



UN LIBRARY

FEB 27 1970

COLLECTION



Distr.
GENERALE
A/CN.9/37
6 février 1970
FRANCAIS
ORIGINAL : ANGLAIS

NATIONS UNIES
ASSEMBLEE
GENERALE

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 SURETES
(Garanties bancaires)

Note du Secrétaire général

1. A sa deuxième session, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ayant entendu une déclaration de l'Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI) sur les travaux de cette organisation en matière de garanties bancaires, a prié le Secrétaire général :

"D'inviter la Chambre de commerce internationale à présenter à la Commission, à sa troisième session, un rapport sur les travaux qu'elle effectue au sujet de certains types de garanties bancaires, telles que les garanties d'exécution, les garanties de soumission ou d'offre et les garanties de remboursement des avances sur compte dans le cas de contrats internationaux de livraison et de construction." 1/

2. Comme suite à la demande de la Commission, le Secrétaire général, par une lettre du 13 août 1969, a invité la CCI à présenter, pour transmission à la Commission, un rapport sur ses travaux en matière de garanties bancaires. En réponse à cette invitation du Secrétaire général, la CCI a présenté un rapport intitulé "Garanties bancaires", qui est reproduit à l'annexe I ci-après.

3. En plus du rapport susmentionné, la CCI a également communiqué le texte d'une résolution que son Comité exécutif a adoptée le 2 décembre 1969 sur la question des garanties bancaires. Cette résolution figure à l'annexe II ci-après.

1/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa deuxième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, Vingt-Quatrième session, Supplément No 18 (A/7618, par. 99, p. 30).

ANNEXE I

GARANTIES BANCAIRES

Rapport présenté par la Chambre de commerce internationale

1. A la réunion du 29 septembre 1969 au Secrétariat de la CCI, le Groupe de Travail Mixte constata avec satisfaction l'intérêt porté par les Nations Unies à l'étude de la CCI sur les garanties bancaires ainsi que l'invitation faite au nom du Secrétariat Général des Nations Unies à soumettre à la délibération de la Commission des Nations Unies sur le Droit Commercial International pour sa Troisième Session, qui se tiendra à New York en avril 1970, un rapport sur le résultat de cette étude.
2. Le Groupe de Travail Mixte prit note également de la proposition de la Délégation Hongroise à la Seconde Session de la CNUDCI qui s'est tenue à Genève, en mars 1969 : la Chambre de Commerce Internationale

"devrait immédiatement s'informer sur les problèmes pratiques liés aux garanties bancaires, établir et maintenir un contact permanent avec les autres organisations et experts spécialistes des questions bancaires, et devrait établir, dès que possible, le texte d'un "Projet de Règlement Uniforme relatif aux garanties bancaires".
3. Le Groupe de Travail Mixte pensa donc qu'il convenait de consigner le fait suivant : les vues exprimées à ce sujet lors du colloque au Congrès d'Istanbul de la CCI, tant par les rapporteurs que par d'autres participants, ainsi que les réponses au Questionnaire données jusqu'ici par onze Comités Nationaux de la CCI représentent l'expérience et l'opinion communes au secteur bancaire et aux

intérêts commerciaux et industriels de leurs pays respectifs ; ces vues et réponses confirmaient l'importance du sujet, encourageaient sa mise à l'étude et préconisaient une solution des problèmes par l'établissement de formules normalisées ou de clauses types pour les garanties, s'insérant dans une série de "conditions générales" plutôt que de prendre pour base des "Règles générales de conduite".

4. Le Groupe de Travail Mixte constata qu'à part une seule réponse marquant une préférence pour le mot "bond" plutôt que "garantie", les seules objections à la terminologie utilisée - et expliquée dans la note qui accompagnait le Questionnaire - étaient les suivantes :

- (a) le paragraphe (a) sous "2. - Objet de l'enquête", qui, semblait-il, donnait une définition insuffisante de la nature d'une garantie de soumission, et il fut convenu qu'on devait le développer ainsi :

"au moment de la soumission de l'offre en vue du contrat, et comme une indemnité due au bénéficiaire au cas où le donneur d'ordre deviendrait l'adjudicataire et ensuite ne signerait pas le contrat ou ne fournirait pas une garantie de bonne exécution dans le délai prescrit".

- (b) le paragraphe concernant la "banque locale" 3 (b) (iv), qui ne permettait pas d'utiliser des organisations autres que la banque. Il fut convenu que ce paragraphe devait être développé ainsi :

"iv) garant local, c'est-à-dire un garant, généralement une banque locale, une compagnie d'assurances-crédit ou une autre institution financière opérant à l'étranger dans le pays de l'acheteur ou du maître d'oeuvre, à laquelle il est demandé d'accorder sa propre garantie et de s'engager en vertu de la garantie, directement au bénéficiaire lorsque des réglementations locales l'exigent ; ses intérêts sont préservés par une garantie équivalente, le donneur d'ordre charge généralement une institution financière de la lui accorder".

Ceci nécessitait également une modification du 3 (b) (v), et il fut convenu que ce sous-paragraphe devait être ainsi modifié :

"v) le destinataire de la garantie, c'est-à-dire soit le bénéficiaire, soit le garant local ou toute autre agence de dépôt qui reçoit la contre-garantie, selon le cas".

5. Le Groupe de Travail Mixte constata aussi que les réponses reçues, ainsi que les spécimens de textes de garanties recueillis accusaient de grandes différences dans le libellé et qu'en particulier sur des points essentiels comme la date d'expiration effective, la nature de la garantie, c'est-à-dire conditionnelle ou inconditionnelle, n'étaient pas toujours très clairs, tandis que des points comme le droit applicable, le règlement des litiges ou la réduction au pro-rata des garanties proportionnellement à l'exécution du contrat commercial de base n'étaient pas compris dans le texte de la garantie.

Il fut convenu qu'une garantie inconditionnelle était une garantie au paiement de laquelle le bénéficiaire avait droit sur simple demande, celle-ci pouvant être accompagnée simplement d'un exposé des faits, tandis qu'une garantie conditionnelle stipulait généralement que la demande de paiement du bénéficiaire devait être accompagnée d'un document désigné dans la garantie, par exemple l'approbation écrite du donneur d'ordre, une décision arbitrale, un jugement ou tout autre document officiel.

On remarqua aussi que, bien que les garanties tendent généralement à prévoir que le paiement soit effectué sur première demande contre un simple reçu, certains se sont prononcés en faveur d'une clause dans la garantie "exigeant le consentement ou une justification, si l'on peut persuader le bénéficiaire d'accepter pareille condition". Le Groupe de Travail décida donc de recommander les garanties conditionnelles, plutôt qu'inconditionnelles, excepté peut-être en ce qui concerne les garanties de soumission qui peuvent être considérées comme virtuellement semblables aux arrhes, de sorte que la nécessité pour le garant de payer sur simple demande mettrait seulement le donneur d'ordre dans la même position que si des arrhes avaient réellement été versées.

6. Le Groupe de Travail Mixte constata qu'en ce qui concernait l'importante question de l'usage abusif des garanties l'expérience semblait varier, et que d'autre part les garants, les donneurs d'ordre ou les bénéficiaires pouvaient avoir des points de vue différents quant à la définition de l'usage irrégulier un comité national pouvait déclarer qu'il n'y avait pas de preuve concluante de perte réelle ou de difficulté grave causée par un usage abusif des garanties, tandis que d'autres Comités Nationaux devaient rapporter des exemples d'adjudicataires malheureux obligés de prolonger la garantie, sous menace que le paiement soit exigé, ou de prolongation analogue de la validité d'une garantie de bonne exécution, ou de refus de libérer une garantie d'un montant important avant d'avoir eu satisfaction quant à un paiement de peu d'importance, ou d'incapacité du donneur d'ordre (l'adjudicataire) d'assurer effectivement le paiement de travaux supplémentaires parce que le bénéficiaire (le maître d'oeuvre) réclamerait immédiatement la même somme en vertu de la garantie.
7. Le Groupe de Travail Mixte a étudié en détail les différentes réponses au Questionnaire (résumées dans l'annexe). Il a décidé, sous réserve de l'approbation des deux Commissions qui l'ont établi, de co-opter deux membres supplémentaires représentant les points de vue des pays en voie de développement. Il se propose d'essayer de rédiger des règles appropriées - une sorte de principes directeurs -, en employant une terminologie uniformisée, et d'élaborer des clauses-types, tout en traitant séparément les garanties relatives aux contrats de vente, et celles relatives aux contrats de construction, et ce pour chacun des différents types de garantie (soumission, bonne exécution, et remboursement), compte tenu de la normalisation déjà obtenue dans certaines régions, ou par certains "groupes d'intérêt" spéciaux.
8. Le Groupe de Travail Mixte recommande enfin de soumettre ce rapport et l'annexe au Secrétaire Général des Nations Unies, à titre d'information sur le stade actuel des travaux de la CCI dans ce domaine.

ANNEXE AU RAPPORT DE LA CCI SUR LES GARANTIES BANCAIRES

Analyse des réponses au Questionnaire envoyées par 11 Comités nationaux
(Doc. No 460/94-470/177)

Questions No. 1 et 2 - "Texte" et "Modification du texte".

Les réponses reflètent une diversité de pratique, variant selon les circonstances ; ainsi le texte des garanties de soumission - particulièrement celles en faveur de la puissance publique, semble être en grande partie déterminé par le bénéficiaire, voire par les conditions mêmes de l'offre de soumission. Ceci est parfois le cas également pour les garanties de bonne exécution ; mais celles-ci peuvent aussi bien faire l'objet d'un premier projet émanant soit du garant, soit dans le cas de contrats de construction, de l'ingénieur-conseil (agissant, toutefois, en tant que conseiller du bénéficiaire) ; ces garanties peuvent aussi être rédigées ou déterminées en commun par les deux parties ; enfin, elles peuvent se conformer à des formules-types établies par le garant. De plus, bien qu'il n'existe apparemment aucune loi qui prescrirait le texte intégral de la garantie, il a été noté qu'elle peut déterminer certains points précis, par exemple la capacité de servir de garant, ou la durée de la période de validité de la garantie.

Du point de vue pratique, cependant, il est apparu que c'est la partie ayant la meilleure position pour négocier qui est à même d'influer le plus sur le texte de garantie ; c'est le cas, par exemple, pour le pouvoir public sollicitant des soumissions qui peut prescrire le texte de la garantie dans les conditions de cette soumission, ou pour le donneur d'ordre auquel un "seller's market" permet d'influer davantage sur le libellé.

L'avis a également été exprimé qu'il ne pourrait pas toujours être dans l'intérêt du bénéficiaire de priver le donneur d'ordre ^{de toute possibilité} d'influer sur le libellé de la garantie, spécialement si celui-ci avait tendance à être "dur et rigoureux".

Les réponses ont aussi montré qu'en raison surtout du facteur temps, il y avait généralement peu de chances de pouvoir modifier le texte - une fois proposé par le bénéficiaire - des garanties de soumission, mais qu'il y avait plus de possibilités avec les garanties de bonne exécution, par exemple, dont le texte pourrait faire partie d'un accord d'ensemble ("package deal"), c'est-à-dire serait rattaché à d'autres points en négociation.

Presque toutes les réponses ont souligné qu'un ensemble de conditions générales ou un texte-modèle aurait une grande valeur. Un Comité National a attiré l'attention sur le fait que les contrats de vente ainsi que les contrats de construction ont déjà tendance à être normalisés soit dans certains pays, soit par rapport à des bénéficiaires particuliers, soit dans les deux cas : un autre Comité National a insisté sur l'intérêt d'un texte-modèle comme étant de nature à faciliter d'emblée une réduction appropriée de la garantie, et à éviter ainsi la nécessité de négociations ultérieures en vue d'en modifier le libellé.

Selon l'avis général, les négociations se trouveraient considérablement facilitées par l'existence d'un libellé normalisé ou par un ensemble de conditions générales. Encore faut-il, a-t-on cependant ajouté, que le libellé normalisé - le même que son origine - soit acceptable pour le bénéficiaire. (Le Groupe de Travail Mixte a cependant estimé qu'il ne devrait y avoir aucun problème quant à l'acceptation d'un texte rédigé par la CCI et appuyé par la CNUDCI).

Question No. 3 - "Montant"

Les réponses font ressortir qu'en ce qui concerne les garanties de

soumission, le montant usuel de la garantie est de 2 à 5% du montant du contrat, ou, dans le cas de gros contrats, 1 % du montant total, mais des chiffres atteignant 10 % ont également été cités. Les réponses soulignent en outre le fait que selon les Conditions Internationales du Contrat de Construction Civile Industrielle, il y a un plafond de 10 % pour les garanties de bonne exécution, tandis qu'un pourcentage de 25 % figure dans les accords de la Banque Mondiale.

Quant aux garanties de remboursement, il a été relevé qu'elles couvrent normalement la totalité de la somme remboursable.

Il ressort également des réponses qu'il y a tendance à limiter la réduction proportionnelle des garanties au cas des garanties de remboursement ; cependant, deux Comités Nationaux ont cité des exemples de réduction "au pro-rata de l'exécution dans le cas d'une garantie accordée pour un contrat de fourniture".

Question No. 4 - "Demande de paiement".

Les réponses montrent généralement que la pratique varie selon qu'il s'agit de garanties de soumission ou de garanties de bonne exécution.

Les garanties de soumission seraient généralement inconditionnelles. Toutefois, quelques réponses font état ou bien de différences quant au libellé du texte prévoyant le paiement sur simple demande - avec ou sans déclaration d'abandon de tous droits à élever des objections contre la demande de paiement - ou bien de l'introduction d'une clause exigeant du bénéficiaire qu'il affirme certains faits au moment de sa demande de paiement, sans toutefois autoriser le garant à demander des preuves à l'appui de ces affirmations, ou encore l'emploi d'un texte éliminant toute possibilité de réclamation du garant, que ce soit en son nom propre ou au nom du donneur d'ordre. Des garanties subordonnant les demandes de paiement à l'assentiment du donneur d'ordre, sont qualifiées dans une réponse, comme n'étant d'aucune utilité pour le bénéficiaire. Dans une autre réponse, on observe qu'il ne serait pas réaliste d'exiger une sentence arbitrale ou une décision judiciaire pour prouver la carence du soumissionnaire ; (toutefois, un autre Comité National a évoqué le cas où le paiement se trouverait subordonné à une sentence arbitrale !). On a critiqué aussi des libellés permettant d'attribuer au donneur d'ordre (la partie qui fait la soumission) une "défaillance" qui, en réalité, est attribuable au bénéficiaire, ou qui est due à des circonstances indépendantes de la volonté de l'une comme de l'autre des deux parties.

Quant aux garanties de bonne exécution, les textes subordonnant le paiement à certaines conditions ont paru être plus usuels, notamment par rapport à certains pays, dont certains en tant que destinataire, d'autres comme originaire de la garantie. Un Comité National a fait remarquer que "les banques servant de garants préfèrent un libellé selon lequel elles ne sont pas dans l'obligation de payer, à moins que le donneur d'ordre n'ait accepté la demande de paiement ou qu'il n'existe une décision définitive d'une cour de justice ou d'un tribunal arbitral constatant la responsabilité du donneur d'ordre".

Certaines réponses ont également indiqué que le garant peut autant que possible tenter de préserver les intérêts légitimes du donneur d'ordre, au moins en lui laissant le temps nécessaire pour entrer en contact avec le bénéficiaire. Un Comité National a développé cette idée en déclarant que "les garants avertissent parfois les donneurs d'ordre des demandes de paiement, ce qui peut fournir l'occasion aux donneurs d'ordre de s'y opposer, mais on n'a pas eu connaissance de cas où des garants eux-mêmes se seraient opposés".

Les réponses varient également quant à la question de savoir si le paiement en vertu de la garantie met le donneur d'ordre à l'abri de réclamations pour fautes fondées sur le contrat de base, ou si cela constitue une pénalité supplémentaire. Un Comité National a fait remarquer que s'il n'a pas été prouvé que le paiement représentait une pénalité supplémentaire, "le paiement en vertu de la garantie ne saurait être considéré comme déterminant pour la décision finale relative à la faute du donneur d'ordre, les parties au contrat de garantie n'étant pas identiques à celles au contrat de base". Selon d'autres, le paiement effectué en vertu de la garantie devrait être considéré comme constituant un règlement partiel des prétentions justifiées aux termes du contrat. Dans une autre réponse, l'attention est attirée sur la distinction qu'il convient de faire entre les paiements en vertu des garanties de soumission et les paiements en vertu des garanties de bonne exécution.

Question No. 5 - "Validité (date d'expiration)".

Il ressort des réponses qu'il est généralement d'usage - et souhaitable - que le garant s'efforce de fixer un délai à sa responsabilité en introduisant une date d'expiration dans sa garantie, que ce soit une date fixée d'avance ou une date en rapport avec un futur événement déterminé dans le texte ; mais il a été souligné que la menace du bénéficiaire de demander immédiatement le paiement s'il n'obtenait pas la prolongation de validité limitait l'effet pratique de cette date d'expiration.

D'autre part, on a attiré l'attention sur l'influence de la législation dans certains pays destinataires de la garantie : dans certains cas, celle-ci interdit la stipulation d'une date d'expiration précise, dans d'autres, elle permet de demander le paiement pendant une période extrêmement longue (60 ans dans le cas d'un pays déterminé) ou - en particulier dans le cas des garanties de bonne exécution - fait dépendre la fin de la garantie de la restitution au garant du document même.

Les réponses font ressortir la diversité des expériences faites en ce qui concerne la restitution de la garantie. Un Comité National a observé que les difficultés sont probablement plus apparentes que réelles ; mais toutes les réponses font état de difficultés et de retard, et ce aussi bien pour les garanties de soumission que pour les garanties de bonne exécution.

Question No. 6 - "Langue dans laquelle est rédigée la garantie".

Selon les réponses, les garanties sont libellées dans les deux langues, celle du garant et celle du bénéficiaire, les garants marquant une préférence pour l'emploi des principales "langues du commerce" mondial, alors que les garants locaux se servent souvent de leur propre langue, sans même établir une traduction officielle.

Question No. 7 - "Mécanisme de l'émission".

Les réponses à cette question n'ont pas permis de dégager une pratique bien définie - sauf en ce qui concerne les contrats de construction, pour lesquels un Comité National a signalé l'usage bien établi de joindre la garantie de soumission à la soumission.

Ce même Comité National a déclaré qu'il était d'usage de faire intervenir un garant local, généralement désigné par le bénéficiaire, mais selon d'autres réponses, l'on ne recourt à un garant local que lorsque le bénéficiaire y insiste.

Question No. 8 - "Sûretés".

Selon les réponses à cette question, les droits et obligations dans les rapports rapports entre la banque servant de garant et le donneur d'ordre, se trouvent normalement déterminés par le contrat qui est conclu entre eux selon une formule-type, le donneur d'ordre fournissant une sûreté sur la même base que pour les facilités de crédit ; c'est pourquoi, dans certains cas, il y aurait une préférence pour le choix comme garants de compagnies d'assurances, ce qui permettrait au donneur d'ordre de réduire les frais.

Il a été également relevé que généralement le garant fournit au garant local, à titre de sûreté, une contre-garantie ; cependant, on a signalé aussi le cas de certains pays où le gouvernement peut exiger qu'une somme d'argent soit déposée.

Question No. 9 - "Aspect Juridique".

Les réponses montrent qu'une stipulation sur le droit applicable fait généralement défaut dans les garanties ; mais on a fait état de l'exigence de certains pays que la garantie soit soumise à leur propre loi nationale. Les réponses permettent encore de constater que le texte de la garantie est souvent influencé par le droit de tous les pays en cause et que certaines législations font une distinction entre garantie et caution, dont le régime juridique n'est pas le même. Il a été relevé qu'en l'absence d'une clause sur le droit applicable, dans la garantie, certains penchent en faveur de l'application de la loi du pays du garant ou de celle régissant le contrat de base. (Il paraît donc souhaitable de spécifier le droit applicable dans le texte de la garantie).

Selon la plupart des réponses, ce n'est qu'après une étude plus approfondie que l'on pourra traiter des problèmes ayant trait au droit applicable.

Question No. 10 - "Divers".

Les réponses varient ; quelques unes font état, cependant, de certains pays où des garanties sont expressément exigées.

ANNEXE II

GARANTIES BANCAIRES

Résolution adoptée par le Comité exécutif de la CCI

La Chambre de Commerce Internationale est convaincue de l'importance que revêtent dans la pratique les garanties bancaires émises, en rapport avec des contrats internationaux de fourniture ou de construction, sous forme de garanties de soumission, de bonne exécution ou de remboursement.

Elle estime qu'il y a maintenant intérêt à étudier les moyens permettant de remédier aux difficultés de toutes sortes que soulève, à l'heure actuelle, l'emploi de telles garanties.

Au terme d'une étude préliminaire, la CCI est venue à considérer l'absence d'une pratique uniforme comme constituant une des causes principales de ces difficultés. La terminologie incertaine et le libellé souvent insatisfaisant des garanties qui en découlent, tendent à créer des malentendus et à donner lieu à des abus.

Dans ces circonstances, la CCI se propose de continuer ses travaux en vue de résoudre les problèmes, en établissant une terminologie uniforme et en élaborant - afin de les mettre à la disposition des milieux intéressés - des clauses-type de garanties, s'insérant dans des conditions générales. Il est entendu qu'il conviendra d'établir ces textes séparément pour les contrats de fourniture d'une part, et les contrats de construction d'autre part.

La Chambre de Commerce Internationale tient à exprimer son appréciation de l'intérêt que les Nations Unies et, en particulier, la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) ont témoigné à ses travaux. Elle se félicite de l'opportunité qui lui est donnée de poursuivre cette coopération, dans l'esprit tant des décisions prises lors de la Deuxième Session de la CNUDCI à Genève, en mars 1969, que des propositions formulées, à cette occasion, au nom de certains gouvernements.
