



Assemblée générale

Distr. GENERALE

A/CN.9/431
4 juillet 1996

FRANÇAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Trentième session
Vienne, 12-30 mai 1997

Note explicative du Secrétariat de la CNUDCI relative à la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by¹

INTRODUCTION

1. La Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies et ouverte à la signature des Etats le 11 décembre 1995. Elle a été établie par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)².
2. La CNUDCI est un organe technique intergouvernemental de l'Assemblée générale des Nations Unies chargé d'élaborer des instruments de droit commercial international conçus pour aider la communauté internationale à moderniser et à harmoniser les lois relatives au commerce international. On citera, parmi les autres instruments juridiques de la CNUDCI, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationaux de marchandises, la Convention des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978, la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, l'Aide-Mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales, le Règlement de conciliation de la CNUDCI, la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, la Loi type de la CNUDCI

¹La présente note a été établie par le Secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à des fins d'information; il ne s'agit pas d'un commentaire officiel de la Convention.

²Le projet de Convention a été établi par le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de la CNUDCI à ses treizième à vingt-troisième sessions (on trouvera les rapports de ces sessions dans les documents suivants de l'Organisation des Nations Unies : A/CN.9/330, 342, 345, 358, 361, 372, 374, 388, 391, 405 et 408, reproduits dans l'Annuaire de la CNUDCI, vol. XXI : 1990 à XXVI : 1995). Les délibérations de la Commission sur le projet de Convention sont résumées aux paragraphes 11 à 201 du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-huitième session (1995), *Documents officiels de l'Assemblée générale, Cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), qui comporte, dans son annexe I, le texte du projet de Convention soumis par la Commission à l'Assemblée générale. L'Assemblée a adopté la Convention à sa cinquantième session, par sa résolution 50/48.

sur les virements internationaux, la Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens, de travaux et de services et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

3. La Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by est conçue pour faciliter l'utilisation des garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, notamment dans les contextes où un seul de ces instruments est traditionnellement utilisé. La Convention a également pour objet de renforcer les principes et caractéristiques de base communs aux garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by. Pour qu'il soit bien clair que les règles s'appliquent à la fois aux garanties indépendantes et aux lettres de crédit stand-by et afin d'aplanir les divergences en matière de terminologie, la Convention utilise le terme neutre d'"engagement" pour désigner ces deux types d'instrument.

4. Les engagements indépendants régis par la Convention sont des outils essentiels du commerce international. Ils sont utilisés dans divers cas, par exemple, pour garantir l'exécution d'obligations contractuelles telles que des obligations de construction, de fourniture et de paiement; garantir le remboursement d'une avance dans le cas où un tel remboursement serait requis; garantir l'obligation qu'a le soumissionnaire retenu de conclure le marché; assurer le remboursement d'un montant dû en vertu d'un autre engagement; appuyer l'émission de lettres de crédit commerciales et d'assurances; et renforcer la solvabilité d'emprunteurs publics ou privés. Toutefois, on n'est pas partout familier à la fois de l'un et de l'autre des instruments régis par la Convention, il y a peu de dispositions législatives qui en traitent, la pratique concernant ces instruments diverge à certains égards et des questions importantes auxquelles se heurtent les usagers, les praticiens et les tribunaux du fait de ces instruments ne peuvent être réglées contractuellement par les parties.

5. En établissant un ensemble harmonisé de règles applicables aux deux types d'instruments, la Convention renforcera la certitude juridique en ce qui concerne leur utilisation dans les opérations commerciales au jour le jour et permettra de promouvoir l'offre de crédits aux emprunteurs publics. Elle facilitera également l'émission de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by en combinaison : par exemple, l'émission d'une lettre de crédit stand-by pour appuyer l'émission d'une garantie, ou *vice versa*, chaque engagement étant alors soumis au même régime juridique. La Convention facilitera également les "consortiums", qui pourront plus aisément combiner ces deux types d'instruments. Cette technique permet aux prêteurs d'étaler les risques de crédit entre les participants au consortium, ce qui leur donne la possibilité d'offrir des crédits plus importants.

6. La Convention donne une assise législative à l'autonomie des parties en ce qui concerne l'application de règles convenues telles que les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU), élaborées par la Chambre de commerce internationale (CCI), ou d'autres règles qui pourront être conçues expressément pour traiter des lettres de crédit stand-by, ainsi que les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD), également élaborées par la CCI. Outre qu'elle est, pour l'essentiel, conforme aux solutions énoncées dans ces règles, la Convention en complète l'application en traitant de deux questions qui n'entrent pas dans leur champ, en particulier la question des demandes de paiement frauduleuses ou abusives et les recours judiciaires dans de tels cas. En outre, le fait que la Convention reconnaisse les conditions particulières énoncées dans les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, y compris tous usages et règles qui y sont incorporés, permet d'appliquer conjointement la Convention et des règles et usages tels que les RUU et les RUGD.

7. On notera, qu'à strictement parler, une garantie indépendante ou une lettre de crédit stand-by est un engagement pris en faveur d'un bénéficiaire. De ce fait, la Convention est axée sur la relation entre le garant (dans le cas d'une garantie indépendante) ou l'émetteur (dans le cas d'une lettre de crédit stand-by) (ci-après dénommé le "garant/émetteur") et le bénéficiaire. La relation entre le garant/émetteur et son client (ci-après

dénommé le "donneur d'ordre") n'entre pas, pour l'essentiel, dans le champ d'application de la Convention. Il en va de même de la relation entre le garant/émetteur et la partie ordonnatrice (celle-ci étant, par exemple, une banque demandant au garant/émetteur, pour le compte de son client, d'émettre une garantie indépendante.

8. On trouvera ci-après un résumé des principales caractéristiques et dispositions de la Convention.

I. CHAMP D'APPLICATION

A. Types d'instruments traités

9. Le champ d'application de la Convention se limite aux instruments du type désigné dans la pratique sous le nom de garanties indépendantes (que l'on appelle, par exemple, "garanties sur demande", à "première demande", "sur simple demande" ou "bancaire") ou de lettres de crédit stand-by (art. 2-1). Ces instruments peuvent entrer tous deux dans le champ d'application de la Convention car ils ont de nombreux points communs. Ils sont payables sur présentation de documents spécifiés et sont utilisés pour se protéger contre la survenance éventuelle d'un fait (par exemple, une contravention à un contrat). On notera que la lettre de crédit stand-by est également souvent utilisée pour assurer le paiement d'une dette arrivée à échéance (lettre de crédit stand-by "financière" ou "à paiement direct").

10. Dans les engagements régis par la Convention, le garant/émetteur promet de payer le bénéficiaire sur demande. La demande peut, selon les conditions de l'engagement, être soit une demande "simple", soit une demande accompagnée des autres documents demandés dans la garantie ou la lettre de crédit stand-by. L'obligation de payer du garant/émetteur est déclenchée par la présentation d'une demande de paiement sous la forme requise et avec les documents requis par la garantie indépendante ou la lettre de crédit stand-by. Le garant/émetteur n'a pas à examiner l'opération sous-jacente, mais doit simplement déterminer si la demande documentaire de paiement est conforme en apparence aux stipulations de la garantie ou de la lettre de crédit stand-by. Du fait de cette caractéristique, les instruments régis par la Convention sont souvent décrits comme des instruments "indépendants" et "documentaires".

11. Compte tenu de la pratique, divers types de scénarios sont envisagés pour ce qui est de la prise d'un tel engagement, soit à la demande du client ("donneur d'ordre"), ou sur ordre d'une autre entité ou personne ("partie ordonnatrice") agissant sur la demande de son client, ou pour le compte du garant/émetteur lui-même (art. 2-2).

12. Les parties sont entièrement libres d'exclure complètement l'application de la Convention (article premier); ainsi, une autre loi devient applicable. Comme la Convention, lorsqu'elle est applicable, est pour l'essentiel composée de règles supplétives plutôt qu'impératives, les parties ont, dans une large mesure, la possibilité d'exclure ou de modifier les règles de la Convention dans un cas donné.

B. Traitement des contre-garanties et confirmations

13. La Convention est conçue pour englober les "contre-garanties". La contre-garantie est définie dans la Convention (art. 6.c) dans les mêmes termes, pour l'essentiel, que la notion fondamentale d'"engagement", à savoir un engagement pris envers le garant/émetteur d'un autre engagement par sa partie ordonnatrice et prévoyant le paiement sur simple demande ou sur demande accompagnée d'autres documents, conformément aux termes et à toutes conditions documentaires de l'engagement (contre-garantie).

14. Outre qu'elle considère en général les contre-garanties comme des "engagements", la Convention comporte une disposition particulière sur les contre-garanties dans le contexte des demandes frauduleuses ou abusives de paiement; dans ce contexte, les contre-garanties peuvent poser des problèmes distincts de ceux que posent les autres engagements régis par la Convention (voir ci-après, par. 48).

15. La Convention englobe également les confirmations d'engagements, c'est-à-dire les engagements qui s'ajoutent à ceux du garant/émetteur et qui sont autorisés par lui. Une confirmation donne au bénéficiaire la possibilité de demander le paiement au confirmateur, au lieu du garant/émetteur. En exigeant l'autorisation du garant/émetteur,

la Convention ne reconnaît pas comme confirmations les confirmations "silencieuses", c'est-à-dire les confirmations ajoutées sans le consentement du garant/émetteur.

C. Instruments n'entrant pas dans le champ d'application de la Convention

16. La Convention ne s'applique pas aux garanties "accessoires" ou "conditionnelles", c'est-à-dire les garanties dans lesquelles l'obligation de paiement du garant suppose davantage que le simple examen d'une demande documentaire de paiement. Ainsi, la Convention n'annule ni ne modifie en aucune manière ces instruments, ni n'en réglemente l'utilisation, ni ne dissuade d'y recourir. Pour déterminer s'il serait préférable d'utiliser dans un cas donné un engagement indépendant du type prévu par la Convention, ou tout autre type d'instrument, il faudra se fonder sur les circonstances commerciales en jeu et sur les intérêts particuliers des parties.

17. Les lettres de crédit autres que les lettres de crédit stand-by ne sont pas régies par la Convention. Toutefois, celle-ci reconnaît aux parties à des lettres de crédit internationales autres que les lettres de crédit stand-by le droit d'opter pour la Convention (art. 1-2). Cette disposition a été incluse notamment parce que la Convention énonce un ensemble de règles dont les parties à une lettre de crédit commerciale voudront peut-être tirer parti, vu les nombreux points communs entre les lettres de crédit commerciales et les lettres de crédit stand-by et étant donné qu'il est parfois difficile de distinguer ces deux types d'instruments.

D. Définition de l'"indépendance"

18. S'il est dans l'ensemble reconnu que les engagements du type régi par la Convention sont "indépendants", il n'y a pas unanimité au plan international sur la manière d'interpréter et de reconnaître cette caractéristique essentielle. La Convention favorisera l'uniformité en la matière puisqu'elle comporte une définition de l'"indépendance" (art. 3). Selon cette définition, l'engagement ne doit pas dépendre de l'existence ou de la validité d'une opération sous-jacente, ni de tout autre engagement. Cette dernière référence à un autre engagement précise l'indépendance de la contre-garantie par rapport à la garantie sur laquelle elle porte, ainsi que de la confirmation par rapport à la lettre de crédit stand-by ou à la garantie indépendante qu'elle confirme.

19. En outre, pour entrer dans le champ d'application de la Convention, un engagement ne doit être soumis à aucun terme ou condition ne figurant pas dans l'engagement. Il est spécifié qu'un engagement ne doit pas être fonction d'un acte ou fait futur et incertain, à l'exception de la présentation d'une demande et d'autres documents par le bénéficiaire ou de tout autre acte ou fait entrant dans le domaine d'activité du garant/émetteur. Cela est conforme à la notion selon laquelle le garant/émetteur, dans le cas d'un engagement indépendant, a pour rôle de payer et non d'enquêter.

E. Caractère "documentaire" des engagements

20. Outre qu'il est "indépendant" de l'opération sous-jacente, l'engagement régi par la Convention a un caractère "documentaire". Cela signifie que les obligations du garant/émetteur, lorsqu'on lui présente une demande de paiement, se limitent à l'examen de la demande de paiement et de tous documents joints, afin de vérifier qu'ils sont conformes en apparence aux termes et conditions de la garantie indépendante ou de la lettre de crédit stand-by. En raison de cette règle, les engagements comportant des "conditions non documentaires" n'entrent pas dans le champ de la Convention. Les seules conditions qui n'ont pas à être documentaires par nature concernent des actes ou faits entrant dans le domaine d'activité du garant/émetteur : par exemple, le garant/émetteur pourra déterminer si un montant requis a été déposé à un compte désigné géré par lui.

F. Définition de l'internationalité

21. La Convention ne s'applique qu'aux engagements qui sont internationaux. L'engagement est international si les établissements, tels qu'ils sont spécifiés dans l'engagement, de deux des personnes suivantes, sont situés dans des Etats différents : garant/émetteur, bénéficiaire, donneur d'ordre, partie ordonnatrice, confirmateur (art. 4-1). Des règles particulières sont énoncées pour le cas où un engagement énumérerait plus d'un établissement pour une partie,

ainsi que pour le cas où une partie n'aurait pas d'établissement en tant que tel, mais uniquement une résidence habituelle (art. 4-2).

G. Facteurs de rattachement pour l'application de la Convention

22. La Convention est applicable de deux manières aux engagements internationaux. La première tient au fait que le garant/émetteur est situé dans un Etat partie à la Convention ("Etat contractant") (art. 1-1 a)). La seconde est la suivante : la Convention s'applique si les règles du droit international privé aboutissent à l'application de la législation d'un Etat contractant (art. 1-1 b)).

23. La Convention comporte un autre mécanisme d'harmonisation du droit dans ce domaine, car son chapitre VI (Conflit de lois, art. 21 et 22) énonce les règles que doivent appliquer les tribunaux d'un Etat contractant pour déterminer dans un cas donné la loi applicable à une garantie indépendante ou à une lettre de crédit stand-by. Ces règles sont applicables qu'il apparaisse ou non, dans un cas donné, que la Convention est le droit matériel applicable à la garantie indépendante ou à la lettre de crédit stand-by en question (voir ci-après, par. 53 et 54).

II. INTERPRETATION

24. La Convention comporte une règle générale selon laquelle, pour son interprétation, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application (art. 5). En outre, elle doit être interprétée dans le souci d'assurer le respect de la bonne foi dans la pratique internationale. Des résumés de décisions judiciaires ou sentences arbitrales appliquant et interprétant une disposition de la Convention seront inclus dans le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI.

III. FORME ET TENEUR DE L'ENGAGEMENT

25. La Convention énonce des règles sur plusieurs aspects de la forme et de la teneur des engagements, comme il est indiqué ci-après.

A. Emission

26. Pour ce qui est du moment et du lieu de l'émission (c'est-à-dire quand et où naissent les obligations du garant/émetteur envers le bénéficiaire), la Convention favorise la certitude dans un domaine traditionnellement incertain en raison de la coexistence de notions différentes. La Convention dispose que l'émission se produit au moment et au lieu où l'engagement cesse d'être sous le contrôle du garant/émetteur (par exemple, lorsqu'il est envoyé au bénéficiaire) (art. 7-1). En outre, la Convention définit l'émission en fonction de ses effets pratiques. Une fois émis, l'engagement peut faire l'objet d'un paiement conformément à ses termes et il est irrévocable.

27. Comme il est habituel dans les textes juridiques de la CNUDCI, la Convention énonce, pour ce qui est de l'émission, des conditions de forme souples et tournées vers l'avenir. En exigeant une forme qui préserve un enregistrement complet du texte de l'engagement, plutôt qu'en faisant référence à la forme "écrite", la Convention permet l'émission sur un support autre que le papier (par exemple, par l'échange de données informatisées). Pour ce faire, elle fait référence à une émission sous toute forme préservant un enregistrement complet du texte de l'engagement et prévoit une méthode d'authentification généralement acceptable ou expressément convenue (art. 7-2).

28. La Convention ne traite pas de la question de la capacité d'émettre un engagement (c'est-à-dire, qui est autorisé à être garant/émetteur). Cette question, qui a des incidences réglementaires ou légales différentes selon les pays, doit être régie par la loi nationale.

B. Modification

29. La Convention donne une assise législative à la pratique selon laquelle la modification d'un engagement exige l'acceptation du bénéficiaire, afin de produire ses effets, sauf stipulation contraire (art. 8-3). La Convention tient compte du fait qu'une modification peut être autorisée par avance par le bénéficiaire, auquel cas elle prend effet dès son émission (art. 8-2).

30. Dans l'une des rares dispositions de la Convention qui traite directement de la relation entre le donneur d'ordre et le garant/émetteur, il est indiqué clairement qu'une modification n'a d'effet sur les droits et obligations du donneur d'ordre, ou d'une partie ordonnatrice ou d'un confirmateur, que s'ils acceptent ladite modification (art. 8-4).

C. Transfert et cession

31. La Convention tient compte de la distinction faite dans la pratique entre, d'une part, le transfert à une autre personne du droit qu'a le bénéficiaire initial de demander paiement et, d'autre part, la cession du produit de l'engagement, si le paiement a été effectué. Dans le cas de la cession du produit, à la différence du transfert, c'est toujours le bénéficiaire initial qui a le droit de demander le paiement, le cessionnaire ne se voyant donner que le droit de recevoir le produit du paiement, si un tel paiement est effectué.

32. Pour ce qui est du transfert, la Convention reprend l'exigence double, énoncée dans les RUU, selon laquelle l'engagement lui-même doit être désigné comme transférable et, en outre, tout transfert effectif doit être autorisé par le garant/émetteur (art. 9). La raison en est que le remplacement de la personne qui doit présenter la demande de paiement et tous documents joints peut augmenter le risque supporté par le garant/émetteur (par exemple, si le garant/émetteur estime que le cessionnaire proposé serait moins fiable ou moins connu que le bénéficiaire initialement désigné). Pour cette raison, le garant/émetteur se voit accorder la possibilité d'approuver un transfert donné.

33. Pour ce qui est de la cession du produit, le bénéficiaire de l'engagement peut, sauf disposition contraire de l'engagement ou sauf convention contraire, céder le produit (art. 10-1). S'il le fait et si le garant/émetteur ou toute autre personne tenue d'effectuer le paiement a reçu une notification émanant du bénéficiaire, le paiement au cessionnaire libère le débiteur de son obligation en vertu de l'engagement, dans la mesure du paiement qu'il effectue (art. 10-2).

D. Extinction du droit de demander paiement

34. La Convention traduit sur le plan législatif les notions relatives à l'extinction du droit de demander paiement, qui sont bien connues dans la pratique, mais pas toujours reconnues dans les lois nationales ou la jurisprudence. En vertu de la Convention (art. 11), les faits qui déclenchent l'extinction sont les suivants : une déclaration du bénéficiaire libérant le garant/émetteur de son obligation; la résiliation de l'engagement convenu par le garant/émetteur; le paiement intégral du montant énoncé dans l'engagement, à moins que l'engagement ne prévoise un renouvellement ou une augmentation automatiques du montant disponible; l'expiration de la période de validité de l'engagement. En affirmant que la présentation de la demande de paiement doit se produire avant l'expiration de l'engagement, la Convention contribuera à supprimer les incertitudes qui subsistent à ce propos.

35. Il subsiste également des incertitudes dans certaines juridictions quant à l'effet de la conservation de l'instrument contenant l'engagement sur l'extinction définitive du droit de demander paiement. La Convention, conformément à ce qui est en général considéré comme la meilleure pratique, dispose qu'en aucun cas la conservation de l'instrument ne prolonge le droit de demander paiement si le montant disponible a déjà été payé ou si l'engagement a expiré (art. 11-2). Outre ces deux cas, les parties restent libres de disposer que l'engagement doit être renvoyé pour qu'il soit mis fin au droit de demander paiement.

E. Expiration

36. La Convention dispose (art. 12) que la période de validité d'un engagement expire de la manière suivante : à la date d'expiration, qui peut être une date spécifiée ou le dernier jour d'un délai déterminé dans l'engagement; si

l'expiration est fonction de la survenance d'un acte ou d'un fait, lors de la présentation du document spécifié dans l'engagement afin d'indiquer la survenance de cet acte ou de ce fait, ou, si aucun document n'est spécifié, lors de la présentation par le bénéficiaire d'une attestation à cette fin; ou lorsque six ans se sont écoulés à compter de la date d'émission, si aucune date d'expiration n'a été stipulée ou si l'acte ou fait dont l'expiration dépend n'est pas survenu.

IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS

A. Détermination des droits et obligations

37. Les droits et obligations du garant/émetteur et du bénéficiaire sont déterminés par les termes et conditions énoncés dans l'engagement (art. 13-1). Référence expresse est faite dans la Convention aux règles, aux conditions générales ou aux usages (par exemple les RUU, les RUGD) auxquels l'engagement est expressément soumis. Cela est conforme à l'objectif essentiel de la Convention, qui est de donner une assise législative au droit qu'ont les parties commerciales d'incorporer de tels règles, conditions ou usages. Grâce à cette approche, la Convention restera un instrument vivant, adaptable à l'évolution de la pratique, y compris aux révisions futures de règles telles que les RUU, les RUGD, ainsi qu'aux autres règles internationales qui pourront être élaborées.

38. Ce lien souple entre la Convention et les besoins et les nouveaux usages et normes de la pratique commerciale est également mentionné ailleurs dans la Convention. Par exemple, pour l'interprétation des termes et conditions d'un engagement et pour le règlement de questions non traitées par la Convention, il doit être tenu compte des règles et usages internationaux généralement acceptés de la pratique en matière de garanties indépendantes ou de lettres de crédit stand-by (art. 13-2).

39. De même, la norme de conduite du garant/émetteur, fondée sur la bonne foi et l'exercice d'un soin raisonnable, doit être définie par référence aux normes généralement acceptées de la pratique internationale en matière de garanties indépendantes ou de lettres de crédit stand-by (art. 14-1). La Convention n'empêche certes pas d'énoncer une norme un peu inférieure à la norme de soin généralement applicable, mais elle interdit clairement toute exonération de responsabilité du garant lorsqu'il n'agit pas de bonne foi ou lorsqu'il commet une faute lourde.

V. PRESENTATION DE LA DEMANDE ET PAIEMENT

A. Demande présentée par le bénéficiaire

40. Pour ce qui est du bénéficiaire, la demande et l'obtention du paiement supposent la présentation d'une demande de paiement et de tout document requis conformément aux conditions de l'engagement. Vu le caractère documentaire de la demande, les conditions de forme énoncées dans la Convention à propos de l'engagement lui-même (voir ci-dessus, par. 27) s'appliquent également à la demande (art. 15-1). Le lieu de présentation est le guichet du garant/émetteur au lieu de l'émission, à moins qu'un autre lieu ou qu'une autre personne n'aient été spécifiés pour le paiement (art. 15-2).

41. En outre, la Convention dispose (art. 15-3) qu'en présentant la demande, le bénéficiaire certifie implicitement que sa demande n'est pas de mauvaise foi et qu'il n'existe aucune des circonstances qui justifieraient le non-paiement conformément aux dispositions de la Convention relatives aux demandes de paiement frauduleuses ou abusives (voir ci-après, par. 47 et 48).

B. Examen de la demande et paiement

42. Le garant/émetteur a pour obligation d'examiner la demande et tous les documents joints afin de déterminer s'ils sont conformes en apparence aux termes et conditions de l'engagement et sont cohérents entre eux (art. 16-1). Cette détermination doit se faire compte dûment tenu des normes applicables de la pratique internationale; cette

formulation garantit que la Convention peut être adaptée à l'évolution de la pratique en ce qui concerne la notion de conformité apparente.

43. Dans une disposition expressément susceptible de modification par les termes de l'engagement, le garant/émetteur se voit accorder un "délai raisonnable", d'un maximum de sept jours, pour examiner la demande et décider de payer ou non (art. 16-2). Ainsi, ce "délai raisonnable" peut être inférieur à sept jours, mais en aucun cas supérieur à sept jours, à moins qu'un délai différent ne soit spécifié. La Convention tient ainsi compte du fait que le temps requis pour examiner la demande est fonction de la nature de chaque cas (par exemple, du volume et de la complexité des documents à examiner).

44. S'il décide de ne pas payer, le garant/émetteur est tenu d'en aviser promptement le bénéficiaire, en indiquant les motifs de sa décision (art. 16-2). S'il est déterminé que la demande est conforme, le paiement est effectué promptement, à moins que l'engagement ne prévoit un paiement à une date ultérieure.

45. La Convention reconnaît que le garant/émetteur peut, sauf disposition contraire de l'engagement, s'acquitter de son obligation de paiement en exerçant un droit à compensation dont il peut se prévaloir en vertu de la loi applicable (art. 18). Toutefois, elle ne reconnaît pas ce droit à compensation pour ce qui est des créances cédées par le donneur d'ordre ou la partie ordonnatrice, car une telle éventualité pourrait aller à l'encontre de l'objet de l'engagement.

C. Demandes frauduleuses ou abusives de paiement

46. L'un des principaux objectifs de la Convention est de mieux uniformiser internationalement la manière dont le garant/émetteur et les tribunaux doivent réagir aux allégations de fraude ou d'abus dans le cadre d'une demande de paiement fondée sur une garantie indépendante ou une lettre de crédit stand-by. Il s'agit là d'une question particulièrement délicate dans la pratique, car les allégations de fraude ont tendance à apparaître lorsqu'il y a litige sur l'exécution d'une obligation contractuelle sous-jacente. Cette difficulté et les incertitudes qui en résultent sont encore aggravées par le fait qu'il existe des notions divergentes à ce propos et que les garants/émetteurs et les tribunaux auxquels sont demandées des mesures provisoires de suspension des paiements réagissent différemment à de telles allégations.

47. La Convention contribue à atténuer ce problème en énonçant une définition générale, convenue sur le plan international, des types de cas dans lesquels il serait justifié d'énoncer une exception à l'obligation de payer en cas de demande apparemment conforme (art. 19-1). Cette définition englobe des faits se rattachant, dans les différents systèmes juridiques, aux notions de "fraude" ou d'"abus de droit". La définition se réfère aux cas suivants : il est clair et patent qu'un document n'est pas authentique ou a été falsifié, aucun paiement n'est dû sur la base des motifs invoqués dans la demande ou la demande n'a pas de justification concevable.

48. Pour plus de précision, la Convention présente une liste illustrative de cas où une demande serait réputée n'avoir pas de justification concevable (art. 19-2) : par exemple, l'obligation sous-jacente a indubitablement été acquittée à la satisfaction du bénéficiaire; l'exécution de l'obligation sous-jacente a clairement été empêchée par une faute intentionnelle du bénéficiaire; dans le cas d'une demande de paiement d'une contre-garantie, le bénéficiaire de la contre-garantie a payé de mauvaise foi en tant que garant/émetteur de l'engagement auquel se rapporte la contre-garantie.

49. La Convention, en autorisant le garant/émetteur - sans l'y obliger - à refuser le paiement au bénéficiaire en cas de fraude ou d'abus (art. 19-1), établit un équilibre entre les différents intérêts et considérations en jeu. En donnant un pouvoir discrétionnaire au garant/émetteur agissant de bonne foi, la Convention tient compte des préoccupations des garants/émetteurs qui souhaitent préserver la fiabilité commerciale des engagements en tant que promesses indépendantes des opérations sous-jacentes.

50. Dans le même temps, la Convention affirme que le donneur d'ordre, dans les cas susmentionnés, a vocation à obtenir des mesures judiciaires provisoires pour suspendre le paiement (art. 19-3). Cette disposition reconnaît qu'il

incombe aux tribunaux, et non aux garants/émetteurs, d'examiner les faits concernant l'opération sous-jacente. En outre, la Convention n'annule aucun droit que pourrait avoir le donneur d'ordre dans le cadre de sa relation contractuelle avec le garant/émetteur de ne pas rembourser un paiement effectué en contravention des termes de cette relation contractuelle.

D. Mesures judiciaires provisoires

51. Outre qu'elle habilite le donneur d'ordre ou la partie ordonnatrice à obtenir des mesures judiciaires provisoires suspendant le paiement ou gelant le produit d'un engagement dans les cas mentionnés ci-dessus, la Convention établit une norme de preuve à satisfaire pour que puissent être prononcées de telles mesures provisoires (art. 20-1). Selon cette norme, des mesures provisoires peuvent être ordonnées sur la base d'éléments de preuve sérieux immédiatement disponibles indiquant que, selon une forte probabilité, il existe des circonstances faisant apparaître le caractère frauduleux ou abusif de la demande. Référence est également faite au point de savoir si le donneur d'ordre risquera de subir un préjudice grave si des mesures provisoires ne sont pas prononcées, ainsi qu'à la possibilité pour le tribunal de demander que soit fournie une garantie.

52. Tout en autorisant les mesures judiciaires provisoires dans les cas susmentionnés, la Convention réduit au minimum le recours à de telles procédures judiciaires pour faire obstacle aux engagements en limitant l'octroi de ces mesures aux cas susmentionnés, plus un cas additionnel. Les mesures judiciaires provisoires suspendant le paiement ou gelant le produit sont également autorisées lorsque l'engagement est utilisé à des fins délictueuses (art. 20-3).

VI. CONFLIT DE LOIS

53. Comme il est indiqué ci-dessus (par. 23), la Convention énonce au chapitre VI des règles de conflit applicables par les tribunaux des Etats contractants, afin de déterminer la loi applicable aux engagements internationaux définis à l'article 2, qu'il s'avère ou non, dans tel ou tel cas, que la Convention elle-même sera la loi applicable. Ces règles de conflit reconnaissent le choix de la loi stipulé dans l'engagement ou démontré par les termes et conditions de l'engagement ou convenu par ailleurs par le garant/émetteur et le bénéficiaire (art. 21).

54. A défaut du choix d'une loi conformément à l'article 21, la Convention dispose que l'engagement est régi par la loi de l'Etat dans lequel le garant/émetteur a l'établissement où l'engagement a été émis (art. 22).

VII. CLAUSES FINALES

55. Les clauses finales (art. 23 à 29) englobent les dispositions habituelles relatives au rôle du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en tant que dépositaire et disposant que la Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les Etats qui l'auront signée avant le 11 décembre 1997, qu'elle est ouverte à l'adhésion de tous les Etats non signataires et que les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe sont également authentiques.

56. Vu le caractère essentiellement supplétif de la Convention, ainsi que le droit qu'ont les parties de l'exclure dans son intégralité, aucune réserve n'est autorisée. La Convention doit entrer en vigueur dans un délai d'un an à compter de la date de dépôt du cinquième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

* * *

Pour plus de renseignements, on pourra s'adresser au :

Secrétariat de la CNUDCI
B.P. 500

A/CN.9/431

Français

Page 10

Centre international de Vienne

A-1400 Vienne (Autriche)

Téléphone : (43-1) 21345-4060 ou 4061

Télex : 135612 uno a

Fax : (43-1) 21345-5813