



NATIONS UNIES

ASSEMBLEE
GENERALE

APR 20 1970
UN/SEA COLLECTION



Distr.
GENERALE
A/CN.9/45/Add.1
25 mars 1970
FRANCAIS
ORIGINAL : ANGLAIS-
ESPAGNOL-
RUSSE

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE
DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Troisième session
New York, 6 avril 1970
Point 5' c) de l'ordre du jour provisoire

GARANTIES ET SÛRETES

Note du Secrétaire général

Additif

TABLE DES MATIERES

	<u>Pages</u>
OBSERVATIONS PRESENTÉES PAR DES MEMBRES DE LA COMMISSION	
Hongrie	2
Kenya	21
Mexique	21
Union des Républiques socialistes soviétiques	30

II. OBSERVATIONS PRESENTÉES PAR DES MEMBRES DE LA COMMISSION

HONGRIE

[Original : anglais]

30 janvier 1970

A. Garanties

I

Pour notre part, nous approuvons pleinement le rapport* en ce qu'il donne au terme "garantie" le sens de garantie de paiement dans l'acception la plus générale et la plus large du terme (chap. I.4), ce qui permet de donner aux études et enquêtes sur la question un champ suffisamment étendu. Le rapport passe en revue un grand nombre de types de garantie couramment employés dans le commerce international; en outre, la section relative à la nature des garanties (II, A.1) analyse le problème - le plus important selon nous - de la différence qui existe, dans les divers droits nationaux, entre le cautionnement et la garantie d'indemnisation et également entre la sûreté bancaire accessoire et la garantie bancaire. A la deuxième session de la CNUDCI, à Genève, la délégation hongroise a souligné l'importance que revêtait le problème pour la Hongrie et, à cette occasion, elle a présenté des recommandations concernant la question de la garantie bancaire.

II

Bien que dans une économie mondiale en expansion, diverses formes de garantie soient employées, il n'existe de dispositions réglementaires en la matière que dans la législation d'un petit nombre de pays et ces dispositions sont généralement peu nombreuses et assez laconiques.

* A/CN.9/20 et Add.1.

Parmi les dispositions en question, on peut mentionner l'article 111 de l'Obligationenrecht suisse, qui prévoit que lorsqu'une personne garantit vis-à-vis d'une autre l'exécution d'une obligation incombant à un tiers, elle engage sa responsabilité pour les dommages indirects pouvant résulter de l'inexécution de l'obligation garantie.

L'article 138 du Code civil italien relatif aux contrats de garantie dispose que toute personne contractant une obligation aux termes de laquelle elle garantit qu'un tiers assumera une obligation ou exécutera une prestation sera tenue d'indemniser l'autre partie contractante en cas de défaillance du tiers.

Il convient également de mentionner la section 124 de l'Indian Contract Act de 1872 (No IX de 1872), confirmant les règles du droit anglais, essentiellement non écrit, selon lesquelles le contract of indemnity (contrat d'indemnisation) est un contrat par lequel une partie s'engage à réparer le dommage qui aura pu être causé à l'autre partie soit par elle-même soit par un tiers.

Quoique ces dispositions soient incontestablement conformes à la notion de garantie dans son acception la plus large, elles ne sont pas davantage applicables à la garantie bancaire, telle qu'elle est conçue aujourd'hui dans les affaires, que l'est l'article 248 du Code civil hongrois.

Ainsi, le contract of indemnity du droit indien ressemble à un contrat d'assurance. Le banquier qui accorde une garantie bancaire ne prend pas d'engagement quant à sa propre attitude. Dans les trois réglementations susmentionnées, la présence du tiers, qui dans la garantie bancaire est si importante du point de vue économique - bien que juridiquement la garantie constitue un mécanisme autonome - c'est-à-dire la présence du client qui rembourse la somme mobilisée en vertu de la garantie ou qui s'engage à payer la commission bancaire, n'a pas la même valeur. Dans ces réglementations, le rôle du tiers passe au second plan. Il n'est pas obligatoirement au courant de la garantie accordée ou promise pour son compte et l'existence du tiers n'est même pas nécessaire.

La réglementation la plus récente en la matière est celle qui figure dans le Code tchécoslovaque de commerce international. Selon l'article 665 de ce code, par une garantie bancaire, une banque (ou un organisme bancaire) s'engage à donner satisfaction au bénéficiaire de la garantie (à l'ayant-droit), conformément aux dispositions de cette garantie, au cas où une tierce personne manquerait à ses

obligations, ou au cas où les conditions prévues dans la garantie viendraient à être remplies. Il est indiqué, dans la note 11 qui figure au bas de la page 6 du rapport, que cette définition est conforme tant à la notion de garantie qu'à celle de contrat d'indemnisation. Le rapport, par ailleurs, indique que cette disposition du Code tchécoslovaque de commerce international constitue une exception à la règle selon laquelle les garanties bancaires ne sont généralement pas réglementées par les législations commerciales et, ce faisant, il semble que le rapport assimile en partie la garantie bancaire à un contrat d'indemnisation en considérant que la première partie de l'article 665 du code susmentionné traite d'un contrat de cautionnement et la deuxième de la garantie proprement dite. Nous ne pouvons partager cet avis. Selon nous, la première et la deuxième partie de l'article en question doivent être comprises comme se référant aux acceptations étroite et large du terme de garantie et non comme portant définition de deux mécanismes juridiques différents.

En revanche, le rapport ne mentionne pas l'article 672 du Code tchécoslovaque, selon lequel une garantie bancaire oblige également la banque à acquitter l'obligation garantie dès que le créancier lui en donne l'ordre sans pouvoir opposer à celui-ci les exceptions dont son client pourrait se prévaloir, en qualité de débiteur, en vertu du contrat qui est assorti de la garantie en question. Si l'on fait jouer cette disposition, il apparaît que l'opération définie à l'article 665 ne relève plus du cautionnement mais de la garantie. On peut donc considérer que le Code tchécoslovaque de commerce international réglemente la garantie bancaire non pas en tant qu'institution juridique autonome ayant une dénomination propre mais simplement en tant que sous-catégorie de la sûreté bancaire accessoire.

A propos de l'assimilation à laquelle procède le rapport de la garantie bancaire et du contrat d'indemnisation, il convient de noter que dans le Code tchécoslovaque, c'est la promesse d'indemnisation (déclaration d'indemnisation), bien plus que la garantie bancaire, qui correspond au contrat d'indemnisation. Par une promesse d'indemnisation, l'auteur de la promesse s'engage à indemniser le bénéficiaire de la promesse de toute perte encourue par celui-ci à raison de la transaction conclue par lui, bien qu'il n'y fut pas tenu, à la demande de l'engagé.

Nous ne connaissons pas la pratique suivie par la Tchécoslovaquie en matière de commerce international. Selon nous, toutefois, il y est probable que l'on y a recours à l'institution juridique de la promesse d'indemnisation lorsque, par exemple, la conclusion d'une transaction déterminée est d'intérêt national et que la partie intéressée à ladite transaction n'est pas en mesure d'accepter les risques y afférents. En pareil cas, un organisme plus important doit assumer ces risques. Dans la promesse d'indemnisation le rôle principal incombe à l'engagé (le créancier contracte un lien juridique avec un tiers à la demande de l'engagé). La promesse d'indemnisation distingue entre l'engagé et la banque garantissant la transaction, en ce sens que cette dernière, quoique remplissant une fonction importante, n'est partie à la transaction qu'à titre secondaire, celle-ci pouvant être conclue même sans son intervention. Une promesse d'indemnisation est un engagement d'assumer un risque et le moyen de le réduire, comme c'est le cas pour la sûreté supplémentaire ou la garantie bancaires (Art. 673 du Code tchécoslovaque relatif aux obligations du client dans le cas de la garantie bancaire).

La similitude existant entre les notions de garantie bancaire et de promesse d'indemnisation, telles qu'elles sont définies en Tchécoslovaquie, est confirmée par l'article 674 du Code tchécoslovaque de commerce international, selon lequel, lorsque le jeu de la garantie bancaire est subordonné à l'exécution de l'obligation d'un tiers, les dispositions régissant la promesse d'indemnisation doivent être appliquées dans leur esprit.

Les dispositions pertinentes de la législation hongroise et la position adoptée en la matière par la jurisprudence hongroise correspondent, dans l'ensemble, à la législation et à la jurisprudence allemandes en matière de Bürgschaft und Garantie (Bankgarantie). Les règles régissant le contrat de cautionnement figurent dans les articles 272 à 276 du Code civil hongrois. Par un contrat de cautionnement, le garant s'engage envers le créancier à exécuter l'obligation du débiteur au cas où celui-ci ferait défaut. Lorsqu'une banque s'est obligée par un contrat de cautionnement, elle ne peut pas opposer au créancier le bénéfice de discussion (obligation conjointe et solidaire de la caution).

Le Code civil hongrois ne connaît pas l'institution de la garantie (garantie bancaire) telle qu'elle est conçue dans le commerce international. En revanche, certains pensent que l'article pertinent de ce code (art. 248) peut être interprété comme instituant une garantie qui peut être une obligation à la charge non seulement du débiteur mais aussi à la charge d'une autre personne, bien qu'il ne fasse aucun doute que cette garantie comporte un engagement presque inconditionnel d'assurer l'absence de vice de la chose et se rapproche, dans cette mesure, de l'obligation de garantie du vendeur. Cette question n'étant pas réglée par la loi, la jurisprudence hongroise considère que la caractéristique essentielle de la garantie est que le garanti de l'exécution de l'obligation d'un tiers est tenu à réparation au cas où celui-ci manquerait à son obligation.

Même si un contrat de cautionnement et un contrat de garantie servent, sur le plan économique, la même fin (à savoir la limitation des risques), il existe entre l'un et l'autre une différence juridique essentielle. Cette différence peut être brièvement décrite comme suit : la caution engage pour le compte d'une autre personne, à savoir le débiteur principal, tandis que le garant s'engage pour son propre compte. Le cautionnement constitue un engagement accessoire alors qu'un contrat de garantie oblige séparément le garant. Celui-ci ne peut pas invoquer les moyens de défense et exceptions que peut faire valoir le débiteur de la transaction garantie. En soi, l'existence d'une obligation de garantie ne crée pas un rapport juridique entre la banque et le débiteur (à savoir, le débiteur de l'obligation dont la banque garantit l'exécution à une autre personne). Il n'y a pas, comme dans le cas du cautionnement, subrogation dans les droits du créancier désintéressé. La somme payée par la banque en vertu du contrat de garantie lui est remboursée par le bénéficiaire de la garantie en vertu d'un contrat de représentation conclu entre eux à cette fin. Chronologiquement, d'ailleurs, la conclusion de ce contrat de représentation est antérieure à celle du contrat de garantie. Dans son essence, la garantie consiste donc en une obligation de réparer vis-à-vis du créancier la perte que celui-ci a subi du fait de l'exécution défectueuse, et non pas en un transfert de l'obligation du débiteur à un garant dans l'intérêt du créancier. Lorsqu'on examine, compte tenu des

observations qui précèdent sur la nature de la garantie, les termes employés dans les formules imprimées que les banques utilisent pour la confection des lettres de garantie, il semble justifié de dire qu'en général ces formules se réfèrent à l'exécution ou à l'inexécution d'une obligation due par un tiers plutôt qu'à la fourniture d'une prestation ou au versement d'une indemnité. Cela tient notamment à ce que les garanties bancaires couramment utilisées dans le commerce international ont pour objet de prémunir contre le préjudice résultant de l'exécution ou de l'inexécution d'une obligation, encore qu'il ne soit pas rare que le défaut d'exécution de l'obligation garantie ne puisse pas être suppléé de la part de la banque par l'exécution d'une obligation semblable. En fait, l'obligation de la banque est une simple obligation de paiement de somme d'argent. Une garantie a pour objet l'intérêt du bénéficiaire à l'exécution de l'obligation stipulée dans la transaction garantie, intérêt qui est chiffré dans le contrat de garantie.

Toutefois, toutes les observations qui viennent d'être faites au sujet de la garantie ne s'appliquent pas à tous les types de garantie bancaire. Le type de garantie bancaire examiné dans la présente étude est parfaitement conforme aux garanties de soumission ou aux garanties d'exécution. En revanche, les garanties de remboursement des avances sur compte ou les garanties de paiement du prix d'achat, qui sont bien plus usuelles, dans la pratique, que les garanties précitées, diffèrent de celles-ci de par leur teneur économique. Par une garantie de remboursement des avances sur compte, la banque garantit les avances faites par le bénéficiaire lorsque l'acheteur dénonce le contrat pour rupture de contrat par l'entrepreneur. En l'espèce, ce n'est pas l'intérêt du bénéficiaire à la transaction principale qui est pris en considération : l'objet de la garantie est de faciliter à l'acheteur le recouvrement des avances sur compte déjà consenties. Par une garantie du prix d'achat, la banque garantit le paiement par l'acheteur de la totalité du prix d'achat. Etant donné qu'elle oblige la banque à payer la majeure partie d'une somme à la première sommation, compte non tenu des rapports juridiques entre le vendeur et l'acheteur, ce type de garantie est rarement employé. La garantie du prix d'achat permet à l'acheteur en possession de la chose, nonobstant une exécution défectueuse de sa propre obligation, d'intenter contre le vendeur une action pour défaut de conformité.

Ces deux derniers types de garantie constituent indéniablement une catégorie de garanties autre que la garantie bancaire. Alors que la garantie de soumission, ou "pénalité", et la garantie d'exécution garantissent l'une et l'autre l'intérêt attaché à l'exécution du contrat, et cela sur une base forfaitaire (raison pour laquelle ce type de garantie est dénommé "pénalité"), et jouent le rôle d'une garantie contractuelle, la garantie de remboursement des avances sur compte et la garantie du prix d'achat constituent non seulement des garanties contractuelles mais aussi des méthodes de paiement ou de remboursement. A cet égard, elles s'apparentent à un crédit documentaire, lequel, bien entendu, est le type même de la méthode de paiement (quoi qu'il ait également le caractère d'une garantie d'exécution d'une obligation), alors que la garantie de remboursements des avances sur compte et la garantie du prix d'achat n'ont en tant que méthodes d'exécution qu'un caractère accessoire. En effet, le bénéficiaire d'une telle garantie doit, en principe, demander à son partenaire le paiement ou le remboursement de son dû.

Envisagées sous un autre angle, la garantie de soumission, la garantie d'exécution et la garantie du prix d'achat visent à la réalisation de la transaction garantie (les deux premières au bénéfice de l'acheteur, la troisième au bénéfice du vendeur). La garantie de remboursement des avances sur compte ne peut servir cette fin. En fait, cette garantie vise, en cas d'impossibilité d'exécution du contrat, à compenser le renversement de situation des parties sur le plan financier, imputable aux avances sur compte versées par l'acheteur.

Enfin, chaque type de garantie peut être comparé aux autres du point de vue de la partie à la transaction principale dont l'intérêt est protégé. La garantie de soumission, la garantie d'exécution, la garantie de remboursement des avances sur compte protègent les intérêts de l'acheteur, alors que la garantie du prix d'achat protège ceux du vendeur.

S'agissant du contenu juridique d'une garantie, il convient d'ajouter ce qui suit aux observations faites lors de la comparaison entre le cautionnement et la garantie. Selon nous, une garantie bancaire n'est pas simplement une forme particulière de garantie, dont la seule particularité serait la qualité du titulaire de l'obligation de garantie. La caractéristique essentielle d'une

garantie bancaire est que la banque est tenue de payer à la première sommation, sans pouvoir examiner le bien-fondé de la réclamation. Cela ne signifie pas simplement que la banque ne peut pas invoquer une excuse, qui serait recevable de la part de son client dans le contexte de la transaction principale, mais également que la banque ne peut pas exiger une estimation chiffrée de la perte subie par le bénéficiaire, étant donné que la garantie prévoit une indemnisation forfaitaire. Aucune des dispositions régissant le contrat de garantie, le contrat d'indemnisation ou les promesses d'indemnisation ne stipule que le garant ne peut exiger du bénéficiaire qu'il produise la preuve du montant de sa perte.

III

En ce qui concerne la section du rapport relative à la garantie du paiement de traites par l'aval (II.A.4), il convient de noter que la première phrase du paragraphe 15 mentionne les garanties données sous forme d'endossement pour aval des traites mais que la phrase suivante fait état d'un aval régi par les dispositions de la Convention de Genève portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre. Etant donné que, dans les pays de Common Law, le cautionnement garantissant le paiement d'une traite n'existe pas en tant que tel, la garantie apportée l'est par le biais de la responsabilité des endosseurs d'une traite. Aussi, la réglementation des lettres de change en vigueur dans ces pays permet d'ordinaire au porteur d'exercer un recours contre tout signataire de la lettre (endosseur, tireur). En outre, le débiteur principal du contrat de base est parfois inscrit sur la traite simplement en sa qualité de débiteur pouvant faire l'objet d'un recours et, à l'inverse, le cautionnement peut mettre en jeu la responsabilité de l'accepteur. Enfin, la réglementation relative aux traites stipule parfois, dans les pays de Common Law, que le contrat de cautionnement peut prendre la forme d'une acceptation conjointe lorsque la traite est tirée sur deux personnes distinctes.

IV

Enfin, nous souhaitons présenter des observations sur la section II.A.5 relative aux problèmes que posent les garanties en général et certains types de garantie en particulier.

Outre les types de garantie couramment utilisés sur le plan international, (garantie de soumission, garantie d'exécution et garantie de remboursement des avances sur compte), on trouve - parmi les types de garantie également employés dans les transactions internationales - la garantie du prix d'achat, laquelle peut être assimilée à la notion de garantie, telle qu'elle est définie au sens large au paragraphe 4. Alors que les garanties mentionnées dans le rapport portent sur 5 à 10 p. 100 de la somme mise en jeu dans la transaction garantie, la garantie du prix d'achat peut couvrir la totalité de cette somme. En revanche, cette garantie ne constitue qu'un engagement subsidiaire. Il est rare cependant que l'on rencontre des garanties du prix d'achat couvrant la valeur totale de la transaction.

S'agissant du paragraphe 17 du rapport relatif à certains problèmes que soulève la garantie, il convient, selon nous, de faire les remarques suivantes :

1) Formalités à effectuer : conformément à l'alinéa 2 de l'article 262 du Code civil hongrois, le contrat de cautionnement doit être conclu par écrit. En l'absence d'une réglementation de la garantie bancaire, celle-ci ne fait l'objet d'aucune exigence analogue. Dans la pratique, cependant, les contrats de garantie bancaire sont passés par écrit; cela s'explique par le fait, d'une part, que la conclusion d'une affaire ou son exécution sont subordonnées à la délivrance d'un instrument contenant la garantie et, d'autre part, que la forme écrite est conforme à la procédure suivie par les banques.

2) Validité de la promesse de pénalités. Dans la pratique juridique hongroise, le problème de la validité d'une garantie obligeant au paiement d'une pénalité ne se pose même pas. En droit hongrois, étant donné l'absence de réglementation en la matière, il n'existe aucune restriction concernant les créances ou les dettes dont le règlement peut être garanti.

3) Nécessité d'une contrepartie effective : il s'agit selon nous, d'un problème qui doit être réglé en premier lieu par les spécialistes de la Common Law.

4) Capacité du garant à s'obliger : le rapport se réfère indiscutablement, comme il est indiqué au paragraphe 14, au fait que, dans certains pays, comme les Etats-Unis d'Amérique, les banques nationales ou locales refusent d'assumer les risques que comporte la garantie. Selon nous, c'est à l'organe législatif des

Etats intéressés qu'il appartient d'aplanir ces difficultés. Cela, toutefois, n'exclut pas la possibilité pour l'Organisation des Nations Unies de lancer un appel aux organes compétents des pays en question afin qu'ils prennent des mesures propres à éliminer les obstacles juridiques qui entravent le commerce international.

5) Choix de la loi : comme nous l'avons vu à propos des problèmes que posent les différences existant entre les pays quant à la notion même de garantie et à sa réglementation, les problèmes de conflits de loi perdent de leur importance lorsque les parties à un contrat sont libres d'en définir le contenu. Le droit international privé va même plus loin en ce qu'il autorise les parties à choisir la loi qui régira leur transaction. On rencontre dans la procédure bancaire internationale des règles identiques ou analogues.

Le code hongrois de droit international privé, à l'heure actuelle en cours d'élaboration, traite de la garantie bancaire dans la partie relative aux obligations. Bien que ce projet de code ne fasse pas de la garantie bancaire un type particulier de contrat, il est manifeste que les dispositions de la partie générale du code s'appliquent également à la garantie. D'abord, la loi choisie par les parties régit tant le contrat de cautionnement que le contrat de garantie. Ensuite, dans le silence des parties, tant le cautionnement que la garantie sont régis par la loi applicable à la prestation garantie; par exemple, s'agissant d'une transaction bancaire, la loi du siège de la banque sera applicable sous réserve, toutefois, que la loi régissant l'obligation principale soit applicable au contenu et à l'étendue de l'obligation du garant. En ce qui concerne la formation du contrat, la lex causae régit les conditions de fond de validité et la lex loci contractus les conditions de forme, dans leurs rapports avec le cautionnement ou la garantie. Le rapport juridique entre la banque qui accorde la garantie et son client est régi par la loi de la banque, comme étant celle du représentant.

Nous suggérons que, au cas où la CNUDCI déciderait d'élaborer un libellé type de la garantie bancaire, il soit précisé que la loi applicable à la garantie est celle de la banque qui assume l'obligation de garantie.

Enfin, à cet égard, nous voudrions faire au sujet du paragraphe 14 l'observation suivante : il ressort de ce paragraphe que, dans certains pays, les

créances résultant de contrats de garantie ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée car, en raison de leur prétendu caractère de pénalité, ils sont considérés comme nuls et non avenus. Cette position est tout à fait étrangère à la conception du droit qui prévaut en Hongrie.

Le paragraphe 18 soulève le problème des conditions qui doivent être remplies pour que le bénéficiaire de la garantie puisse en réclamer le bénéfice. Pour réduire les risques de double exécution par l'une des parties, il peut être nécessaire, selon les auteurs du rapport, de limiter le danger inhérent au fait que le bénéficiaire de la garantie est seul juge de la façon dont le contrat a été exécuté. Le rapport se réfère, à titre d'exemple, aux cas où "ledit bénéficiaire est autorisé, aux termes du contrat original, à obtenir une réduction du prix en cas d'exécution partielle". Il y a là un problème véritable. Nous aimerions toutefois aller plus loin : dans une garantie du prix d'achat, il peut arriver que le vendeur bénéficiaire, tout en ne délivrant pas la chose, invoque le bénéfice de la garantie. On peut se demander, dans un tel cas, si ce risque est partie intégrante d'une garantie considérée comme une promesse inconditionnelle et indépendante de paiement. Dans la famille des garanties bancaires, le cautionnement est considéré comme une obligation accessoire dont le débiteur peut se dégager se prévalant d'une exception fondée sur la transaction garantie. De même, on considère que le crédit documentaire ou la lettre de crédit, tout en engendrant des obligations autonomes, sont subordonnés à la remise de certains documents. Enfin, selon nous, non seulement la garantie constitue une obligation autonome, mais son caractère essentiel est d'être un engagement inconditionnel d'acquiescer une obligation. Même lorsque le jeu de la garantie est subordonné à l'échéance de l'obligation de paiement du garant, cette condition n'a qu'un caractère formel puisque, selon nous, il suffit pour faire jouer la garantie, d'invoquer le fait qui déclenche l'obligation d'exécution. En fait, la banque ne peut pas contrôler l'existence de cette cause puisque, en agissant ainsi, elle discuterait la transaction garantie, droit qui ne lui est conféré que par le contrat de cautionnement, et non pas même par un crédit documentaire accordé sous certaines conditions.

Cette interprétation de la garantie est également confirmée par la pratique bancaire hongroise, selon laquelle une déclaration contenant un engagement ou la souscription d'une obligation est offerte ou acceptée en tant que garantie et en vertu de laquelle la banque doit s'acquitter de son obligation de paiement à la première demande, sans procéder à l'examen du rapport juridique existant entre le vendeur et l'acheteur.

Il est évident que la thèse que nous venons d'exposer, selon laquelle une garantie constitue, par nature, une transaction juridique indépendante et inconditionnelle ne limite ni ne peut limiter la faculté des parties, généralement reconnue en droit civil, de choisir le type de contrat qui leur convient. Ainsi, le rapport juridico-commercial qui unit les parties procède de deux types de contrats. Aussi, une transaction juridique de ce genre pose-t-elle nécessairement le problème de la qualification. Par exemple, une promesse de paiement du prix d'achat subordonnée à la délivrance de certains documents sera assimilable à un crédit documentaire plutôt qu'à une garantie. Au demeurant, il est généralement admis que la qualification juridique d'une transaction tient à son contenu juridique réel plutôt qu'au libellé du contrat. En conséquence, lorsque, dans le cadre d'une garantie, le paiement est subordonné à la délivrance de certains documents, la transaction est régie par les règles du crédit documentaire. (Voir les règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, dispositions et définitions générales, par. a) et b).)

Il subsiste, néanmoins, une différence. L'obtention par l'acheteur d'un crédit documentaire conforme au contrat le met à l'abri de toute action en matière de paiement. Le vendeur, c'est-à-dire le bénéficiaire du crédit documentaire, devra demander à la banque le paiement du prix d'achat. L'obligation de l'acheteur d'acquitter le prix d'achat ne renaît que dans des circonstances extraordinaires, par exemple en cas de faillite de la banque. En revanche, la garantie laisse à l'acheteur l'obligation de payer le prix d'achat. Ordinairement, le vendeur devra s'adresser en premier lieu à l'acheteur pour obtenir paiement. Si le vendeur s'adresse pour cela à la banque qui a accordé sa garantie, celle-ci s'acquittera du paiement pour le compte et au nom de l'acheteur et non en vertu de la garantie accordée par elle. Le vendeur ne peut s'adresser à l'organisme

bancaire qui a accordé la garantie qu'en cas de refus de paiement de l'acheteur. Cette différence découle de l'observation faite plus haut; un crédit documentaire est non seulement une sûreté contractuelle mais également une forme de paiement arrêtée par contrat, alors qu'une garantie bancaire ne constitue une méthode de règlement qu'à titre secondaire et indépendamment de sa fonction de sûreté contractuelle.

Nous aimerions maintenant revenir au cas où le bénéficiaire, en conformité apparente avec la loi et en justifiant de manière appropriée son recours à la garantie, exige la somme garantie alors que, faute d'avoir délivré la chose, il est manifestement de mauvaise foi. Selon nous, la banque qui a accordé la garantie peut, comme dans toute autre transaction juridique, refuser le paiement, bien qu'un tel refus soit, du point de vue de la garantie elle-même, illégal. De tels cas se sont certainement posés dans la pratique bancaire internationale. Nous pensons, pour notre part, qu'un tel refus de paiement n'a rien que de normal. Il ne déroge pas au caractère de cautionnement de la garantie bancaire. En fait, un tel cas peut se produire à propos d'un crédit documentaire ou d'une sûreté. Lorsqu'un bénéficiaire de mauvaise foi réclame le paiement d'une garantie, il est évident qu'il ne portera pas l'affaire devant les tribunaux. Si, néanmoins, il intente une action contre la banque garante, celle-ci pourra avoir gain de cause en invoquant pour sa défense les principes de la bonne foi et de l'honneur (bona fides, Treu und Glauben), reconnus par plusieurs codes. L'alinéa 1 de l'article 5 du code civil hongrois interdit l'abus du droit. Ce droit ainsi reconnu au garant ne soulève pas le problème de l'enrichissement sans cause puisqu'il ne sert qu'à le protéger contre une rupture du contrat par l'autre partie. Il ne fait pas de doute que ce cas constitue une exception à la position que nous avons précédemment adoptée en faveur du caractère indépendant et inconditionnel de la garantie bancaire. En fait, la banque soumet à un examen rigoureux la transaction initiale garantie. Toutefois, dans la pratique, avant d'acquiescer l'obligation que lui confère la garantie, la banque se mettra en rapport avec son client, auquel elle est liée par contrat en qualité de créancier et d'administrateur de son compte, afin de discuter avec celui-ci des mesures à prendre. La banque, d'ailleurs, peut être tenue d'agir ainsi d'après les termes du contrat lui-même. Nous devons, en outre, nous rappeler qu'une banque soucieuse de sa réputation internationale ne désavoue ses engagements que dans des cas exceptionnels.

Il convient de noter ici qu'il peut arriver qu'une banque soumette à examen les rapports existant entre son client et le bénéficiaire de la garantie. Tel est le cas lorsqu'une clause du contrat de garantie déclare que l'obligation incombant à ce titre à la banque sera réduite en fonction des paiements ou des livraisons effectués. Dans ce cas, toutefois, l'organisme bancaire évalue, compte tenu des modalités de la transaction garantie, les obligations dont il est tenu envers le bénéficiaire en vertu de sa déclaration de garantie et envers son client de par l'engagement pris vis-à-vis de lui d'accorder une garantie.

Il est manifestement nécessaire, en fait, de réglementer le droit de la banque de refuser paiement. Lorsque la garantie bancaire est donnée par écrit, selon l'usage, il convient de définir avec précision ce droit de la banque. Une clause du contrat de garantie pourrait ainsi autoriser la banque à refuser paiement lorsqu'elle estime que la somme réclamée par le bénéficiaire lui a, totalement ou en partie, été versée par l'acheteur (double exécution). Dans ce cas, c'est en sa qualité de banquier de l'acheteur chargé d'effectuer ses règlements que la banque a eu connaissance du paiement; elle a acquitté la somme due au nom et pour le compte de l'acheteur.

En ce qui concerne la compensation ou les demandes reconventionnelles, il devrait, selon nous, être interdit à la banque de l'opposer au créancier dans les cas où son client pourrait personnellement la faire jouer, étant donné que ce serait de la part de la banque, se prévaloir des rapports existant entre les parties. Selon le paragraphe 3 de l'article 337 du code civil hongrois, un codébiteur conjointement et solidairement responsable ne peut opposer la compensation de ce qui est dû par le créancier à l'autre codébiteur.

En revanche, nous sommes d'avis qu'il convient de reconnaître l'extinction par voie de compensation, du droit de la banque de déposer une demande reconventionnelle contre le bénéficiaire. Bien entendu, une telle demande entraîne l'extinction de l'obligation du client de la banque garante. Il existe, dans le code civil hongrois, une disposition à cet effet (par. 1 de l'article 337).

V

La garantie bancaire joue, parmi les garanties utilisées dans un commerce mondial en expansion continue, un rôle de plus en plus important. A la lumière de ce bref examen des réglementations, des positions de la jurisprudence et des

procédures suivies par les banques en matière de garantie bancaire (examen pour lequel le rapport, auquel nous souhaitons apporter notre contribution, constitue une base solide), nous sommes conduits à penser que dans l'intérêt du commerce international, la CNUDCI ne doit pas entériner les règles d'un système de droit donné en matière de garantie bancaire. Ce qu'elle pourrait faire, dans l'avenir, c'est concentrer son attention sur la garantie bancaire, telle qu'elle est quotidiennement utilisée, en pratique, dans le commerce international (bien que cette institution pratique diffère assez considérablement de la garantie telle que la conçoivent généralement, chacune à leur manière, les réglementations nationales et, ayant présents à l'esprit les divers types de garantie bancaire, utiliser les résultats de la pratique bancaire.

Conformément aux idées exprimées dans les propositions faites par la délégation hongroise lors de la deuxième session de la CNUDCI, nous suggérons à la Commission de demander à des organismes ou à des particuliers compétents d'étudier les problèmes liés aux garanties bancaires, d'élaborer des modèles de garantie bancaire et, si possible, de présenter des recommandations en vue d'un libellé normalisé de la garantie bancaire.

B. Sûretés

I

Le rapport étudie de manière approfondie les problèmes que posent les droits réels sur les biens. La méthode suivie en l'occurrence permet d'étudier les mécanismes juridiques pertinents en vigueur dans les divers pays et d'analyser aussi les principales caractéristiques de ces mécanismes. Le rapport est d'autant plus utile qu'il se réfère (quoique succinctement) à certaines questions, liées aux droits réels sur les biens, qui n'ont pas encore été réglées et sont susceptibles de se poser dans le cadre du droit des paiements internationaux. L'additif au rapport, dans lequel sont étudiés de manière approfondie les mécanismes juridiques pertinents en vigueur dans certains pays, présente une grande utilité pour ceux qui désirent étudier cette question.

II

Nous présentons ci-après diverses observations relatives à l'étude contenue dans le rapport et son additif.

S'agissant du paragraphe 21 du rapport, nous tenons à ajouter que, pour autant que nous avons pu le constater, les sûretés sont utilisées par les parties aux opérations de vente internationale à crédit, même lorsque ces opérations sont conclues sans l'intervention d'un organisme bancaire, quoique ce dernier cas soit rare. Selon nous, toutefois, la consolidation des réglementations existant en la matière dans les divers pays modifiera probablement cette situation.

Le rapport et son additif examinent de manière approfondie les principaux types de sûretés qui sont réglementés par des droits nationaux. Outre les mécanismes juridiques étudiés dans le rapport et son additif, il convient, selon nous, de mentionner le mécanisme de la "quittance fiduciaire" (trust receipt). Ce système est couramment utilisé pour le financement du commerce et, notamment, du commerce international; une "quittance fiduciaire" est établie par l'acheteur; il assume par cette voie diverses obligations envers une banque qui lui consent, selon diverses modalités possibles, un crédit en vue du paiement de marchandises dont il a pris possession moyennant la remise de documents délivrés par la banque.

Selon les termes du contrat de base, la teneur de la quittance fiduciaire varie. La banque se réserve fréquemment le droit d'interdire à l'acheteur de vendre les marchandises, ou oblige celui-ci à entreposer les marchandises au nom de la banque, ou exerce un contrôle sur ces dernières. La banque peut également avoir le droit d'exiger que le produit des ventes partielles des marchandises en question lui soit directement versé, etc. La caractéristique essentielle de l'obligation du débiteur réside dans le fait que celui-ci est dépositaire de la banque pour les documents ou les marchandises dédouanées. L'acheteur est simplement un débiteur sur gage de la banque jusqu'à ce qu'il ait réglé sa dette, à savoir la dette résultant du fait que la banque a payé au créancier le prix d'achat des marchandises ou s'est engagé à le payer en vertu d'une lettre de change.

La jurisprudence d'un certain nombre de pays reconnaît à la banque détentrice d'une quittance fiduciaire un rang prioritaire en cas de faillite du débiteur. Aux Etats-Unis d'Amérique, la loi reconnaît au bénéficiaire, c'est-à-dire à la

banque, un privilège en matière de désintéressement. En fait, l'Uniform Trust Receipt Law, promulguée en 1934 dans l'Etat de New York, a été approuvée par la majeure partie des Etats fédérés. Il n'est pas besoin de formalités complexes pour prendre une "hypothèque mobilière" (mortgage in chattels); il suffit parfois d'un simple enregistrement officiel de l'hypothèque. Même en l'absence d'un tel enregistrement (comme on l'a déjà indiqué, cela est vrai surtout dans la pratique des pays de Common Law), on note une tendance, quelquefois sanctionnée par la loi, à reconnaître un certain effet in rem à la quittance fiduciaire qui dépasse les effets que lui reconnaîtrait ordinairement le droit des obligations. Ce mécanisme est à l'heure actuelle en voie de perfectionnement.

De même, en raison de sa nature particulière, le mécanisme du "factoring" (dépôt) mérite d'être mentionné. Celui-ci est notamment employé aux Etats-Unis d'Amérique. Bien que le mécanisme lui-même ne puisse être considéré comme constituant, au sens strict du terme, une sûreté réelle, il possède, dans ses effets, certaines des caractéristiques du gage ou du nantissement d'objets incorporels. Ce dépôt consiste essentiellement dans la transmission au dépositaire des droits du créancier du paiement du prix dans un contrat de vente. Le dépositaire est ainsi habilité à recouvrer les sommes dues mais assume tous les risques y afférents. Cette transmission des droits du créancier s'effectue moyennant contrepartie; le mécanisme du dépôt est utilisé dans les contrats de vente où le vendeur ne détient pas d'effets de commerce escomptables pour faire valoir ses droits. Toutefois, le dépositaire n'a pas à assumer les risques imputables au non-paiement résultant d'un vice de la chose.

Selon nous, il est correctement observé dans l'additif au rapport que, dans la pratique commerciale moderne, il serait utile de disposer d'une forme d'hypothèque mobilière : un tel mécanisme permettrait aux parties de constituer d'un commun accord une sûreté au profit du créancier sans dessaisissement du débiteur. Un examen de la question révèle que, dans un certain nombre de pays, la loi ne permet pas la constitution d'une hypothèque mobilière sans la remise effective de la chose (traditio). En dépit de la sévérité de la réglementation en vigueur exigeant la remise effective de la chose, le nantissement ou gage sur biens meubles (à savoir marchandises, titres, machines, cargaisons, etc.) s'est développé dans

le commerce, principalement dans le commerce international; plusieurs pays reconnaissent aujourd'hui la validité du gage ou du nantissement constitué non par la remise effective de la chose, ou tradition (ou tout autre acte équivalant à la remise de la chose ou garantissant au créancier un droit exclusif de disposition sur celle-ci), mais par des actes symbolisant cette remise. Outre les mécanismes mentionnés dans le rapport et son additif (hypothèque mobilière, etc.), le code civil autrichien reconnaît la validité de l'hypothèque mobilière sans remise de la chose lorsque "le transfert matériel de celle-ci de la main à la main" n'est pas possible; il est toutefois nécessaire, en l'occurrence, que toute personne puisse facilement se rendre compte de la constitution d'hypothèque ou de gage (art. 452). Le "Mastkreditgesetz" (loi sur l'engrèvement du bétail) de 1932 prévoit des arrangements relatifs au gage sur le bétail (en vue de garantir le crédit d'engrèvement), chaque tête de bétail étant marquée au fer pour la distinguer des autres. Le code civil suisse (art. 885) contient des dispositions régissant la "constitution d'un gage sur le bétail" qui permettent de garantir, par voie d'enregistrement officiel, les prêts consentis par des banques ou des coopératives.

A cet égard, il convient de mentionner le nantissement de céréales, mécanisme créé en Hongrie mais qui n'existe plus aujourd'hui. Une quantité déterminée de céréales entreposées dans un grenier ou un magasin peut être donnée en nantissement pour garantir un emprunt à court terme. Le bien remis en gage demeure en la possession du débiteur. Toutefois, le débiteur gagiste remet aux créanciers, en même temps que le bulletin de gage, un état de la qualité et de la quantité des céréales remises en gage. L'enregistrement officiel de cet état garantit l'opposabilité du nantissement.

Le droit civil hongrois contient une disposition assez remarquable concernant l'hypothèque mobilière. Dans le code civil hongrois (art. 262) les dispositions relatives au "nantissement en vue de la garantie d'un prêt bancaire" stipulent notamment qu'il peut y avoir nantissement sans remise du bien nanti. La banque stipulera le nantissement dans le contrat de prêt et celui-ci sera considéré comme constitué dès le paiement de la somme prêtée. C'est ce paiement, et non le transfert de la chose, qui est l'acte constitutif du nantissement, lorsque celui-ci est

donné en vue de garantir un prêt bancaire. Toutefois, la banque stipule d'ordinaire que le débiteur ne peut pas disposer des biens nantis qui demeurent en sa possession, sans son assentiment. Le nantissement en garantie d'un prêt bancaire confère à la banque un rang privilégié pour le recouvrement de sa créance. Lorsque la banque entre en possession du bien, la banque peut se faire payer sur ce bien le montant de sa créance en vertu du contrat d'emprunt, et cela sans l'intervention d'un tribunal. Une des particularités du nantissement de biens en garantie d'un prêt bancaire est que les biens en question peuvent changer en raison des activités commerciales ou productives du débiteur (gage fluctuant).

III

Il ressort de l'étude approfondie effectuée dans le rapport et son additif et de l'examen de l'institution juridique hongroise du "nantissement en vue de la garantie d'un prêt bancaire" qu'il existe une tendance prononcée à permettre la constitution d'une sûreté réelle sans dessaisissement du débiteur. Le problème principal qui se pose alors est celui de l'opposabilité de la sûreté ainsi constituée, c'est-à-dire le problème de sa validité à l'égard des tiers. En fait, en matière de commerce international, seul l'enregistrement officiel de l'acte peut le rendre opposable au tiers. Ici encore, en raison de la diversité des choses qui peuvent être nanties, l'enregistrement de l'acte se heurte évidemment à des difficultés.

Selon nous, une réglementation plus souple de l'hypothèque mobilière ou du nantissement est nécessaire dans l'intérêt du commerce international. La création d'un mécanisme universellement appliqué garantissant l'opposabilité de l'hypothèque mobilière servirait au mieux cette fin. C'est la raison pour laquelle nous approuvons les éclaircissements fournis à cet égard par le rapport et l'additif. Il serait utile que la CNUDCI prie des organismes ou des particuliers compétents d'étudier la réglementation internationale uniforme de l'hypothèque mobilière et les possibilités qu'offrirait la création de registres publics ou pourraient être inscrites les constitutions de droits réels de ce genre. Un rapport sur les résultats de cette étude pourrait ensuite être soumis à la CNUDCI.

KENYA

[Original : anglais]

8 décembre 1969

D'une façon générale, le système qui régit au Kenya les garanties, les cautionnements et les sûretés est le même qu'en Angleterre. Cependant, la mission permanente de la République du Kenya auprès de l'Organisation des Nations Unies tient à appeler l'attention du Secrétaire général sur deux lois particulières. La première est le Chattels Transfer Act (art. 28), qui concerne notamment la constitution de nantissement à titre de sûreté. La seconde est le Guarantee (Loans) Act (art. 461 du texte révisé de 1967, tel qu'il a été modifié par la loi No 44 de 1968), qui régit l'octroi de garanties par le Gouvernement kényen.

MEXIQUE

[Original : espagnol]

18 décembre 1969

Garanties et sûretés en droit mexicain

Les garanties personnelles sont celles données par un tiers qui s'engage à répondre des obligations du débiteur sur son patrimoine personnel.

Les sûretés réelles sont celles données par le débiteur sur ses biens, droits, y compris son patrimoine (par exemple dans le cas de fidéicomis de garantie et d'hypothèses d'entreprises) pour répondre, sur leur valeur et selon les modalités particulières fixées par la loi, des obligations qu'il a assumées dans une opération juridique donnée.

I. Garanties personnelles

Ces garanties peuvent être générales et s'appliquer à tout contrat ou opération juridique, ou particulières, lorsqu'elles intéressent seulement des opérations ou des relations données.

/...

1. Garanties générales :

a) La garantie solidaire, par laquelle un tiers assume en qualité de codébiteur, les obligations contractées par le débiteur.

Dans le système mexicain, la solidarité ne se présume ni en matière civile ni en matière commerciale; elle doit faire l'objet d'un contrat ou découler expressément de la loi (art. 1988 du Code civil); toutefois, il existe d'importantes exceptions à cette règle en matière commerciale (de même qu'en droit fiscal, en droit du travail, etc.). La loi sur les titres et opérations de crédit [Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (LTOC)] prévoit la solidarité passive des signataires - tiré, tireur, endosseur et avaliste - d'effets de commerce [lettre de change, billet à ordre, chèque, obligation ou "debenture", titre de nantissement (art. 154, 174, 196, 228 et 251)]; elle établit également en ce qui concerne les opérations de crédit qu'elle régit (art. 4), l'obligation solidaire des codébiteurs. Ces opérations de crédit comprennent le report, les dépôts bancaires (d'argent, de titres et de marchandises), les ouvertures de crédit (crédit simple, confirmé, révocable et irrévocable, avances en compte courant, crédits d'équipement), le nantissement et le fidéicomis.

b) Le contrat de cautionnement (fianza), en vertu duquel le garant s'engage à payer le créancier, en cas de défaut de paiement par le débiteur (art. 2794 du Code civil).

Comme dans le premier cas, le cautionnement peut être donné pour tout contrat ou toute opération de droit civil ou de droit commercial; il peut être exigé devant les tribunaux et s'appliquer à des situations et des relations aussi étrangères au droit privé que celles qui découlent de jugements rendus en matière pénale, pour que le prévenu obtienne une liberté conditionnelle (liberté sous caution).

A la différence de la solidarité, qui est régie exclusivement par le Code civil, le cautionnement est également réglementé par la législation commerciale (Ley de Instituciones de Fianzas), qui non seulement régit les obligations des sociétés ou des entreprises qui accordent cette garantie, en tant qu'opération exclusive et professionnelle, mais aussi le contrat lui-même conclu avec ces sociétés (fianza de empresa, ou cautionnement d'entreprise).

Son caractère commercial tient au fait qu'il s'agit d'un acte accessoire à un acte principal qui est un acte de commerce, ou au fait qu'il est octroyé par une société de cautionnement.

Le droit mexicain reconnaît la validité de la renonciation aux bénéfices dits de sommation et de saisie (beneficios de orden y excusión) qui obligent le créancier à s'adresser d'abord au débiteur principal et à liquider ses biens pour recouvrer sa dette (art. 2814 du Code civil).

Le cautionnement d'entreprise mentionné plus haut permet à la société garante non seulement de garantir une obligation présente du débiteur, mais aussi ses obligations futures et éventuelles qui peuvent découler par exemple d'un contrat d'achat et de vente ou de fourniture à long terme conclu avec le vendeur. C'est dans ce sens que le cautionnement correspond aux fins et aux intérêts indiqués au paragraphe 8 du document A/CN.9/20.

D'autre part, la législation mexicaine permet aux sociétés de cautionnement de se porter garantes de l'honnêteté du personnel d'une entreprise et, par conséquent, de s'engager à couvrir les dommages résultant de vols, fraudes et abus de confiance, commis par les fonctionnaires ou employés (c'est ce qu'on appelle la fianza de fidelidad, ou cautionnement de fidélité).

2. Garanties particulières :

a) L'aval est une garantie cambiaire particulière, qui est régie par les articles 109 à 116 de la Loi sur les titres et opérations de crédit (LTOC), pour ce qui est des lettres de change, mais qui s'applique également aux billets à ordre (art. 174), aux chèques (art. 196) et aux titres de nantissement (art. 251). L'aval garantit en totalité ou en partie le paiement de l'effet de commerce; il peut être donné par un tiers ou tout autre signataire, et doit figurer sur le titre ou sur une feuille qui lui est jointe (art. 109 à 111 de la LTOC). Comme les autres signataires de l'effet de commerce, l'avaliste est solidaire de la personne dont il s'est porté garant, et son engagement est valide, même si l'obligation garantie est nulle (art. 114).

En ce qui concerne les crédits internationaux, il arrive souvent que les prêteurs demandent la garantie du Gouvernement mexicain, octroyée habituellement sous forme d'"aval du gouvernement fédéral", par la Nacional Financiera, S.A. avec l'autorisation expresse - exigée par la loi - de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

b) Droit de rétention. Ce droit est donné à la partie à un contrat qui s'est obligée à remettre des biens meubles lorsque l'autre partie ne s'est pas acquittée de son obligation de payer le prix.

En droit positif, il ne peut y avoir rétention que lorsque des dispositions législatives le prévoient expressément; c'est le cas en matière civile pour les contrats d'achat et de vente (art. 2286), l'échange (art. 2331), le dépôt (art. 2528, 2533 et 2534), la construction (art. 2644), l'hébergement (art. 2669); et en matière commerciale pour la commission (art. 306 du Code de commerce) et le transport (art. 591, sect. VII du Code du commerce). Il existe une forme de droit de rétention en faveur de celui qui s'est obligé à donner ou à faire une chose, lorsque l'autre partie au contrat n'exécute pas l'obligation qui lui incombe; c'est la conséquence de la clause comissoire tacite que comportent les contrats bilatéraux (art. 1949 du Code civil), qui peut être invoquée en justice tant par celui qui demande l'exécution du contrat (inadimpleti non est adimplendum) que par le défendeur (exceptio inadimpleti contractus).

II. Sûretés réelles

1. Le droit mexicain ne prévoit pas de sûreté générale tacite, par laquelle tous les biens du débiteur (à la manière d'une hypothèque générale) serviraient à garantir toutes ses obligations, même dans le cas d'une faillite (art. 2919 du Code civil); au contraire, d'une part les sûretés réelles grèvent exclusivement les biens (meubles, immeubles) spécifiés dans le contrat; d'autre part elles se limitent (numerus clausus) à celles établies par le droit positif et, enfin, pour être opposables à des tiers (autres créanciers d'un même débiteur), elles doivent être inscrites dans les registres de la propriété (art. 2861 et 2919 du Code civil).

L'autonomie de la volonté ne joue pas en matière de sûretés réelles comme elle joue en matière de garanties personnelles (par. 33 et 36 du document A/CN.9/20). Les sûretés réelles prévues en droit mexicain sont les suivantes : la clause de réserve de la propriété dans les contrats de vente à tempérament de biens meubles; le gage, pour les biens meubles, l'hypothèque, pour les biens immeubles, - bien que l'on puisse également hypothéquer une entreprise commerciale; les garanties bancaires à l'industrie et à l'agriculture et, depuis quelques années, le fidéicommis de garantie.

a) La clause de réserve de la propriété (Pacto de reserva de dominio). Le Code civil mexicain prévoit que dans le cas de vente à tempérament le vendeur peut conserver la propriété des biens meubles - marchandises - et stipule que cette clause reservati domini donac pretium solvatur ne peut être opposée à des tiers que si elle a été inscrite dans les registres de la propriété et s'il s'agit de biens non fongibles, individualisés et parfaitement identifiables (voir par. 10 du document A/CN.9/20/Add.1).

Cette clause interdit à l'acheteur d'aliéner la chose, tant qu'il ne l'a pas intégralement payée et reconnaît au vendeur le droit de la reprendre, en cas de non-paiement et même en cas de faillite du débiteur, ainsi que d'obtenir un loyer pour le temps pendant lequel la chose a été en possession de l'acheteur (art. 2312 du Code civil).

Cette garantie n'est pas réglementée par la législation commerciale, mais elle s'applique aussi aux contrats commerciaux.

b) Gage ou nantissement (prenda). Selon la définition juridique du Code civil mexicain (art. 2856), le gage est un droit réel sur un bien meuble aliénable en vue de garantir l'exécution d'une obligation et le paiement du créancier gagiste par préférence aux autres créanciers.

Peuvent être gagés les fruits, les titres négociables (par exemple actions et obligations émises par des sociétés anonymes) et même les titres de créances (art. 2857, 2861 et 2865). Lorsqu'il s'agit de biens corporels, leur remise - réelle ou juridique - au créancier est obligatoire (art. 2858).

De même que le cautionnement, le nantissement peut être civil ou commercial et est réglementé tant par le droit commun ou civil que par la législation commerciale (art. 334 et suivants de la LTOC).

En fait, la réglementation du nantissement en droit commercial et l'ampleur du champ d'application que l'article 334 de la LTOC donne au nantissement commercial enlèvent presque toute raison d'être au nantissement civil qui serait réservé à des biens meubles ne constituant pas des marchandises, à des titres de créance ou à des créances commerciales, lorsque le nantissement n'est pas accessoire d'une opération commerciale, ne met pas en cause des commerçants et n'a pas lieu à l'occasion de l'exploitation de leur entreprise ou de leur négoce.

Il importe aussi d'indiquer que si dans le nantissement civil le gage peut demeurer en la possession du débiteur (art. 2859), il n'en va pas de même dans le nantissement commercial, qui n'est autorisé que s'il y a dessaisissement, ou dépossession du débiteur, en faveur du créancier ou d'un tiers.

Il convient d'indiquer que tant dans le cas du nantissement (art. 2883 du Code civil et 334 de la LTCC) que dans celui de l'hypothèque (art. 2916), et même, semble-t-il, des garanties bancaires dont il est question au point d) ci-dessous, il est interdit de convenir que, faute par le débiteur de s'acquitter à l'échéance de ses obligations, les biens donnés en garantie demeureront au créancier sans l'intervention du juge (prohibition du pacte commissaire). Pour que ce pacte soit valable, il faut qu'il soit conclu et formulé postérieurement à la constitution de la sûreté (nantissement ou hypothèque).

Cette sûreté a, en droit mexicain, les caractéristiques mentionnées aux alinéas i) à iv) du paragraphe 5 du document A/CN.9/20/Add.1.

c) L'hypothèque (Hipoteca). Au Mexique, l'hypothèque est une sûreté qui porte traditionnellement sur des immeubles (bien que le Code civil n'exclut pas qu'elle puisse également s'appliquer à des biens meubles), lesquels, contrairement à ce qui se passe dans le cas du gage, ne sont pas remis au créancier; de même que le gage, l'hypothèque donne au créancier le droit, en cas d'inexécution de l'obligation faisant l'objet de la garantie, d'être payé sur la valeur des biens, suivant l'ordre de préférence fixé par la loi.

Sont compris dans la garantie hypothécaire les accessions et plus-values ainsi que les biens meubles qui sont fixés ou incorporés à l'immeuble et, s'il en est convenu ainsi, les fruits industriels (intérêts) et les loyers échus (art. 2896 et 2897).

D'autre part, le droit mexicain autorise la constitution d'hypothèque pour garantir des obligations à ordre (par exemple obligations attestées par des titres de créance comme les lettres de change, les billets à ordre, les obligations ou debentures); il est permis, en ce cas, de faire mention de la garantie dans le libellé du document de sorte qu'elle peut être transférée par endos du titre, sans qu'il soit nécessaire d'en aviser le débiteur ni d'enregistrer le transfert; le droit mexicain va même jusqu'à autoriser la constitution d'hypothèque pour garantir des obligations au porteur, auquel cas le transfert est effectué par simple remise du titre, sans autre formalité (art. 2926).

Enfin, la législation bancaire permet que l'on hypothèque, pour garantir des prêts publics ou privés accordés à des entreprises commerciales ou industrielles, l'ensemble d'une entreprise industrielle, agricole ou d'élevage [art. 12 de la loi sur les établissements de crédit (Ley de Instituciones de Crédito)].

d) Crédits bancaires accordés à des entreprises agricoles et industrielles

Il s'agit des crédits d'équipement ou de crédits agricoles ou commerciaux qui sont réglementés par la LTOC (art. 321). Ces deux catégories de crédits doivent être exclusivement consacrées au développement de ces entreprises, et la garantie est constituée non seulement par l'équipement ou le matériel acquis grâce au prêt obtenu ou qui font l'objet des contrats de fourniture ou d'installation qui sont conclus, mais aussi par les biens immeubles de l'entreprise (terrain, usine ou atelier), par les stocks de matières premières et de produits manufacturés et par les bénéfices de l'exploitation.

La garantie est donc très étendue et porte aussi bien sur des biens meubles que sur des immeubles, mais le débiteur reste en possession de tous les biens qui la constituent.

L'un quelconque de ces contrats d'équipement ou de ces crédits agricoles ou commerciaux peuvent ainsi que l'hypothèque, comme il est indiqué à la fin du point c) ci-dessus, permettre de faire face aux besoins en matière d'équipement ou d'installations dont il est question au paragraphe 38 du document A/CN.9/20.

e) Mise sous séquestre ou saisie conservatoire (Secuestro o embargo). Il existe une forme de saisie conservatoire ou de mise sous séquestre de biens, ordonnée par l'autorité judiciaire, qui constitue aussi une sûreté réelle. Cette mesure est prise en faveur du créancier, dont la créance doit être attestée par un titre exécutoire (par exemple lettre de change ou billet à ordre), lorsque le débiteur ne paye pas à l'échéance et que le créancier demande le paiement en justice.

S'il s'agit d'un immeuble, la saisie doit être inscrite sur les registres de propriété; s'il s'agit de biens industriels ou commerciaux, elle s'opère par un contrôle de l'entreprise ordonné par l'autorité judiciaire; enfin, s'il s'agit de biens meubles, elle s'accompagne de la mise sous séquestre et du dépôt des biens, entre les mains d'une personne désignée à cet effet par le créancier saisissant. Par ailleurs, la saisie n'affecte pas les autres sûretés réelles constituées antérieurement et ne crée une préférence que par rapport aux charges constituées postérieurement.

f) Fideicommis (fideicomiso). Le droit mexicain réglemente expressément cette opération. Au Mexique le fideicommis se caractérise par l'intervention obligatoire comme fiduciaire (trustee) d'un établissement de crédit particulier (banque fiduciaire) auquel sont transmis les biens ou les droits (fiducias causa), aux fins prévues dans le contrat conclu.

Depuis qu'il a été reconnu par le droit mexicain, en 1924, le fideicommis, qui est réglementé par les articles 346 à 359 de la LTOC, a pris une extension considérable.

De nos jours, on utilise aussi le fideicommis comme moyen de garantie, grâce au transfert au fiduciaire de biens ou de droits de l'auteur du fideicommis (débiteur dans l'opération principale) qui peuvent être directement attribués au fideicommissaire (créancier dans l'opération principale) en cas d'inexécution des obligations garanties. Il y a donc un transfert fiduciaire de propriété en guise de sûreté, comme l'indiquent les documents A/CN.9/20 et Add.1 (par. 9) sur lesquels est fondé le présent rapport.

Cette opération, que l'on ne peut en toute rigueur considérer comme une sûreté réelle, a l'avantage de permettre la séparation ou l'affectation spéciale de certains biens pour honorer ou garantir une dette; et cela par l'intermédiaire d'établissements de crédit dont la solvabilité et le sérieux sont assurés par le contrôle que l'Etat exerce sur eux.

III. Garanties directes

Indépendamment des garanties et sûretés analysées dans les parties I et II ci-dessus, dans lesquelles l'obligation assumée par le débiteur - principal obligé - est garantie par une obligation accessoire incombant à un tiers et par l'affectation ou le nantissement de biens, il existe d'autres garanties dont la caractéristique générale est qu'elles sont constituées par l'intervention dans l'opération de tiers qui assument ou acquièrent les mêmes obligations que le débiteur principal.

Il s'agit, principalement, de crédits bancaires confirmés et irrévocables réglementés par les articles 317 à 320 de la LTOC, ainsi que par les règles de la Chambre de commerce internationale.

Du fait de cette intervention, la banque s'engage à couvrir la valeur des marchandises qui font l'objet d'un contrat d'achat et de vente entre parties éloignées l'une de l'autre dès qu'elle aura reçu les documents spécifiant les marchandises achetées (facture), leurs caractéristiques et qualités (certificats d'origine et de qualité), la date de sortie du pays où réside le vendeur (certificats de passage en douane), les titres de transport (connaissement) et les papiers d'assurance (police correspondante) - ou seulement certains de ces documents, suivant les termes du contrat d'achat et de vente et les instructions données à la banque par les parties.

UNION DES REPUBLIQUES SOCIALISTES SOVIETIQUES

[Original : russe]

10 décembre 1969

Etant donné la diversité des pratiques et des systèmes juridiques nationaux qui s'appliquent à la question des garanties et des sûretés dans le domaine des paiements internationaux, on ne peut que se féliciter des propositions tendant à unifier les principes et les pratiques concernant les garanties, ainsi qu'à fournir des renseignements plus précis sur les réglementations nationales applicables aux autres types de sûretés.

Il conviendra, au cours de la rédaction des principes unifiés, de prendre en considération les problèmes pratiques ci-après :

1. La pratique bancaire internationale a mis au point certains types de garanties (tels que les garanties de paiement sur présentation, les garanties de remboursement des avances, etc.), mais ces garanties diffèrent considérablement par leur forme. Chaque banque émet des garanties sous la forme qu'elle reconnaît, bien que les sociétés requièrent fréquemment d'une banque étrangère des garanties dont la forme soit acceptable dans leur propre pays ou par leurs propres banques. Il s'ensuit un certain nombre de difficultés et d'inconvénients dans l'émission des garanties.

2. En l'absence de principes généraux appliqués par toutes les banques en matière de garanties, il est impossible d'obtenir une interprétation uniforme des clauses essentielles qui, dans les garanties, définissent l'étendue de l'obligation incombant à la banque, les conditions d'exécution de la garantie, sa période de validité, etc. Il n'en reste pas moins que le besoin d'une telle interprétation se fait fréquemment sentir, étant donné que de nombreuses garanties émises par les banques étrangères sont rédigées dans les termes les plus généraux, alors que d'autres entrent dans tous les détails; aussi est-il pratiquement impossible d'exécuter de la même façon ces deux types de garanties.

Il pourrait donc être utile d'unifier les principes et les pratiques concernant, entre autres, les questions suivantes :

1. La notion de garantie bancaire, ses caractéristiques et sa terminologie.

2. Les divers types et formes de garanties bancaires, y compris :
- a) Les garanties de paiement effectif (en faveur de l'exportateur);
 - b) Les garanties de remboursement des avances et les garanties contre les pertes (en faveur de l'importateur);
 - c) Les garanties émises en cas d'adjudication (garanties de soumission);
 - d) Les garanties relatives aux transports maritimes.

Il conviendrait que les mentions suivantes figurent obligatoirement sur la garantie :

- a) Désignation exacte du garant, du débiteur et du bénéficiaire;
- b) Indication du contrat ou autre base légale;
- c) Définition de l'obligation du débiteur;
- d) Définition de l'obligation du garant;
- e) Montant de la garantie;
- f) Indication des circonstances et autres conditions relatives à l'exécution de la garantie;
- g) Etendue de l'obligation du garant (obligation avec ou sans condition, sur présentation de certains documents, ou à vue);
- h) Période de validité de la garantie.

3. La procédure de renouvellement des garanties, le remplacement d'une garantie par une autre, les cas où une banque peut être dispensée de remplir son obligation (cas de force majeure), et le droit d'exception du garant (conditions dans lesquelles ce droit peut être exercé).

4. Les règles sur le conflit des lois, par exemple en ce qui concerne la loi applicable à l'obligation en vertu de la garantie, ou en ce qui concerne la capacité juridique des parties.

Pour entamer la tâche d'unification, il conviendrait en premier de prier les établissements bancaires des pays participant au commerce international de communiquer copie des formules de garantie qu'ils utilisent.
