) Renvoi de l'instrument de garantie

34. [32] Dans certains Etats, une garantie peut rester en vigueur même après la date d'expiration si l'instrument de garantie n'est pas retourné par le bénéficiaire. L'accord d'échanges compensés devrait donc disposer que le bénéficiaire est tenu de retourner la garantie promptement après l'exécution de l'obligation garantie. Toutefois, cette condition devrait être rédigée de manière que l'on ne puisse pas déduire que, si la garantie n'est pas retournée, elle restera en vigueur même après la date d'expiration.

c) Prolongation

35. [33] Pour diverses raisons, le délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés peut être prolongé et se poursuivre au-delà de la date d'expiration de la garantie (voir chap. IV, "Engagement d'échanges compensés", par. 13 à 16, concernant la prolongation du délai d'exécution). L'accord d'échanges compensés pourrait stipuler que, si la période d'exécution est prolongée, le donneur d'ordre sera tenu de faire en sorte, dans un délai raisonnable, que la garantie soit prolongée d'autant. On pourra aussi prévoir que la garantie sera automatiquement prolongée en cas de prolongation de la période d'exécution de l'engagement d'échanges compensés convenue par les parties. Toutefois, une telle disposition ne serait peut-être pas acceptable au garant, qui ne tiendrait pas à être lié par une garantie dont la durée serait fonction d'un accord auquel il ne serait pas partie.

36. [34] Pour ce qui est du coût de la prolongation de la période de validité de la garantie, les parties voudront peut-être convenir que la partie responsable de la prolongation de la période d'exécution serait tenue de supporter les coûts d'une prolongation de la période de garantie.

6. Modification ou résiliation de l'accord d'échanges compensés

37. [35] Dans les législations nationales qui reconnaissent un accord des parties tendant à établir une garantie indépendante, une telle garantie restera en vigueur conformément aux conditions stipulées, quelles que soient les modifications subies par l'engagement principal. Si une modification du contrat principal risque d'empêcher d'obtenir les documents requis pour appuyer une demande de paiement au titre de la garantie indépendante, il faudrait s'assurer que la modification du contrat principal entraînera une modification correspondante des conditions de la garantie.

38. [36] Dans certaines législations nationales qui ne reconnaissent pas entièrement les garanties indépendantes, une modification de l'engagement principal peut avoir pour conséquence de libérer le garant; dans d'autres législations nationales, on pourra juger que la garantie ne couvre que l'engagement du donneur d'ordre tel que défini à la date de l'émission de la garantie. Afin d'éviter tout problème, les parties pourront stipuler que la garantie restera en vigueur même si l'accord d'échanges compensés est modifié.

39. [37] La modification de l'accord d'échanges compensés peut avoir pour conséquence d'augmenter la responsabilité du donneur d'ordre au-delà du montant de la garantie. Les parties voudront peut-être stipuler dans l'accord d'échanges compensés que, dans un tel cas, le donneur d'ordre sera tenu de veiller à ce que le montant de la garantie soit modifié en conséquence.

C. Garantie couvrant un déséquilibre des échanges

40. [38] Les parties peuvent convenir que des marchandises seront expédiées en échange d'autres marchandises et que les expéditions dans chaque direction ne seront pas payées en espèces. Ce type d'opération peut être fondé sur un contrat de troc (voir chap. III, "Approche contractuelle", par. 3 à 8) ou sur un mécanisme d'équilibrage des demandes de paiement mutuelles (voir chap. IX, "Paiement", sect. D). Dans ce cas, le fournisseur court le risque de voir la valeur de ses expéditions dépasser la valeur des marchandises reçues de l'autre partie, sans que ce déséquilibre soit corrigé, que ce soit par des fournitures de marchandises ou par un paiement en espèces. Pour se protéger contre ce risque, les parties pourront recourir à des garanties permettant d'assurer la suppression de tout déséquilibre qui pourrait apparaître dans les échanges commerciaux. Il peut être convenu que le déséquilibre devrait être corrigé à la fin du délai d'exécution de l'engagement d'échanges compensés ou à des moments spécifiés pendant la période d'exécution.

41. [39] Le montant de la garantie devrait être lié au montant du déséquilibre des échanges et assorti d'un plafond. Ce plafond de la garantie pourrait être fixé au niveau du déséquilibre autorisé dans le cadre de l'opération d'échanges compensés. Il peut être convenu que le montant qui pourra être demandé au titre de la garantie correspondra à un montant inférieur à la totalité du déséquilibre (par exemple, 80 %), cela afin de décourager les appels en garantie, sinon en dernier recours. Un bénéficiaire qui ne pourrait recouvrer le montant total du déséquilibre en demandant le paiement de la garantie serait davantage incité à rétablir l'équilibre convenu des échanges commerciaux en commandant des marchandises à l'autre partie.

42. [Nouveau paragraphe] Lorsqu'un tiers détient des renseignements concernant les mouvements de marchandises entre les parties (par exemple, la banque qui administre le compte de compensation), il peut être disposé dans la garantie qu'une demande de paiement devra être accompagnée d'une déclaration de ce tiers certifiant le montant du déséquilibre à corriger. En outre, la garantie peut disposer que le garant n'est autorisé à donner suite à une demande de paiement qu'à concurrence du montant du déséquilibre certifié.

1. Garantie des expéditions dans une direction

43. [40] Lorsqu'est prévu un calendrier particulier des expéditions dans les deux directions, l'accord d'échanges compensés peut stipuler que la partie devant recevoir des marchandises en premier doit obtenir une garantie couvrant l'obligation d'expédier des marchandises en retour. Cette garantie assurera le risque, couru par la partie expédiant les marchandises en premier, de ne pas recevoir les marchandises en retour à la date convenue, ou de ne pas recevoir la valeur ou la quantité convenues. Lorsque la première expédition doit se faire par étapes, il peut être convenu que, pour chaque expédition partielle, une garantie séparée sera obtenue, correspondant à la valeur de ladite expédition; les parties et le garant pourront aussi convenir que le montant garanti sera augmenté sur présentation de documents attestant les expéditions additionnelles.

44. [41] Pour ce qui est du moment de l'émission de la garantie, l'accord d'échanges compensés peut stipuler que la garantie peut être remise au bénéficiaire en échange des documents d'expédition relatifs à la première

fourniture. Une telle procédure permettrait d'éviter le risque de voir la partie devant expédier en premier des marchandises obtenir la garantie et ne pas effectuer ensuite l'expédition. Afin que le bénéficiaire de la garantie (la partie ayant assuré la première expédition) ne soit pas à même de demander le paiement de la garantie une fois que le donneur d'ordre (la partie effectuant la deuxième expédition) se sera acquitté de son obligation d'expédier des marchandises, les parties pourront convenir que le bénéficiaire de la garantie n'obtiendra les titres de propriété de la deuxième expédition que sur remise de l'instrument de garantie.

45. [42] Les garanties peuvent être utilisées de manière similaire dans les opérations d'échanges compensés multiparties. Lorsque les parties établissent un lien entre les livraisons de manière que l'importateur, en échange des marchandises reçues de l'exportateur, expédie des marchandises à un contre-importateur tiers, c'est ce dernier qui paie l'exportateur (voir chap. IX, "Paiement", par. 68). La garantie fournie par l'importateur assurera l'obligation de contre-exportation après la réception des marchandises exportées. Lorsque l'exportateur doit être payé par le contre-importateur après expédition des marchandises exportées, le contre-importateur sera le bénéficiaire de la garantie. Une telle garantie couvrira le risque pris par le contre-importateur en payant l'exportateur avant de recevoir les marchandises du contre-exportateur. Lorsque, toutefois, le contre-importateur ne doit payer l'exportateur qu'après réception des marchandises contre-exportées, c'est l'exportateur qui sera le bénéficiaire de la garantie. Une telle garantie couvrira le risque couru par l'exportateur ayant expédié les marchandises, au cas où il ne serait pas payé par le contre-importateur, parce que la contre-exportation n'aurait pas été effectuée.

46. [43] Une garantie similaire peut être utilisée lorsque l'exportateur, au lieu d'être payé par l'importateur, reçoit des marchandises d'un contre-exportateur tiers, qui est à son tour payé par l'importateur (voir chap. IX, par. 68). Dans ce cas, il peut être convenu que l'exportateur recevra une garantie couvrant le risque qu'il prend si, après avoir effectué la première expédition, il ne reçoit pas en retour de marchandises du contre-exportateur.

47. [44] La situation est similaire lorsque le contre-importateur et le contre-exportateur sont des parties distinctes de l'exportateur et de l'importateur (voir chap. IX, par. 69). Il peut être convenu que l'importateur doit établir une garantie en faveur de l'exportateur, couvrant l'obligation de l'importateur de payer le prix des marchandises exportées. Lorsque l'exportateur doit recevoir paiement du contre-importateur après expédition des marchandises exportées, le bénéficiaire sera le contre-importateur. Ainsi, ce dernier sera protégé contre le risque de payer l'exportateur sans recevoir de marchandises du contre-exportateur. Toutefois, lorsque le contre-importateur ne doit payer l'exportateur qu'après expédition des marchandises contre-exportées, le bénéficiaire de la garantie serait l'exportateur. Ce dernier serait ainsi protégé contre le risque d'expédier des marchandises sans être payé.

2. Garanties mutuelles

48. [45] Lorsque les parties conviennent d'échanger des marchandises entre elles, elles peuvent le faire sans stipuler dans quel ordre les expéditions seront faites dans les deux directions. Cela est le plus souvent le cas lorsque des expéditions multiples sont envisagées dans chaque direction. Les parties risquent alors de voir apparaître un déséquilibre dans les échanges qui doit être corrigé soit par l'expédition de marchandises, soit par le paiement d'une somme d'argent. Pour couvrir ce risque, il peut être convenu que chaque partie doit fournir en faveur de l'autre partie une garantie assurant la suppression de tout déséquilibre.