

l'expéditeur (qui peut être soit le donneur d'ordre, soit une banque expéditrice) peut être considéré comme ayant subi une perte d'intérêts, car il a été privé de ces fonds plus tôt qu'il n'était nécessaire pour que la banque puisse exécuter l'ordre de paiement. Si la banque réceptrice reçoit tardivement des fonds de son expéditeur, mais exécute l'ordre sans attendre ces fonds, c'est elle qui subit une perte d'intérêts. Si un retard ou une erreur de quelque sorte que ce soit à la banque réceptrice a pour conséquence de retarder l'ensemble du virement, on pourra considérer que le bénéficiaire a subi la perte d'intérêts. Si le bénéficiaire a droit à dédommagement de ce préjudice par le donneur d'ordre du fait du paiement tardif de l'obligation sous-jacente, le donneur d'ordre pourra quant à lui être dédommagé du préjudice par la banque où s'est produit le retard, en application du paragraphe 1, ou par la banque du donneur d'ordre, en application du paragraphe 2.

16. Le Groupe de travail a examiné ce problème en détail à sa dix-neuvième session (A/CN.9/328, par. 122 à 131). Il a convenu que, dans tous les cas où le bénéficiaire a été crédité plus tard qu'il n'aurait dû l'être en raison d'un retard dans le virement, la banque réceptrice à l'origine du retard ne devrait pas pouvoir tirer profit de ces fonds pendant la durée du retard (par. 122). Il a noté que souvent, dans de nombreux centres bancaires importants, la banque dans laquelle un virement avait été retardé ajoutait des intérêts appropriés au montant du virement. Le bénéficiaire recevrait donc automatiquement les intérêts. On a fait valoir que c'était là une pratique très efficace et très rapide, pour laquelle aucune information concernant l'opération sous-jacente n'était nécessaire et qui apportait un remède qui, normalement, serait approximativement égal au préjudice subi; la loi devrait donc consacrer cette pratique (par. 126).

17. En conclusion du débat, le Groupe de travail a décidé qu'il serait utile d'envisager de disposer dans la Loi type que le bénéficiaire serait directement habilité à recouvrer auprès de la banque ayant causé le retard les intérêts dus de ce chef. La proposition soulevant un certain nombre de questions exigeant des consultations, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir un projet de disposition qu'il examinerait à sa vingtième session (par. 131). Une disposition a été suggérée dans le document de travail présenté par le secrétariat à la vingtième session (A/CN.9/WG.IV/WP.44, paragraphe 17 du commentaire de l'article 12), mais elle n'a pas été examinée à cette session.

#### *Pertes de change, alinéa b*

18. Après la perte d'intérêts, le préjudice le plus courant en cas de retard dans un virement international est la perte de change, qui fait l'objet de l'alinéa b du paragraphe 5. Lors de la dix-neuvième session du Groupe de travail, certains se sont opposés à ce que la Loi type stipule que les pertes de change seraient recouvrables, étant donné notamment que ces pertes étaient rares, ne se produisant normalement que lorsque la banque du donneur d'ordre était une petite banque qui n'effectuait pas souvent des virements internationaux ou lorsque le virement était effectué dans une monnaie qui n'était pas souvent utilisée pour les virements internationaux, et qu'il n'était pas

possible de prévoir que les pertes se produiraient effectivement, ni quel en serait le montant éventuel (A/CN.9/328, par. 133 et 134). Il a néanmoins été décidé que, dans la disposition qu'il devait élaborer pour donner au bénéficiaire un droit direct de recouvrement des pertes d'intérêts, le secrétariat traiterait également du droit du bénéficiaire de recouvrer les pertes subies du fait d'une modification des taux de change durant le retard (par. 132).

19. A la vingtième session, les quatre délégations qui devaient élaborer une position commune pour l'article 12 ont été divisées à raison de deux contre deux quant à la question de savoir si les pertes au change pourraient en toutes circonstances être considérées comme devant donner lieu à dédommagement (A/CN.9/329, par. 188, question 2).

#### *Nouvelle disposition proposée*

20. Dans le document de travail présenté à la vingtième session, le secrétariat a inclus un texte proposé pour tenir compte des décisions qui avaient été prises au sujet de la responsabilité des pertes d'intérêt et des pertes au change (A/CN.9/WG.IV/WP.44, article 12, paragraphe 17 du commentaire). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner à la session en cours le texte qui a été proposé par le secrétariat et dont plusieurs éléments figurent dans le texte proposé par la délégation du Royaume-Uni au paragraphe 28 du commentaire.

#### *Dépenses encourues pour l'établissement d'un nouvel ordre de paiement et pour la représentation en justice, alinéa c*

21. Il a été avancé à la dix-neuvième session du Groupe de travail que la première partie de l'alinéa c n'était pas très importante, car les sommes en jeu étaient mineures et que la banque réceptrice devrait sans doute prendre en charge les dépenses encourues pour l'établissement d'un nouvel ordre de paiement dans le cadre des obligations qui lui incombent en vertu de l'alinéa a de l'article 11, à savoir contribuer à rectifier un virement qui n'a pas été exécuté correctement. La deuxième partie de l'alinéa a été mise entre crochets et une note de bas de page ajoutée en raison des difficultés qu'il y a à stipuler une règle tenant compte des diverses méthodes par lesquelles les frais de représentation en justice sont répartis dans les différents systèmes juridiques (A/CN.9/328, par. 137 à 139).

#### *Autres préjudices, alinéa d*

22. Pour ce qui est de l'alinéa d, le Groupe de travail a décidé à sa dix-septième session, pour assouplir un régime relativement strict de responsabilité, que la banque dont la responsabilité est engagée ne serait pas responsable des préjudices indirects, à moins que ne soient réunies des conditions plus strictes que pour les autres types de préjudices (A/CN.9/317, par. 115 à 117). Cette décision a été réaffirmée dans un autre contexte, lors de la dix-huitième session du Groupe de travail (A/CN.9/318, par. 146 à 150). Comme il avait été proposé à la dix-septième session, la formule utilisée dans le texte actuel est reprise de l'article 8 de la Convention des Nations Unies sur le

transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg). Pour pouvoir être dédommagé du préjudice indirect, le demandeur devra prouver que la banque a causé le préjudice par un acte délibéré ou imprudent.

23. Lors de la dix-neuvième session, on a réaffirmé qu'il fallait conserver dans son essence cette disposition (A/CN.9/328, par. 140 à 143). Toutefois, on a reproché à l'alinéa sa formulation imprécise. Il n'indiquait pas clairement quels types de préjudices devaient être couverts, ni que ces préjudices devaient résulter directement d'un défaut d'exécution de la part de la banque. On a jugé que la formule reprise de l'article 8 des Règles de Hambourg restreignant le droit à recouvrement ne tenait pas compte comme il convient des problèmes liés aux opérations de virement (par. 142). Après un débat, le Groupe de travail a décidé de placer entre crochets les mots "de tout autre préjudice" et les mots extraits des Règles de Hambourg, afin d'indiquer son intention de remanier cette disposition.

24. A la vingtième session, trois des quatre délégations qui avaient été priées d'élaborer une position commune se sont prononcées en faveur du maintien, sous une forme ou une autre, de la disposition en question tandis que la quatrième était favorable à sa suppression (A/CN.9/329, par. 188, question 3).

#### Paragraphe 6

25. Dans la plupart des cas de non-respect d'une obligation imposée par la Loi type, le préjudice subi est raisonnablement clair et le recours ouvert à la partie lésée peut être fondé sur les dispositions générales du paragraphe 5. Lorsque le Groupe de travail a adopté la disposition stipulant que la banque réceptrice doit aviser l'expéditeur qu'un ordre de paiement a été mal dirigé (c'est-à-dire les articles 6-2 et 8-2 du projet actuel), il a noté que le préjudice subi ne serait pas toujours facile à mesurer. Il a néanmoins estimé qu'il faudrait sanctionner la non-notification par la banque, lorsque cette omission a retardé le virement (A/CN.9/318, par. 122). Lorsque la banque réceptrice était en possession des fonds durant la période pendant laquelle elle aurait dû aviser l'expéditeur, l'obligation de payer un intérêt correspond à une restitution de ce que la banque peut être supposée avoir gagné en étant en possession des fonds et de ce que l'expéditeur peut être supposé avoir perdu. Lorsque la banque réceptrice n'était pas en possession des fonds, l'obligation de payer des intérêts ne dépassant pas 30 jours ne constitue qu'une mesure du préjudice que l'expéditeur peut être supposé avoir subi.

#### Paragraphe 7

26. Le paragraphe 7 énonce une règle importante en indiquant dans quelle mesure les dispositions de l'article peuvent être modifiées par convention entre les parties.

#### Paragraphe 8

27. Le paragraphe 8, qui stipule que les dispositions de cet article relatives à la responsabilité ne sont pas fonction de l'existence d'une relation contractuelle préalable et sont exclusives, a été ajouté sur la suggestion du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/317, par. 119).

Sans cette disposition, certains systèmes juridiques pourraient permettre d'autres moyens de recours fondés sur les théories générales de l'obligation, ce qui serait préjudiciable à l'uniformisation du droit que vise la Loi type.

#### Remaniement suggéré par la délégation du Royaume-Uni

28. Dans une communication adressée au secrétariat, la délégation du Royaume-Uni a suggéré de remanier comme suit l'ensemble de l'article en reprenant la numérotation du texte actuel :

1) [Ce paragraphe a été supprimé.]

2) Une banque réceptrice répond envers l'expéditeur et le donneur d'ordre des préjudices visés aux paragraphes 5 et 6 imputables à la non-exécution ou à l'exécution incorrecte du virement au vu des instructions figurant dans l'ordre de paiement du donneur d'ordre. Le virement est incorrectement exécuté si une banque réceptrice quelconque ne s'acquitte pas de l'une quelconque des obligations imposées par la présente loi dans le délai prescrit par cette dernière.

3) Une banque réceptrice n'est pas responsable en vertu du paragraphe 2 si l'ordre de paiement reçu par chaque banque réceptrice suivante est conforme à l'ordre de paiement qu'elle a elle-même reçu et s'il y a eu, de sa part comme de la part de l'une quelconque des banques réceptrices suivantes, ni défaut d'exécution dans le délai prescrit par l'article 9 de l'ordre de paiement reçu ni défaut d'exécution de l'une quelconque des obligations de notification mentionnées au paragraphe 6. Une banque réceptrice qui n'accepte pas un ordre de paiement n'est responsable en vertu du paragraphe 2 que pour n'avoir pas donné avis du rejet conformément à l'article 5-3.

4) [Ce paragraphe a été supprimé. L'alinéa a devient le paragraphe 6 C et l'alinéa b est inclus dans le paragraphe 2 ci-dessus.]

5) Si une banque est responsable en vertu du présent article envers le donneur d'ordre ou l'expéditeur et si le paragraphe 6 ne s'applique pas à elle, elle est tenue de le dédommager

a) Des pertes d'intérêt;

b) Des dépenses encourues pour l'établissement d'un nouvel ordre de paiement;

c) De tout autre préjudice qui en est résulté, si l'exécution incorrecte ou tardive ou la non-exécution résulte d'un acte ou d'une omission de la banque commis soit avec l'intention de provoquer ce préjudice, soit témérement et sachant que ce préjudice pourrait en résulter.

6) Le présent article s'applique à une banque réceptrice qui n'est responsable que pour le fait qu'elle-même ou une banque réceptrice suivante ne s'est pas acquittée de l'une des obligations de notification ci-après :

a) Notifier le rejet de l'ordre de paiement conformément aux articles 5-3 ou 7-2, lorsque le paiement n'a pas été reçu de l'expéditeur;

b) Notifier, conformément aux articles 6-3 ou 8-2, que l'ordre de paiement a été mal dirigé;

c) Notifier l'insuffisance des données conformément aux articles 6-4 ou 8-3;

d) Notifier, conformément aux articles 6-5 ou 8-4, une discordance entre les chiffres et les lettres par lesquels est exprimé le montant de l'ordre de paiement.

Si une banque à laquelle le présent paragraphe s'applique est responsable en vertu du présent article envers le donneur d'ordre ou l'expéditeur, elle n'est tenue de le dédommager que des pertes d'intérêt pour une période maximale de sept jours ou pour la période pendant laquelle elle a eu les fonds à sa disposition, la plus longue de ces deux périodes étant retenue.

6A) Si un expéditeur diffère le paiement de sa banque réceptrice, il est tenu de la dédommager des pertes d'intérêt.

6B) Si un virement est retardé du fait de l'exécution incorrecte d'un ordre de paiement qui a été accepté par une banque réceptrice autre que celle du bénéficiaire, la banque est tenue de dédommager le bénéficiaire des pertes d'intérêt. L'obligation de la banque envers le bénéficiaire est acquittée dans la mesure où la banque transfère à sa banque réceptrice un montant en sus de celui qu'elle a reçu de l'expéditeur.

6C) La banque du bénéficiaire est responsable envers le bénéficiaire, dans la mesure prévue par le droit régissant les relations qui les lient, pour avoir incorrectement exécuté ou n'avoir pas exécuté un ordre de paiement qu'elle a accepté ou, si le bénéficiaire n'est pas titulaire d'un compte chez elle, pour ne pas avoir donné avis au bénéficiaire, conformément à l'article 8-6, qu'elle tient des fonds à sa disposition.

6D) Dans le présent article, l'expression "pertes d'intérêt" couvre notamment les intérêts que la personne ayant droit à dédommagement est tenue de verser à un tiers.

6E) Si la non-exécution ou l'exécution incorrecte du virement a été causée par plus d'une banque, toute banque tenue de verser un dédommagement en vertu du présent article a droit à une contribution appropriée de l'autre banque ou des autres banques. La responsabilité totale d'une banque en vertu du paragraphe 6 et du présent paragraphe est limitée au montant précisé au paragraphe 6.

7) Les banques peuvent modifier par convention les dispositions du présent article de manière à augmenter, réduire ou exclure leur responsabilité envers d'autres banques, mais pas de manière à réduire ou exclure la responsabilité qui leur incombe en vertu du paragraphe 5 c. Une banque peut convenir d'augmenter sa responsabilité envers un donneur d'ordre qui n'est pas une banque, mais ne peut réduire ou exclure sa responsabilité envers un tel donneur d'ordre.

8) Les moyens de recours prévus dans le présent article ne sont pas fonction de l'existence d'une relation préalable entre les parties, qu'elle soit contractuelle ou autre. Ces moyens de recours sont exclusifs et

aucun autre moyen issu d'autres doctrines juridiques ne pourra être invoqué."

### Article 13. *Exonérations de responsabilité*

La banque réceptrice et toute banque envers laquelle elle est directement ou indirectement obligée en vertu de l'article 12 sont exonérées de leur responsabilité en cas de défaut d'exécution de l'une quelconque de leurs obligations si elles prouvent que cette inexécution est due à une décision de justice ou à une interruption de moyens de communication ou une panne matérielle, à la suspension des paiements par une autre banque, à la guerre, à une situation d'urgence ou à toute autre circonstance si l'on ne pouvait attendre de ces banques qu'elles puissent raisonnablement les prendre en considération au moment du virement ou si lesdites banques prouvent qu'elles ne pouvaient raisonnablement prévenir un tel fait, le surmonter ou en prévenir ou surmonter les conséquences.

### *Examen antérieur*

A/CN.9/297, paragraphe 60

A/CN.9/317, paragraphes 151 à 156

### *Commentaire*

1. Puisque la responsabilité de la banque réceptrice se verra engagée en cas de perte d'intérêts, de perte au change et de dépenses pour l'établissement d'un nouvel ordre de paiement du simple fait que le virement n'a pu être effectué, l'article 13 offre à la banque réceptrice le seul moyen de défense possible dans de tels cas.

2. L'article 13 ne s'applique pas à l'obligation qu'a la banque réceptrice, en vertu de l'alinéa b de l'article 11, de rembourser à l'expéditeur les fonds reçus de ce dernier lorsqu'un ordre de paiement conforme dans sa teneur à l'ordre émanant du donneur d'ordre n'a pas été émis ou n'a pas été accepté par la banque du bénéficiaire. Il ne semble en outre pas s'appliquer à la responsabilité de la banque pour "tout autre préjudice" en vertu de l'alinéa 5 d de l'article 12, car cette disposition comporte une stricte limitation de responsabilité (voir les paragraphes 22 à 24 du commentaire de l'article 12). En outre, on peut se demander si l'application de l'article 13 à la perte d'intérêts serait conforme à la décision prise par le Groupe de travail à sa dix-neuvième session, selon laquelle une banque ayant causé un retard dans le virement ne devrait pas être autorisée à toucher des intérêts sur les fonds qui sont restés à sa disposition du fait du retard (A/CN.9/328, par. 122), ou avec la décision prise par le Groupe de travail à sa dix-septième session, selon laquelle une banque réceptrice qui n'aviserait pas son expéditeur qu'un ordre de paiement a été mal dirigé devrait être tenue de verser des intérêts (voir le paragraphe 25 du commentaire de l'article 12).

3. En vertu de l'article 13, la banque doit prouver l'existence d'une condition exonératoire. Bien qu'il y ait une liste de circonstances données pouvant exonérer la banque, il ressort de l'emploi de l'expression "ou à toute autre circonstance" que ladite liste n'est pas exhaustive.

Le projet actuel d'article 13 n'a pas été examiné par le Groupe de travail.

4. Dans une communication adressée au secrétariat, la délégation du Royaume-Uni a suggéré le remaniement ci-après :

"La banque réceptrice et toute banque envers laquelle elle est obligée en vertu de l'article 12 sont exonérées de leur responsabilité en cas de défaut d'exécution de l'une quelconque des obligations qui leur incombent en vertu dudit article si elles prouvent que cette inexécution est due à des circonstances qui échappaient à leur contrôle et qu'elles ne pouvaient ni prévenir ni surmonter."

#### CHAPITRE IV. CONSÉQUENCES CIVILES DU VIREMENT

Article 14. *Paiement et acquittement d'obligations pécuniaires : obligation de la banque envers le titulaire du compte*

1) Sauf convention contraire des parties, le paiement d'une obligation pécuniaire peut être effectué au moyen d'un virement à un compte du bénéficiaire auprès d'une banque.

2) L'obligation du débiteur est acquittée et la banque du bénéficiaire est redevable au bénéficiaire du montant de l'ordre de paiement reçu par ladite banque lorsque l'ordre est accepté par elle.

3) Si une ou plusieurs banques intermédiaires ont déduit des frais du montant du virement, l'obligation est acquittée par le montant de ces frais en sus du montant de l'ordre de paiement tel que reçu par la banque du bénéficiaire. Sauf convention contraire, le débiteur est tenu de rembourser au créancier le montant de ces frais.

4) Dans la mesure où une banque réceptrice est habilitée à obtenir remboursement de l'expéditeur par débit d'un compte détenu par la banque réceptrice pour l'expéditeur, le compte sera réputé débité lorsque la banque réceptrice aura accepté l'ordre de paiement.

#### Examen antérieur

A/CN.9/317, paragraphes 157 à 164

A/CN.9/328, paragraphes 37 à 43

A/CN.9/329, paragraphes 189 à 192

#### Commentaire

1. Cet article comporte des dispositions importantes qui sont associées au virement, bien qu'elles ne portent pas sur le virement lui-même. Dans de nombreux pays, de telles dispositions ne figureraient pas dans une loi régissant les virements, mais elles pourraient y figurer dans d'autres. Si elles ont été incluses dans le projet, c'est parce qu'il importe de les garder présentes à l'esprit, même s'il est décidé ultérieurement d'exclure une partie, voire la totalité de cet article, du texte définitif de la Loi type. En

outre, si telle ou telle portion de l'article était exclue du texte définitif, on pourrait envisager d'élaborer un texte distinct présentant des dispositions relatives à ces questions, afin de s'assurer que lesdites dispositions soient conformes aux règles applicables au virement lui-même (A/CN.9/328, par. 41).

2. A l'issue d'un bref examen de l'article 14 lors de la vingtième session, les délégations ont été invitées à proposer pour l'article 14 de nouvelles formulations qui répondraient au besoin d'inclure dans la Loi type une règle sur l'effet d'un virement achevé sans poser le type de problèmes qui ont été soulevés à propos du texte actuel. La délégation française a proposé un texte qui figure au paragraphe 11 du commentaire.

#### Paragraphe 1

3. Le paragraphe 1 traite de la règle importante selon laquelle le paiement d'une obligation pécuniaire peut être effectué au moyen d'un virement interbancaire conduisant au crédit d'un compte. Si cette disposition générale est largement reconnue aujourd'hui, on rencontre encore parfois des objections fondées sur la législation du cours légal. En outre, dans certains pays, il n'est pas indiqué clairement si une personne autre que le titulaire du compte est habilitée à déposer des fonds sur le compte. Aussi le Groupe de travail a-t-il convenu à sa dix-septième session d'inclure une règle à ce propos (A/CN.9/317, par. 158).

4. Le Groupe de travail a en outre décidé à sa dix-septième session que le paragraphe 1 devrait se limiter à stipuler qu'une obligation peut être acquittée par un virement, sans qu'il soit nécessaire de considérer à quel compte le débiteur-donneur d'ordre a pu envoyer les fonds (A/CN.9/317, par. 159). Lors de la dix-neuvième session, on s'est demandé si cette disposition restreindrait le droit du bénéficiaire d'exiger un paiement dans une monnaie ayant cours légal ou de rejeter un paiement effectué au moyen d'un virement à son profit (A/CN.9/328, par. 38). Il a été répondu que, dans certains Etats, la législation fiscale exigeait que les paiements commerciaux soient effectués par chèque, par virement ou par des moyens analogues, alors que de nombreux autres Etats avaient adopté des dispositions réglementaires similaires au paragraphe 1 (A/CN.9/328, par. 40). A la vingtième session, l'avis général a été que le paragraphe 1 devrait être supprimé parce qu'on s'efforçait d'y énoncer une règle qui était peut-être suivie en pratique, mais qui était en contradiction avec des convictions profondément ancrées à propos des règles juridiques appropriées en la matière (A/CN.9/329, par. 190). Cependant, comme il avait été décidé que le débat ne servirait qu'à jeter les bases d'un examen plus approfondi qui aurait lieu à la vingt et unième session, aucune décision n'a été prise à ce sujet.

#### Paragraphe 2

5. Le paragraphe 2 stipule que l'obligation du débiteur est acquittée lorsque la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement. Dans le même temps, la banque du bénéficiaire devient redevable au bénéficiaire.

6. A la dix-septième session du Groupe de travail, il a été noté que, dans certains pays, l'obligation était considérée

comme acquittée lorsque la banque du donneur d'ordre recevait l'ordre de paiement accompagné d'une provision du débiteur-donneur d'ordre. Dans d'autres pays, l'obligation serait sans doute considérée comme acquittée plus tard que le moment prévu au paragraphe 2. Aussi le Groupe de travail a-t-il décidé d'examiner à une session future les effets que ces législations nationales en matière d'acquittement de l'obligation sous-jacente devraient avoir sur les règles relatives au caractère définitif du virement, étant entendu que les règles sur l'acquittement de l'obligation, qu'elles soient énoncées dans la Loi type ou dans la législation nationale, et les règles régissant le caractère définitif du virement devaient être compatibles (A/CN.9/317, par. 160 à 162). A la dix-neuvième session, on a réaffirmé qu'il était souhaitable que la banque du bénéficiaire devienne redevable envers le bénéficiaire au moment où l'obligation du donneur d'ordre était acquittée (A/CN.9/328, par. 41).

7. Néanmoins, à la dix-neuvième session, il a été déclaré que le libellé du paragraphe 2 posait des problèmes. Bien que certaines obligations puissent être partiellement acquittées par le versement d'une partie de la somme due, d'autres obligations étaient indivisibles. De plus, il se pouvait que la loi régissant les moyens par lesquels et la mesure dans laquelle une obligation pouvait être acquittée soit celle d'un Etat dans lequel ni la banque du donneur d'ordre ni la banque du bénéficiaire n'étaient situées (A/CN.9/328, par. 39). Il a été proposé, en réponse à cette objection, d'indiquer que l'obligation serait acquittée dans la mesure où le versement d'une somme équivalente en espèces aboutirait à ce résultat, ce qui permettrait de ne pas prendre position sur le point de savoir si une obligation pouvait être acquittée partiellement (A/CN.9/329, par. 42).

8. Dans le document de travail présenté à la vingtième session, le secrétariat a suggéré deux reformulations possibles du paragraphe 2, la première énonçant une règle précise sur l'acquittement des obligations et l'autre indiquant seulement à quel moment le virement est achevé (A/CN.9/WG.IV/WP.44, article 14, paragraphes 7 et 8 du commentaire). Avec la seconde formulation, ce serait d'autres règles juridiques qui détermineraient les effets de l'acquittement de l'obligation si le virement avait pour objet l'acquittement d'une obligation.

9. A la vingtième session, les deux formulations proposées ont recueilli un certain appui mais on a aussi émis l'opinion que la première serait inacceptable pour le législateur du fait même qu'elle énonçait une règle relative à la manière dont sont acquittées les obligations (A/CN.9/329, par. 191). Dans une communication adressée au secrétariat, la délégation française a soulevé d'autres objections à savoir qu'une règle sur l'acquittement d'une obligation n'est applicable que si le virement a pour objet l'extinction d'une obligation et non par exemple une opération purement financière; il ne devrait pas y avoir libération du débiteur si les parties avaient convenu d'un moyen autre que le virement ou si le virement a été fait sur un compte autre que celui qui avait été prévu; les modes d'extinction des obligations sous-jacentes sont déjà limitativement énumérés par la loi dans certains systèmes

juridiques et la règle proposée sur l'acquittement d'une obligation introduirait une modification du droit des contrats qui devrait pourtant rester en dehors du champ de la Loi type.

10. Du fait des objections ainsi soulevées à l'inclusion dans la Loi type d'une quelconque règle sur l'acquittement d'une obligation par virement, seule la seconde des deux formulations proposées par le secrétariat à la vingtième session est reprise ici :

"La banque du bénéficiaire devient redevable envers le bénéficiaire et le virement entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire est achevé lorsque la banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement stipulant que le bénéficiaire doit être payé."

11. Dans la communication au secrétariat mentionnée au paragraphe 9 du commentaire, la délégation française a proposé un remaniement de ce qui constitue actuellement le paragraphe 2. Dans la proposition française, les paragraphes 1, 3 et 4 ainsi que la troisième phrase de l'article 2 a seraient supprimés. La proposition française est la suivante :

"Sauf convention contraire entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, le virement est achevé lorsque la banque du bénéficiaire place les fonds à la disposition du bénéficiaire ou lui notifie qu'elle tient les fonds à sa disposition, conformément aux paragraphes 1 et 6 de l'article 8."

### *Paragraphe 3*

12. Le paragraphe 3 traite du difficile problème qui se pose lorsque le virement passe par plusieurs banques. Le donneur d'ordre est responsable de tous les frais, jusqu'à la banque du bénéficiaire. Dans la mesure où les frais lui sont transférés, il n'y a pas de problème. Lorsque cela ne peut être aisément fait, une banque peut déduire ses frais du montant des fonds transférés. Comme il sera sans doute impossible au donneur d'ordre de savoir si de tels frais seront déduits, ni quel sera leur montant, notamment dans un virement international, il ne peut prendre de dispositions pour parer à cette éventualité. Aussi le paragraphe 3 stipule-t-il que l'obligation est acquittée par le montant des frais qui ont été déduits, ainsi que par le montant reçu par la banque du bénéficiaire; le donneur d'ordre ne sera pas considéré comme ayant effectué un paiement tardif ou insuffisant. Toutefois, à moins que le bénéficiaire ne convienne de payer les frais, ce qui est souvent le cas, le donneur d'ordre serait tenu d'en rembourser le montant au bénéficiaire.

13. Dans une communication adressée au secrétariat, la délégation du Royaume-Uni a estimé que le paragraphe 3 ne semblait judicieux ni du point de vue commercial ni en tant que principe juridique. Selon cette délégation, la stipulation selon laquelle le bénéficiaire peut alors recouvrer le manque à recevoir auprès de l'expéditeur risque tout simplement de conduire à un nouveau virement et à une confusion plus grande. La délégation du Royaume-Uni comme celle de la France (dans une

communication distincte) ont recommandé de supprimer ce paragraphe. Voir aussi plus haut le paragraphe 19 du commentaire de l'article 4 pour la question inverse de savoir si l'expéditeur devrait être tenu de payer les frais et dépenses.

#### Paragraphe 4

14. Le paragraphe 4 est le corollaire du paragraphe 2, en ce sens qu'il énonce la règle précisant quand le compte d'un expéditeur — y compris, mais non exclusivement, le donneur d'ordre — doit être considéré comme débité et le montant dû par la banque à l'expéditeur réduit, ou le montant dû par l'expéditeur à la banque augmenté. Ce moment est celui où la banque réceptrice accepte l'ordre de paiement qui, en général, pour une banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire, est le moment où elle exécute l'ordre de paiement en envoyant un nouvel ordre de paiement à la banque suivante. Il peut se situer avant ou après l'opération comptable de débit du compte. L'application la plus importante du paragraphe 4 consiste à déterminer si le compte du titulaire du compte est toujours créditeur au cas où une procédure judiciaire serait instituée contre ledit compte, ou une procédure de faillite ouverte contre l'expéditeur. Ce paragraphe doit être examiné compte tenu de l'article 4-4 (voir plus haut le paragraphe 20 du commentaire de l'article 4).

15. A la vingtième session, on a estimé que le paragraphe 4 n'était pas entièrement compatible avec l'article 4-4, parce que l'article 14-4 traitait de l'acceptation de l'ordre de paiement par la banque réceptrice (A/CN.9/329, par. 110). Dans une communication adressée au secrétariat, la délégation du Royaume-Uni a présenté essentiellement le même argument selon lequel les deux éléments étaient incompatibles, mais a indiqué que la raison en était que le paiement en vertu de l'article 4-4 n'était pas dû tant qu'il n'y avait pas eu exécution. Selon cette délégation, si l'on voulait surmonter cette objection et si le Groupe de travail estimait qu'il fallait indiquer quand le compte de l'expéditeur devrait être réputé avoir été débité (par exemple pour les raisons données plus haut), la disposition en question devrait être adaptée et intégrée dans l'article 4-4. Dans une communication séparée adressée au secrétariat, la délégation française a recommandé de supprimer le paragraphe 4.

## CHAPITRE V. CONFLIT DE LOIS

### Article 15. *Conflit de lois*

1) Les personnes qui envisagent d'envoyer ou de recevoir des ordres de paiement peuvent convenir que la loi de l'Etat de l'expéditeur ou du récepteur ou de l'Etat dans la monnaie duquel les ordres de paiement sont libellés régira leurs droits et obligations mutuels issus des ordres de paiement. Faute d'une telle convention, la loi de l'Etat de la banque réceptrice régira les droits et obligations issus de l'ordre de paiement.

2) Sauf convention contraire, la loi de l'Etat où l'obligation doit être acquittée régira les droits et obligations mutuels du donneur d'ordre et du bénéficiaire

d'un virement. Si l'obligation entre les parties peut être acquittée par virement à un compte dans l'un quelconque de plusieurs Etats, ou si le transfert n'a pas pour objet l'acquiescement d'une obligation, la loi de l'Etat où est située la banque du bénéficiaire régira les droits et obligations mutuels du donneur d'ordre et du bénéficiaire.

#### Examen antérieur

A/CN.9/297, paragraphes 34 à 36

A/CN.9/317, paragraphe 165

A/CN.9/WG.IV/WP.42, paragraphes 69 à 80

#### Commentaire

1. A sa dix-septième session, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'élaborer un projet de disposition sur les conflits de lois (A/CN.9/317, par. 165). Le projet ci-dessus a été élaboré pour la dix-huitième session du Groupe de travail, mais celui-ci ne l'a pas encore examiné.

2. Le problème des conflits de lois est examiné en détail dans le rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.IV/WP.42, par. 69 à 80). Ce rapport traite de ces questions, notamment à la lumière des décisions prises par le Groupe de travail à sa dix-huitième session : le texte élaboré devrait prendre la forme d'une loi type en vue de son adoption par les organes législatifs nationaux et il devrait être limité aux virements internationaux.

3. Le rapport indique que la Loi type pourrait comporter une disposition ayant trait à son application territoriale et qu'en outre on pourrait envisager une disposition régissant les conflits de lois lorsque le litige survient dans un Etat qui a adopté la Loi type, mais que le ou les autres Etats intéressés ne l'ont pas fait, ou lorsque le texte de la Loi type ne régira pas la question en cause (par. 71). Le rapport conclut qu'en général la loi applicable à un segment donné du virement devrait être la loi de la banque réceptrice, mais il donne ensuite des exemples, fondés sur le libellé du projet de loi type tel que soumis à la dix-huitième session, de cas où la loi d'un Etat différerait pour être appropriée (par. 75 à 77). La présentation du projet de loi type a sensiblement changé depuis, mais il semblerait que les conclusions quant à la loi appropriée à appliquer aux divers problèmes restent valides.

4. Dans une communication adressée au secrétariat, la délégation du Royaume-Uni a suggéré de modifier le paragraphe 1 en ajoutant les mots "ou de l'Etat où le lieu d'expédition ou de réception est situé" après "libellés" et de remplacer dans la dernière phrase "la loi de l'Etat de la banque réceptrice" par les mots "la loi de l'Etat où l'ordre de paiement est reçu".

5. Si le Groupe de travail décidait de remanier l'article 14-2 de manière à supprimer toute règle concernant l'acquiescement d'une obligation (voir article 14, paragraphes 7 et 11 du commentaire), il serait semble-t-il clair que l'article 15-2 serait supprimé dans la Loi type.

## 2. Virements internationaux : proposition des Etats-Unis d'Amérique : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.47) [Original : anglais]

### VIREMENTS INTERNATIONAUX

#### *Proposition des Etats-Unis d'Amérique Note du Secrétariat*

1. A la vingtième session du Groupe de travail, la délégation des Etats-Unis a proposé que l'on scinde la loi type en deux parties : l'une applicable aux systèmes très rapides et l'autre aux systèmes plus lents (A/CN.9/329, par. 197). La délégation des Etats-Unis a maintenant soumis une proposition indiquant comment cette restructuration pourrait être effectuée.

2. On trouvera en annexe à la présente note la lettre de couverture envoyée par la délégation des Etats-Unis, ainsi que sa proposition accompagnée de commentaires.

### ANNEXE

#### *Lettre de couverture des Etats-Unis, datée du 6 juin 1990*

Vous trouverez ci-joint plusieurs modifications qu'il est proposé d'apporter au projet de loi type sur les virements internationaux qui est actuellement élaboré par le Groupe de travail des paiements internationaux.

De même que nombre d'autres délégations, nous considérons que l'élaboration de la Loi type offre à la CNUDCI une importante occasion de compter parmi les premiers organismes internationaux à harmoniser le droit commercial international dans ce nouveau domaine que constitue le commerce électronique. Un projet de cette nature est bien sûr difficile, car il faut régler les conflits entre les nouvelles pratiques commerciales et les lois et obligations traditionnelles.

A la fin de la dernière session du Groupe de travail sur cette question, qui s'est tenue à Vienne du 27 novembre au 8 décembre 1989, la délégation des Etats-Unis a fait part de ses sérieuses préoccupations quant à l'orientation que prenait le projet de loi type; elle se demandait si, vu son libellé actuel, il était compatible avec les nouveaux systèmes de banque et de compensation électroniques. Nous estimons que toute règle internationale proposée doit tenir compte des systèmes à grande vitesse et de la modification des relations juridiques qu'ils entraînent. Dans le cas contraire, les règles qui seront adoptées auront pour conséquence de faire obstacle aux nouvelles méthodes commerciales, plutôt que de faciliter les échanges mondiaux. De telles règles ne seront alors sans doute pas acceptées par la plupart des Etats et la CNUDCI aura perdu une occasion de jouer un rôle de premier plan dans la détermination des normes du commerce électronique moderne.

Les virements bancaires, qui sont un élément important du commerce électronique, peuvent contribuer à développer les services et à réduire les coûts pour les parties commerciales de toutes les nations, quels que soient l'état de leur développement économique ou leurs intérêts commerciaux particuliers. Pour ce qui est des utilisateurs commerciaux, par opposition aux consommateurs, les virements électroniques modernes offrent aujourd'hui la possibilité d'organiser des opérations à grande

vitesse et à coût réduit. Ces opérations peuvent devoir transiter par des chambres de compensation électronique, grâce à des systèmes informatiques à grande vitesse qui peuvent traiter chaque jour un volume très important d'opérations. Dans le même temps, ces systèmes informatiques, du fait de l'important volume des opérations qu'ils traitent, fonctionnent avec toute la diligence possible ("best-efforts") et ne peuvent assumer des obligations identiques à celles qui sont associées aux transferts de fonds traditionnels.

Ces derniers offrent les possibilités suivantes : paiements conditionnels, vérification bancaire des opérations, ou contrepassation d'écritures; de nombreux autres aspects encore supposent une intervention directe du personnel des banques. Les clients commerciaux voudront sans doute avoir le choix de recourir soit à des méthodes de transfert traditionnelles, qui peuvent faire appel à des moyens électroniques, mais qui imposent aux banques une gamme plus étendue de responsabilités et qui coûtent sans doute plus cher, soit aux nouveaux systèmes à grande vitesse, peu onéreux. Dans ce dernier cas, les clients devront sans doute assumer certains risques; par exemple, les systèmes informatiques à grande vitesse traitant un volume important d'opérations ne permettent normalement pas une contrepassation ni un contrôle de chaque opération; aussi les responsabilités en cas d'erreurs ou de défaillance ne peuvent-elles être les mêmes que dans les virements traditionnels. Le simple volume des opérations impose une charge réelle aux banques et aux chambres de compensation pour ce qui est de l'obligation de notification et de la responsabilité en cas de dommages, éléments dont il faut tenir compte si l'on veut que les règles proposées soient compatibles avec les nouveaux systèmes de compensation électronique.

A la fin de la dernière session du Groupe de travail, la délégation des Etats-Unis a proposé que l'on envisage de proposer deux séries de règles plutôt qu'une seule, afin de séparer les droits et obligations des parties aux opérations bancaires en deux catégories — la première pour les nouvelles pratiques liées aux virements électroniques à grande vitesse, la deuxième traitant des obligations traditionnelles, qui peuvent être fondées sur le papier comme sur des méthodes plus rapides d'exécution d'opérations commerciales. Dans ce dernier cas, les donneurs d'ordre s'attendent à ce que les responsabilités soient plus étendues, en échange d'un coût plus élevé et d'une vitesse moindre.

Il y a plusieurs moyens de mettre sur pied ce système "à deux pistes". Nous présentons ci-après une proposition qui permettrait d'atteindre cet objectif en garantissant, par le recours à des dispositions relatives au choix de la loi applicable et aux conflits de lois, le droit des parties d'entreprendre des opérations en application de règles élaborées pour le commerce électronique. Une telle approche permettrait de conserver le présent projet, tel qu'il sera développé lors des sessions futures du Groupe de travail et de la Commission et, dans le même temps, d'appliquer des règles conçues pour les virements à grande vitesse; elle garantirait donc l'adéquation de la Loi type au commerce tel qu'il sera sans doute pratiqué par un nombre de plus en plus important de parties commerciales et d'Etats. Il serait également possible de rédiger deux séries de règles en déclarant que certaines dispositions du présent projet ne sont pas applicables aux opérations à grande vitesse, telles qu'elles seront définies, et en rédigeant de nouvelles règles applicables aux dites opérations.

Ces propositions sont avancées afin de faciliter le débat au sein du Groupe de travail. Nous sommes toujours convaincus qu'il importe que la Commission achève ses travaux sur la question aussitôt que possible.

*Proposition présentée par la délégation des Etats-Unis en vue de modifier le projet de loi type sur les virements internationaux, afin de tenir compte des virements électroniques à grande vitesse*

A la vingtième session du Groupe de travail des paiements internationaux, la délégation des Etats-Unis s'est déclarée préoccupée par le fait que le texte du projet de loi type ne serait pas adapté aux virements effectués au moyen de systèmes qui ont été conçus pour permettre des virements à grande vitesse, avec une sécurité maximum et pour un coût peu élevé. Aussi la délégation des Etats-Unis propose-t-elle que la Loi type soit modifiée, afin qu'elle soit suffisamment souple pour être applicable à ce type de système, qui a pour caractéristique de permettre des "virements électroniques à grande vitesse". Chacune des modifications proposées est présentée ci-après, accompagnée d'un bref commentaire.

*Projet de nouveau paragraphe 3 de l'article premier*

"3) Si un virement est un 'virement électronique à grande vitesse', la présente loi est applicable si tout ordre de paiement contenant le virement est envoyé d'un expéditeur situé dans un Etat à une banque réceptrice située dans un autre Etat."

*Commentaire*

Les systèmes de transfert de fonds tels que le Clearing House Interbank Payments System ("CHIPS") traitent des virements électroniques à grande vitesse. Normalement, ces virements ont pour origine des banques qui peuvent être situées en dehors des Etats-Unis, mais qui transmettent par des moyens électroniques des ordres de paiement qui doivent être exécutés par des banques situées aux Etats-Unis. De tels virements CHIPS peuvent être conclus par l'écriture d'un crédit au compte d'un bénéficiaire dans une banque située dans le même Etat que la banque du donneur d'ordre. Ce type de virement ne serait pas régi par le projet de loi type, en application du paragraphe 1 de l'article premier, car la banque du donneur d'ordre et la banque du bénéficiaire seraient situées dans le même Etat. Le projet de paragraphe 3 permet d'élargir le champ de la Loi type, afin que celle-ci couvre les "virements électroniques à grande vitesse" qui sont définis à l'article 2.

*Projet de nouveaux alinéas m et n de l'article 2*

"m) Le terme 'virement électronique à grande vitesse' désigne un virement pour lequel un ordre de paiement est envoyé par l'intermédiaire d'un système de transfert de fonds, système utilisé avant tout pour traiter des ordres de paiement i) qui sont envoyés électroniquement entre banques ou entre établissements commerciaux, ii) qui ont pour objet d'assurer un transfert de valeur le même jour, et iii) dont le règlement est porté sur les registres d'une banque ou d'une banque centrale.

n) Le terme 'système de transfert de fonds' désigne un réseau de transfert électronique, une chambre de compensation électronique, ou tout autre système de communication d'une chambre de compensation ou autre association de banques par l'intermédiaire desquels un ordre de paiement peut être transmis à la banque à laquelle il est destiné."

*Commentaire*

L'alinéa m définit les caractéristiques du "virement électronique à grande vitesse" qui devra entrer dans le champ d'application du projet de loi type, à condition que celui-ci comporte une disposition de "renonciation", telle que celle qui est recommandée à l'article 16. On notera qu'un tel virement doit comporter au moins un ordre de paiement qui soit traité par un type spécial de système de transfert de fonds. Ce système peut être utilisé avant tout pour traiter les ordres de paiement qui sont transmis électroniquement (ce qui exclut des instruments qui sont largement utilisés dans certains Etats) et qui sont avant tout des transferts commerciaux (ce qui exclut la plupart des systèmes de comptes-chèques et de paiement point de vente, qui sont avant tout destinés aux consommateurs). En outre, un tel système de transfert de fonds doit être utilisé avant tout pour des paiements qui ne sont pas à terme (ce qui éliminerait la plupart des paiements conditionnels) et dont le règlement sera inscrit sur les registres d'une banque ou d'une banque centrale. Cette définition a pour objet de déterminer quels sont les virements, tels que ceux qui sont effectués par l'intermédiaire de CHIPS, qui devront faire l'objet de règles adaptées à leurs caractéristiques : grande vitesse, sécurité maximum et coût réduit.

L'alinéa n définit le système de transmission de fonds. Un virement ne peut être un "virement électronique à grande vitesse" que si au moins un ordre de paiement passe par l'intermédiaire d'un tel système. Là aussi, la définition est suffisamment large pour englober des organisations telles que CHIPS et SWIFT.

*Projet de nouveau paragraphe 3 de l'article 15*

"3) Un système de transfert de fonds peut choisir la loi d'un Etat particulier pour régir les droits et obligations de toutes les parties à un virement électronique à grande vitesse. Au cas où il y aurait divergence entre toute disposition de la loi de l'Etat retenu par le système de transfert de fonds et toute disposition de la présente Loi type, les dispositions de la loi de l'Etat retenu par le système de transfert de fonds prévaudront."

*Commentaire*

Comme les parties à un système de virement à grande vitesse peuvent se situer dans plusieurs Etats, et qu'une mesure prise par une partie peut avoir des incidences sur les droits et obligations de l'autre partie, il est particulièrement important qu'un seul ensemble de règles s'applique à toutes les parties à un tel virement. Ce sont ces facteurs qui ont amené CHIPS à énoncer la règle suivante en avril 1990.

"Les droits et obligations des participants et de toutes les autres parties à un transfert de fonds comprenant une instruction de paiement CHIPS, qui découlent soit du transfert de fonds, soit du présent règlement, seront régis par la loi de l'Etat de New York. Le terme 'transfert de fonds' désigne la série d'opérations, commençant avec l'ordre de paiement du donneur d'ordre, effectuées afin de payer le bénéficiaire de l'ordre, et inclut tous les ordres de paiement émis par la banque du donneur d'ordre ou une banque intermédiaire ayant pour objet de donner suite à l'ordre de paiement du donneur d'ordre."

Le projet d'article 15-3 permet aux systèmes de transfert de fonds d'adopter des règles telles que cette nouvelle règle de CHIPS. Ainsi, un transfert donné ne peut être soumis à des dispositions de fond contradictoires de droit national, ce qui va dans le sens de la prévisibilité et de la certitude, qui sont deux principes essentiels du droit commercial.

*Projet de nouvel article 16***"Article 16. Modifications par accord des parties et effet des règlements des systèmes de transfert de fonds"**

1) Sauf disposition contraire de la présente loi, les droits et obligations d'une partie à un virement peuvent être modifiés avec l'accord de la partie intéressée.

2) Le terme 'règlement d'un système de transfert de fonds' désigne le règlement d'une association de banques i) régissant la transmission d'ordres de paiement au moyen d'un système de transfert de fonds de l'association ou les droits et obligations relatifs auxdits ordres, ou ii) dans la mesure où ledit règlement régit les droits et obligations entre les banques qui sont parties à un virement pour lequel une banque

centrale, faisant office de banque intermédiaire, envoie un ordre de paiement à la banque du bénéficiaire. Sauf disposition contraire de la présente loi, le règlement d'un système de transfert de fonds régissant les droits et obligations des banques participantes utilisant ledit système peut être applicable, même s'il est contraire à la présente loi et exerce indirectement des effets sur une autre partie au virement qui n'accepte pas l'application dudit règlement."

*Commentaire*

Les systèmes de transfert de fonds traitant des virements à grande vitesse, ou deux parties à un segment d'un virement, peuvent souhaiter adopter la Loi type avec quelques modifications. L'article 16 le permet et énonce le principe selon lequel les parties à un virement doivent pouvoir écarter les dispositions qui ne sont pas adaptées à leurs objectifs.

**E. Rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa vingt-deuxième session**

(Vienne, 26 novembre-7 décembre 1990) (A/CN.9/344) [Original : anglais]

## TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION .....	1-9
<b>I. EXAMEN DES PROJETS DE DISPOSITIONS D'UNE LOI TYPE SUR LES VIREMENTS INTERNATIONAUX .....</b>	<b>10-126</b>
Article 12.....	11-57
Article 13.....	58
Paiement de la banque réceptrice .....	59-85
Article 10.....	86-101
Article 11.....	102-111
Article 15.....	112-114
Définition du mot "exécution".....	115-116
Article 9.....	117-119
Article 8.....	120
Article 4.....	121-126
<b>II. MODIFICATIONS RÉDACTIONNELLES DANS LA LOI TYPE .....</b>	<b>127-141</b>
<b>III. GROUPE DE RÉDACTION ET ADOPTION DU PROJET DE LOI TYPE ..</b>	<b>142</b>
	<i>Page</i>
ANNEXE Projet de loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux ...	222

## INTRODUCTION

1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission a décidé d'entreprendre l'élaboration de règles types sur les transferts électroniques de fonds et de confier cette tâche au Groupe de travail des effets de commerce internationaux, qu'elle a rebaptisé Groupe de travail des paiements internationaux<sup>1</sup>.

2. Le Groupe de travail a entrepris cette tâche à sa seizième session (Vienne, 2-13 novembre 1987), durant laquelle il a examiné un certain nombre de questions juridiques présentées dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.37). Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer des projets de dispositions fondés sur les débats de la seizième session, pour qu'il puisse les examiner à sa dix-septième session (A/CN.9/297). A sa dix-septième session (New York, 5-15 juillet 1988), le Groupe de travail a examiné les projets de dispositions établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.39). A la fin de cette

<sup>1</sup>Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément n° 17 (A/41/17)*, par. 230.

session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un projet révisé des règles types (A/CN.9/317). A sa dix-huitième session (Vienne, 5-16 décembre 1988), le Groupe de travail a commencé l'examen du projet révisé des règles types, qu'il a rebaptisé projet de loi type sur les virements internationaux (A/CN.9/318). A ses dix-neuvième, vingtième et vingt et unième sessions, il a poursuivi son examen du projet de loi type (A/CN.9/328, 329 et 341).

3. Le Groupe de travail a tenu sa vingt-deuxième session à Vienne, du 26 novembre au 7 décembre 1990. Il était composé de tous les Etats membres de la Commission. Les représentants des Etats membres ci-après ont participé à la session : Allemagne, Argentine, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Danemark, Egypte, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Jamahiriya arabe libyenne, Japon, Maroc, Mexique, Pays-Bas, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Tchécoslovaquie et Union des Républiques socialistes soviétiques.

4. Les observateurs des Etats ci-après ont également participé à la session : Arabie saoudite, Australie, Autriche, Bolivie, Colombie, Emirats arabes unis, Finlande, Indonésie, Koweït, Liban, Oman, Ouganda, Pérou, Philippines, Pologne, République de Corée, République populaire démocratique de Corée, République dominicaine, Suède, Suisse, Thaïlande, Turquie et Zaïre.

5. Des observateurs des organisations internationales ci-après ont participé à la session : Fonds monétaire international, Comité consultatif juridique africano-asiatique, Banque des règlements internationaux, Commission des Communautés européennes, Conférence de La Haye de droit international privé, Fédération bancaire de la Communauté européenne, Fédération bancaire latino-américaine et Société de télécommunications interbancaires mondiales.

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

*Président* : M. José María Abascal Zamora  
(Mexique)

*Rapporteur* : M. Bradley Crawford (Canada).

7. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après :

- a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.48);
- b) Virements internationaux : commentaires relatifs au projet de loi type sur les virements internationaux, rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.IV/WP.49).

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

- a) Election du bureau.
- b) Adoption de l'ordre du jour.
- c) Elaboration d'une loi type sur les virements internationaux.
- d) Questions diverses.
- e) Adoption du rapport.

9. Les documents ci-après ont été mis à la disposition des participants durant la session :

a) Rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa seizième session (A/CN.9/297);

b) Rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa dix-septième session (A/CN.9/317);

c) Rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa dix-huitième session (A/CN.9/318);

d) Rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa dix-neuvième session (A/CN.9/328);

e) Rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa vingtième session (A/CN.9/329);

f) Rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa vingt et unième session (A/CN.9/341).

## I. EXAMEN DES PROJETS DE DISPOSITIONS D'UNE LOI TYPE SUR LES VIREMENTS INTERNATIONAUX

10. Le texte du projet de loi type soumis au Groupe de travail était celui qui figure dans le rapport de la vingt et unième session du Groupe de travail (A/CN.9/341, annexe) et qui est reproduit, accompagné de commentaires, dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.49.

### Article 12

#### Alinéa 5 d et paragraphe 8

11. Le Groupe de travail a rappelé que, lors de la vingt et unième session, il y avait eu un débat sur l'alinéa 5 d et qu'il avait alors été proposé de le supprimer, de même que le paragraphe 8. Une proposition similaire tendait à combiner l'alinéa 5 d et le paragraphe 8. Selon cette proposition, la Loi type n'énoncerait pas une norme permettant de déterminer si une partie au virement pourrait être dédommée pour un préjudice indirect par une banque n'ayant pas agi comme il convient, mais la banque serait soumise aux autres règles de droit existant dans le système juridique national, lorsqu'elle agirait de la manière décrite dans le texte actuel de l'alinéa 5 d. A l'encontre de ces deux propositions, on a fait remarquer que l'objet du paragraphe 8 était de préserver l'unité de la loi en ce qui concerne les recours ouverts à une partie à un virement international, unité que la Loi type s'efforçait de promouvoir en général. On a également déclaré que le paragraphe 8 avait notamment pour objet de protéger le système bancaire de réclamations intempestives, portant sur des montants substantiels et fondées sur des règles de droit extérieures à la Loi type. Le Groupe de travail avait convenu qu'il lui fallait davantage de temps pour étudier les incidences des propositions avancées. Il avait décidé de mettre les deux textes entre crochets et d'en reprendre l'examen à la session en cours (A/CN.9/341, par. 126 à 131).

12. Durant la session, le Groupe de travail a examiné une nouvelle proposition tendant à supprimer l'alinéa 5 *d* et à ajouter, à la fin du texte actuel du paragraphe 8, les mots suivants, fondés sur l'alinéa 5 *d* :

“à l'exception de tout moyen en vertu duquel une banque est tenue de réparer le préjudice du fait que l'exécution incorrecte ou tardive, ou la non-exécution, résultait d'un acte ou d'une omission de la banque commis soit avec l'intention de provoquer ce préjudice, soit témérairement et sachant qu'un tel préjudice pourrait en résulter.”

13. A l'appui de cette proposition, il a été avancé que, si l'on supprimait simplement l'alinéa 5 *d* et le paragraphe 8, il n'apparaîtrait pas clairement quels moyens de recours découlant d'autres règles de droit pourraient être invoqués dans les cas où une banque agissait délibérément, avec l'intention de causer un préjudice, ou témérairement en sachant qu'un préjudice pourrait résulter. On a en outre avancé qu'il serait bon que la Loi type comporte une disposition précisant qu'en cas de comportement délibéré ou téméraire, la banque pourrait avoir à dédommager de préjudices indirects, outre son obligation de dédommager de la perte d'intérêts et des dépenses encourues pour l'établissement d'un nouvel ordre de paiement, comme il est énoncé ailleurs au paragraphe 5.

14. A l'encontre de cette proposition, on a déclaré que toute disposition permettant le dédommagement d'un préjudice indirect signifierait qu'en cas d'action en justice il faudrait s'efforcer de déterminer l'intention de la banque. Il a également été noté que, dans certains systèmes juridiques, une partie était réputée avoir voulu les conséquences de ses actes. Dans ces systèmes, il faudrait au moins que ceux qui seraient chargés de juger les faits, par exemple un jury de citoyens ordinaires, se posent la question de savoir si la banque avait intentionnellement fait subir un préjudice, lorsque ledit préjudice résultait d'un défaut de diligence de sa part. Il a été noté qu'il ne serait pas possible de déterminer l'intention de la banque dans le cas de systèmes informatisés de transferts de fonds de montant élevé et à grande vitesse. Aussi a-t-il été déclaré qu'il faudrait supprimer l'alinéa 5 *d* et conserver sans changement le paragraphe 8.

15. Selon un autre avis, l'alinéa 5 *d* devrait être conservé et disposer qu'une banque devrait être responsable des conséquences de ses actes et que la responsabilité pour faute intentionnelle ou téméraire était un minimum que la Loi type devrait prévoir. Il a été déclaré que cela serait possible, même si le paragraphe 8 était modifié comme il a été proposé.

16. Le débat au sein du Groupe de travail a été axé sur le libellé exact de la proposition. Certains participants se sont déclarés préoccupés par le fait que la notion d'acte “téméraire”, utilisée tant dans le texte actuel de l'alinéa 5 *d* que dans la nouvelle proposition, n'était pas claire et poserait des problèmes d'interprétation, notamment dans les systèmes juridiques où cette notion n'était pas actuellement utilisée. En effet, elle pourrait être interprétée différemment selon les systèmes juridiques. Par exemple, dans certains systèmes juridiques, le défaut d'exécution

d'un ordre de paiement donné pourrait être interprété comme un comportement “téméraire”, alors même que l'on devrait considérer ce fait comme une faute ordinaire de la banque. Afin d'éviter ces difficultés, il a été proposé, soit de définir cette notion dans la Loi type, soit de la supprimer complètement. En réponse à cette proposition, il a été noté que le libellé actuel de l'alinéa 5 *d* avait été utilisé dans plusieurs textes internationaux, notamment la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (Varsovie, 1929) et la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg), et, a-t-on déclaré, il ne s'était posé aucun problème particulier d'interprétation. En outre, la proposition n'avait pas pour objet de créer un régime général de responsabilité en cas de préjudice indirect, applicable lorsque la banque agissait témérairement ou sachant qu'un préjudice en résulterait. En fait, la suppression proposée de l'alinéa 5 *d*, combinée à la modification du paragraphe 8, permettrait simplement aux différents Etats dont la législation autre que la Loi type prévoyait un tel moyen de recours, d'autoriser ce moyen de recours contre une banque ayant agi incorrectement, de la manière décrite dans le libellé proposé du paragraphe 8. La question essentielle serait de savoir si, et à quelles conditions la loi de l'Etat, autre que la Loi type telle qu'adoptée par cet Etat, permettrait le dédommagement des préjudices indirects. Aussi n'était-il pas nécessaire de veiller à ce que le mot “témérairement” soit interprété exactement de la même manière dans tous les Etats, ni même de s'assurer que cette notion de “témérité” existait dans la législation de tous les Etats. Selon un avis, les analogies entre les textes internationaux susmentionnés et les virements n'étaient pas appropriées du fait de la rapidité et du volume important des virements et en raison d'autres différences.

17. Il a été suggéré d'inclure une disposition générale sur l'interprétation uniforme de la Loi type pour aider à surmonter les difficultés que pouvait engendrer l'emploi de la notion de témérité, mais cette suggestion n'a reçu aucun appui.

18. Il a été déclaré que le texte proposé était approprié car, en vertu de nombreuses lois nationales, un accord entre des parties à un contrat tendant à déclinier toute responsabilité pour une faute que ces parties auraient commise intentionnellement ne serait pas valide. Le texte proposé préserverait cette règle dans les Etats où elle existait.

19. Il a été suggéré de modifier l'ajout proposé au paragraphe 8, afin de supprimer les mots “soit témérairement”. Selon cette proposition, la fin du paragraphe 8 se lirait comme suit : “résultait d'un acte ou d'une omission de la banque commis avec l'intention de provoquer ce préjudice et sachant qu'un tel préjudice en résulterait”. Il a été objecté que cette disposition ferait retomber une trop grande responsabilité sur le client de la banque, qui devrait prouver à la fois que la faute de la banque était intentionnelle et que celle-ci connaissait les effets d'une exécution incorrecte. La proposition n'a pas été appuyée.

20. Selon une autre proposition, il convenait de supprimer les mots “soit témérairement et sachant qu'un tel

préjudice pourrait en résulter". Le paragraphe 8 se terminerai donc comme suit : "résultait d'un acte ou d'une omission de la banque commis avec l'intention de provoquer ce préjudice". Il a été déclaré, en réponse à cette proposition, que, si le paragraphe 8 ne portait que sur la non-exécution intentionnelle, il pourrait être interprété comme excluant la possibilité de demander le dédommagement d'un préjudice indirect lorsque la banque avait agi sans aucun soin, mais sans intention véritable de provoquer un préjudice. La suppression pure et simple du paragraphe 8, a-t-il été déclaré, serait préférable à un tel résultat. On s'est déclaré préoccupé par l'emploi du mot "pourrait", dont le sens était si large que cette dernière disposition ne serait plus assortie d'une norme et étendrait donc de manière inacceptable la responsabilité.

21. Au terme de ses débats, le Groupe de travail a rappelé qu'il devait décider : si la Loi type devait comporter une disposition énonçant la possibilité de demander le dédommagement d'un préjudice indirect dans des circonstances telles que celles qui étaient décrites dans l'actuel libellé de l'alinéa *d* du paragraphe 5; s'il devait être énoncé dans la Loi type qu'un tel dédommagement ne pouvait jamais être demandé; ou si la question devait être soumise non à la Loi type, mais aux autres règles de droit nationales. Il a été noté que cette dernière approche pouvait être mise en œuvre soit en supprimant tant l'alinéa *d* du paragraphe 5 que le paragraphe 8, soit en supprimant l'alinéa *d* du paragraphe 5 et en changeant le libellé du paragraphe 8 de la manière décrite au paragraphe 12 du présent rapport. Après un débat et compte tenu des réserves émises par plusieurs délégations, le Groupe de travail a décidé d'adopter le texte présenté au paragraphe 12.

22. Le Groupe de travail a noté que la suppression de l'alinéa *d* du paragraphe 5 entraînerait des modifications de forme au paragraphe 7.

#### Paragraphe 6

23. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à modifier le paragraphe 6 qui se lirait comme suit :

"6) Le présent paragraphe s'applique à une banque réceptrice qui n'est responsable que du fait qu'elle-même ou une banque réceptrice suivante ne s'est pas acquittée de l'une des obligations de notification ci-après :

a) notifier le rejet de l'ordre de paiement conformément aux articles 5-3 ou 7-2, lorsque le paiement n'a pas été reçu de l'expéditeur;

b) notifier, conformément aux articles 6-3 ou 8-2, le fait que l'ordre de paiement a été mal dirigé;

c) notifier l'insuffisance des données conformément aux articles 6-4 ou 8-3;

d) notifier, conformément aux articles 6-5 ou 8-4, une discordance entre le montant exprimé en toutes lettres et le montant exprimé en chiffres;

Si une banque à laquelle s'applique le présent paragraphe est responsable en vertu du présent article envers le donneur d'ordre ou envers son expéditeur, elle n'est tenue de le dédommager que pour les pertes

d'intérêts pour une période maximale de sept jours ou pour la période durant laquelle elle a eu les fonds à sa disposition, la plus longue de ces deux périodes étant retenue."

24. Les auteurs de cette proposition ont indiqué qu'elle visait à prévoir des sanctions pour tout non-respect des obligations de notification prévues par la Loi type, à l'exception de l'obligation de la banque réceptrice ou de la banque du bénéficiaire ayant reçu paiement de notifier à l'expéditeur le rejet de l'ordre de paiement (dont les conséquences étaient énoncées aux articles 5-2 *a* et 7-1 *a*) et de l'obligation de la banque du bénéficiaire de donner avis au bénéficiaire prévu qui n'est pas titulaire d'un compte chez elle qu'elle détient des fonds à son intention (art. 8-6). Il a en outre été indiqué que la proposition visait à réduire de 30 jours (comme le prévoit l'article 12-6 *b* du texte actuel) à sept jours la période maximale pendant laquelle des intérêts seraient dus par la banque à l'expéditeur en cas d'ordre de paiement mal dirigé lorsque aucuns fonds n'avaient été mis à la disposition de la banque. On a noté que la référence au "paiement" à l'alinéa *a* devra être conforme au libellé adopté dans les articles 5-2 *a* et 7-1 *a* (voir le paragraphe 68).

25. On a suggéré que le Groupe de travail n'examine pas les sanctions pour non-respect de l'obligation de notifier tant qu'aucune décision définitive n'avait été prise quant à la nature des obligations de notifier et au délai dans lequel ces obligations devaient être acquittées. Selon un avis, la nature des obligations devait être examinée en premier lieu, mais selon l'avis qui a prévalu, l'examen des sanctions permettrait de mieux comprendre la nature des obligations et de déterminer s'il était opportun d'en imposer.

26. On s'est demandé si la Loi type devait traiter des problèmes liés aux ordres de paiement mal dirigés. Selon un avis, les obligations de notifier devaient être restreintes aux deux cas suivants : lorsqu'une banque décidait de rejeter un ordre de paiement, et lorsqu'une banque devait prêter assistance à l'expéditeur d'un ordre de paiement en vertu de l'article 11 *a*. Selon un autre avis, il n'était pas nécessaire d'examiner la question des ordres de paiement mal dirigés car ils étaient rares dans la pratique. En outre, on ne devait créer d'obligations que lorsque la banque avait reçu un ordre de paiement qui lui était adressé. En réponse à ces observations, il a été indiqué que bien que les ordres de paiement mal dirigés fussent rares, il était tout à fait justifié, en tant que principe d'ordre public, que la Loi type protège l'expéditeur des conséquences des ordres de paiement mal dirigés. En outre, les ordres de paiement mal dirigés n'étaient pas si rares dans les virements internationaux, en particulier lorsque deux banques portaient des noms similaires.

27. Selon une suggestion, des solutions différentes pourraient être nécessaires selon qu'il existait ou non entre l'expéditeur et la banque réceptrice de l'ordre de paiement mal dirigé une relation de compte. Il a été indiqué que lorsqu'il y avait une relation de compte entre l'expéditeur et la banque réceptrice, il n'était pas nécessaire d'instaurer une nouvelle obligation liant la banque réceptrice parce que celle-ci aurait déjà l'obligation contractuelle implicite

de notifier le fait que l'ordre de paiement avait été mal dirigé. On a en outre indiqué que lorsqu'il n'existait pas de relation de compte entre l'expéditeur et la banque réceptrice, il serait peut-être particulièrement approprié que la Loi type, en tant que principe d'ordre public, instaure cette obligation de donner avis à l'expéditeur.

28. Selon un avis, le Groupe de travail devait examiner les cas où un ordre de paiement était envoyé par erreur à une banque réceptrice où l'expéditeur disposait d'un compte rémunéré, compte qui n'était toutefois pas suffisamment approvisionné pour couvrir l'ordre de paiement. Il a été indiqué qu'en pareil cas les dispositions des articles 5-2 *a* et 7-1 *a*, selon lesquelles l'acceptation se produisait en cas de non-notification à l'expéditeur du rejet de l'ordre de paiement, ne s'appliqueraient pas. On s'est demandé si la sanction proposée en cas de non-notification modifierait le montant des intérêts rémunérant normalement le compte. En réponse, il a été indiqué que l'obligation de notifier à l'expéditeur un ordre de paiement mal dirigé ne prévoyait pas de dédommagement si aucune perte n'avait été subie par l'expéditeur. Il a été indiqué que, dans le texte proposé, l'obligation de celui qui reçoit un ordre de paiement mal dirigé était une obligation de dédommager pour "les pertes d'intérêts". Il a été indiqué qu'aucune obligation, et partant aucune sanction, ne s'appliquerait, à moins que les fonds n'aient été transmis en vue de provisionner l'ordre de paiement en question.

29. Il a été rappelé que lorsque la banque réceptrice avait reçu des fonds avec l'ordre de paiement mal dirigé, elle serait en toutes circonstances tenue de restituer les fonds avec intérêts en vertu de l'article 11 *b* (voir les paragraphes 105 à 111). Selon un avis, puisque la banque réceptrice serait dans l'obligation de restituer les fonds avec intérêts en application de l'article 11 *b*, il n'était pas nécessaire d'énoncer de sanctions au titre de l'article 12. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, l'article 12 devait comporter une disposition relative aux ordres de paiement mal dirigés afin de prévenir tout enrichissement sans cause de la banque réceptrice.

30. En ce qui concerne les cas visés aux alinéas *b* à *d* de la proposition dans lesquels aucuns fonds n'avaient été reçus par la banque réceptrice, on a émis l'avis que le principe de responsabilité énoncé à l'article 12 devrait aussi être conservé. Cette responsabilité, a-t-on estimé, ne serait pas trop lourde pour les banques car elle ne serait engagée que dans de rares cas et déboucherait sur des sanctions mesurées. Selon un avis opposé, aucun intérêt ne devait être recouvré auprès de la banque réceptrice lorsque celle-ci n'avait pas reçu les fonds. Le Groupe de travail a décidé que les dispositions proposées pour les alinéas *b* à *d* du paragraphe 6 ne devaient pas s'appliquer lorsque aucuns fonds n'avaient été reçus par la banque réceptrice. Il a donc été décidé que l'obligation ne serait imposée qu'à la banque ayant reçu les fonds de sorte que les banques ne soient pas responsables de la non-notification par les banques suivantes d'ordres de paiement mal dirigés.

31. S'agissant de l'alinéa *a* de la proposition énoncée plus haut, il fallait, selon un point de vue, que l'obligation de donner avis du rejet de l'ordre de paiement soit maintenue en tant que principe d'ordre public de manière à

protéger l'expéditeur, dans le cas par exemple où une banque retarderait indûment le paiement en refusant de passer les écritures appropriées sur un compte. En réponse à cet argument, il a été affirmé que dans le cas où les fonds avaient effectivement été envoyés à la banque réceptrice, l'expéditeur serait suffisamment protégé car la banque réceptrice serait considérée comme ayant accepté l'ordre de paiement. Après débat, le Groupe de travail a décidé de ne pas conserver l'alinéa *a* de la proposition.

32. Il a été déclaré que les alinéas *b*, *c* et *d* rendaient responsable la banque réceptrice même si l'erreur était imputable à l'expéditeur et, vu le régime de responsabilité en cas d'erreur d'exécution énoncé ailleurs à l'article 12, il n'était pas approprié de pénaliser une banque réceptrice pour une erreur qui était due à l'expéditeur.

33. A l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé de conserver le texte proposé pour les alinéas *b* à *d* du paragraphe 6, leurs dispositions devant s'appliquer dans les cas où la banque réceptrice avait reçu les fonds permettant d'exécuter l'ordre de paiement.

34. Une discussion a eu lieu sur la définition de l'intérêt et du taux applicable. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa vingt et unième session il avait décidé de ne pas tenter de définir un taux d'intérêt ou un moyen de le déterminer (A/CN.9/341, par. 121 à 123).

35. Le Groupe de travail est ensuite passé à la question de savoir si une banque devait être responsable du fait qu'une banque réceptrice suivante ne s'était pas acquittée d'une obligation de notification ainsi que l'indique le chapeau du texte proposé. Le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "ou une banque réceptrice suivante".

#### Paragraphe 7

36. Le Groupe de travail a noté qu'il avait décidé de supprimer l'alinéa 5 *d* (voir le paragraphe 21 plus haut) et que le renvoi à cet alinéa devrait donc être supprimé dans le texte du paragraphe 7.

37. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur le fait que le principe de la liberté contractuelle énoncé à la première phrase du paragraphe 7 était exprimé à l'article 16 du texte examiné. Il a donc été convenu que l'on pouvait supprimer au moins la première phrase parce que superflue.

38. Il a été proposé de supprimer l'ensemble du paragraphe 7 parce qu'il traduisait un manque de confiance vis-à-vis des banques. A l'appui de cette proposition, il a été déclaré que dans le contexte de ce paragraphe, la Loi type ne devait pas viser à donner une protection spéciale aux clients des banques dont le pouvoir de négociation pouvait être égal voire supérieur à celui des banques. Selon un autre avis, le principe général de la liberté contractuelle énoncé à l'article 16 devait être supprimé. Cependant, l'avis qui a prévalu a été que la seconde phrase devait être conservée parce qu'il était nécessaire de fixer une norme minimale pour la protection des clients des banques.

39. Une autre suggestion a été qu'il fallait mentionner expressément la possibilité pour les parties d'exercer le droit que leur donne le paragraphe 7 de modifier le régime de responsabilité en employant des clauses contractuelles types. Il a été expliqué que, dans certains Etats, on ne pouvait modifier le régime de responsabilité que par des conventions expresses et que les clauses de limitation de responsabilité n'étaient pas valables lorsqu'elles figuraient dans des contrats types. Après débat, le Groupe de travail a décidé qu'une telle modification serait utile et a renvoyé la question au groupe de rédaction.

#### Paragraphe 2

40. Le Groupe de travail a rappelé que le régime général de responsabilité énoncé au paragraphe 2 était le suivant : le donneur d'ordre pouvait tenir la banque du donneur d'ordre responsable en cas d'exécution incorrecte du virement. Ainsi, la banque du donneur d'ordre répondait envers le donneur d'ordre de tout préjudice où qu'il se soit produit. La banque du donneur d'ordre et chaque banque réceptrice successive pouvaient à leur tour tenir responsable leur banque réceptrice de l'exécution incorrecte du virement, lorsqu'elle se produisait dans cette banque ou dans une banque ultérieure de la chaîne du virement. Le paragraphe 5 indiquait de quels types de préjudice et dans quelle mesure la banque du donneur d'ordre serait responsable.

41. Le Groupe de travail a fondé son débat sur un projet qu'il avait prié le Secrétariat d'élaborer en vue de donner effet aux décisions de principe qu'il avait prises à sa vingt et unième session. Le projet était libellé comme suit :

"Une banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire et qui accepte un ordre de paiement répond envers son expéditeur et le donneur d'ordre des préjudices, visés au paragraphe 5 du présent article, imputables à un retard dans l'exécution du virement, au non-achèvement du virement ou à une exécution non conforme aux instructions figurant dans l'ordre de paiement du donneur d'ordre. Une banque réceptrice n'est responsable en vertu de l'alinéa *d* du paragraphe 5 que dans la mesure où ses actes ont causé le préjudice."

42. Le Groupe de travail a noté que, vu la décision qui avait été prise de supprimer l'alinéa 5 *d* (par. 21 ci-dessus), la deuxième phrase de la proposition pourrait être supprimée. Il a en outre noté que, comme suite à la décision de supprimer l'alinéa 5 *d*, la banque du donneur d'ordre ne répondrait envers le donneur d'ordre que des pertes d'intérêt et des dépenses encourues pour l'établissement d'un nouvel ordre de paiement.

43. Selon un avis, puisque la suppression de l'alinéa 5 *d* revenait en fait à limiter l'applicabilité du régime de responsabilité énoncé au paragraphe 2 aux pertes d'intérêt, ce régime n'était peut-être plus vraiment justifié. Il a été rappelé que, lors de sessions précédentes, le Groupe de travail avait décidé que l'intérêt dû en cas de retard dans l'exécution du virement devait suivre la chaîne du virement jusqu'au bénéficiaire. Il a été noté que l'on n'avait pas encore donné effet à cette décision de principe dans le texte de la Loi type.

44. Le Groupe de travail a examiné la relation entre l'obligation énoncée à l'alinéa *b* de l'article 11, qui est de rembourser le montant principal du virement au donneur d'ordre lorsque le virement n'a pas été achevé, et la responsabilité en cas de perte d'intérêt énoncée à l'article 12. On a donné l'exemple d'une banque intermédiaire émettant pour sa banque réceptrice un ordre de paiement portant sur un montant inférieur à celui de l'ordre qu'elle avait reçu de la banque du donneur d'ordre. Si la banque intermédiaire envoyait par la suite un second ordre de paiement portant sur le montant manquant, le bénéficiaire devrait recevoir des intérêts pour retard sur ce dernier montant. Toutefois, si le montant manquant n'était pas envoyé afin d'achever le virement conformément aux instructions du donneur d'ordre, il devrait être renvoyé au donneur d'ordre en application de l'alinéa *b* de l'article 11 et, a-t-on déclaré, un intérêt devrait être payé sur ce montant au donneur d'ordre. On a jugé que le bénéficiaire ne devrait pas être à même de toucher des intérêts, alors que le donneur d'ordre récupérerait le montant principal. Si le bénéficiaire avait droit au paiement d'un intérêt par le donneur d'ordre du fait d'un retard dans le paiement de l'obligation sous-jacente, il devrait toucher cet intérêt du donneur d'ordre, en même temps que le montant qui n'avait pas été viré dans le virement initial.

45. Sur la base de l'analyse faite au paragraphe précédent, il a été proposé de modifier l'alinéa *b* de l'article 11, afin de préciser que, lorsqu'un virement n'était pas achevé, l'obligation devait être de rembourser "avec intérêt". Il a été répondu qu'une telle obligation en matière d'intérêt serait appropriée à l'article 12, en tant que règle relative à la responsabilité, mais non à l'article 11, qui avait pour objet de garantir l'achèvement du virement. On a toutefois déclaré qu'il serait logique que la banque réceptrice ayant retenu des fonds pendant un certain temps dans le cadre d'un virement non achevé doive non seulement rembourser ces fonds à son expéditeur, mais également payer des intérêts sur ces fonds pour la période durant laquelle elle en avait eu l'usage. Après un débat, le Groupe a adopté la proposition tendant à ajouter les mots "avec intérêt" à l'alinéa *b* de l'article 11.

46. Le Groupe de travail a noté qu'en ajoutant les mots "avec intérêt" à l'alinéa *b* de l'article 11, il disposait que le donneur d'ordre recevrait l'intérêt au cas où un virement ne serait pas achevé. Il a donc réaffirmé la décision qu'il avait prise lors d'une session antérieure, selon laquelle le bénéficiaire devrait recevoir les intérêts prévus à titre de dédommagement à l'article 12 au cas où un virement serait achevé, mais en retard.

47. On a dit que, même si le bénéficiaire devait avoir au premier chef le droit de recevoir des intérêts sur un virement retardé, le donneur d'ordre devait avoir un droit résiduel au recouvrement des intérêts. L'exemple a été donné d'un bénéficiaire auquel les intérêts n'avaient pas été versés et qui les a recouvrés auprès du donneur d'ordre en raison du retard dans l'exécution de l'obligation sous-jacente, ainsi qu'il ressort du paragraphe 44. En réponse, il a été dit que, si le donneur d'ordre devrait assurément pouvoir recouvrer les intérêts dans un tel cas, ce droit ne devrait pas être prévu dans la Loi type. Il y aurait plutôt lieu, a-t-on soutenu, de laisser la possibilité au donneur

d'ordre d'exercer le droit du bénéficiaire dans le cadre des règles de droit applicables à la subrogation ou de toutes autres règles de droit appropriées. On a objecté que cette solution empêcherait le donneur d'ordre d'invoquer la responsabilité du fait d'autrui assumée par la banque du donneur d'ordre conformément au paragraphe 2.

48. On a suggéré que la Loi type devrait établir clairement que si une banque expéditrice n'envoyait pas à sa banque réceptrice une provision suffisante et que celle-ci retardait son exécution d'un ordre de paiement en conséquence, ce cas constituerait un manquement pour lequel la banque expéditrice devrait verser des intérêts. En réponse, il a été dit que les devoirs de la banque expéditrice, en sa qualité de banque réceptrice de l'ordre, devraient être énoncés à l'article 6 et non à l'article 12. Quoi qu'il en soit, son obligation en tant que banque expéditrice aux termes de l'article 4-4 était de régler à sa banque réceptrice l'ordre de paiement, lorsque cette dernière l'avait accepté. Il a été convenu que cette question méritait un examen plus approfondi.

49. La question a été soulevée de savoir quelle était la partie dont le bénéficiaire devrait avoir le droit de recevoir les intérêts. Il a été déclaré qu'il serait approprié que la Loi type prévoit un mécanisme analogue à celui énoncé dans le texte actuel du paragraphe 2 prévoyant que, dans le cas d'exécution tardive d'un transfert de fonds, la banque du bénéficiaire serait responsable auprès de celui-ci des intérêts générés par le retard en quelque endroit que celui-ci se soit produit. Il serait alors nécessaire de stipuler que la banque du bénéficiaire avait un droit de recours contre son expéditeur et que la responsabilité remonterait le long de la chaîne du virement jusqu'à la banque qui était responsable du retard. Il a été objecté à cela que rendre la banque du bénéficiaire responsable des actions d'une banque intermédiaire dans la chaîne du virement reviendrait à la rendre responsable d'actes qui s'étaient produits avant qu'elle n'ait connaissance de l'existence du virement et que cela pourrait la dissuader d'accepter un ordre de paiement destiné à achever un virement qui avait été retardé. En outre, si cette banque avait une relation contractuelle à la fois avec le bénéficiaire et avec son expéditeur, aucune relation de cette sorte n'existait avec une banque intermédiaire éloignée.

50. S'il a été admis l'existence du même manque de relation contractuelle entre le bénéficiaire et une banque intermédiaire, le Groupe de travail a cependant été d'avis qu'il vaudrait mieux donner au bénéficiaire un droit direct à l'encontre de la banque où le retard de virement s'était produit que d'imposer aux autres banques une responsabilité dans les retards qui s'étaient produits avant qu'elles n'interviennent dans un virement.

51. Le Groupe de travail a estimé que l'application d'une bonne pratique bancaire exigerait que la banque où le retard s'était produit envoie à sa banque réceptrice le montant approprié des intérêts. Il serait difficile et relativement coûteux pour le bénéficiaire de faire valoir ses droits directement auprès d'une banque intermédiaire, surtout si cette banque était située dans un pays étranger. Il vaudrait bien mieux pour tous les intéressés que la banque intermédiaire paie les intérêts dont elle pourrait être responsable sans qu'il faille pour cela intenter une

action contre elle. Afin de favoriser cette pratique souhaitable, le Groupe de travail a adopté en principe la proposition suivante :

"L'obligation de la banque envers le bénéficiaire est éteinte dans la mesure où celle-ci vire à sa banque réceptrice un montant supplémentaire par rapport à celui qu'elle a reçu de l'expéditeur."

52. Toujours à l'appui de la décision selon laquelle les intérêts dus par la banque intermédiaire qui avait retardé l'exécution d'un ordre de paiement devaient être transmis au bénéficiaire par l'intermédiaire du système bancaire, le Groupe de travail a adopté la disposition ci-après :

"Si la banque réceptrice qui reçoit des intérêts versés au titre du retard [y compris grâce à un ajustement approprié de la date de débit ou de crédit du compte] n'est pas le bénéficiaire du virement, elle transmet les intérêts à sa banque réceptrice."

53. On s'est demandé si la Loi type devait expressément énoncer que, pour verser les intérêts à sa banque réceptrice, une banque expéditrice pouvait par exemple ajuster de manière appropriée la date à laquelle le virement avait été effectué. Une objection a été soulevée, selon laquelle la date à laquelle le virement avait été effectué pouvait être ajustée sur un compte qui ne portait pas d'intérêts, de sorte que la banque réceptrice n'en retirerait aucun avantage. Il a été répondu que la référence à un ajustement "approprié" montrait clairement que cet ajustement devait conduire à la production d'intérêts. Le Groupe de travail a adopté la proposition quant au fond. On a cependant déclaré que l'ajustement de la date à laquelle le virement avait été effectué n'était peut-être pas le seul moyen pour une banque de payer les intérêts dus. On a évoqué la possibilité d'employer un mécanisme de compensation. Le Groupe de travail a décidé de renvoyer la question au groupe de rédaction.

54. Une discussion a eu lieu sur la question de savoir si des intérêts devaient être versés du simple fait qu'il y avait eu un retard dans l'exécution d'un ordre de paiement, ou si seul un retard dans l'achèvement d'un virement devait donner au bénéficiaire le droit d'obtenir des intérêts. Un retard dans l'exécution d'un ordre de paiement, a-t-on déclaré, ne devait donner aucun droit au bénéficiaire si ledit retard était rattrapé ultérieurement dans la chaîne du virement, de sorte que celui-ci était achevé à la date de paiement qui avait été stipulée. On a répondu qu'il serait difficile d'appliquer une règle fondée sur un retard dans l'achèvement d'un virement. L'effet d'une telle règle serait que la banque intermédiaire ne saurait pas si elle aurait à verser des intérêts tant qu'elle n'aurait pas été informée si le virement avait été ou non achevé à temps.

55. A la fin de la discussion, le Groupe de travail a noté qu'il avait adopté les principes suivants que le groupe de rédaction devrait prendre en compte pour remanier le paragraphe 2 : l'achèvement tardif du virement donne au bénéficiaire le droit de réclamer des intérêts à la banque qui a causé le retard; une banque qui n'exécute pas correctement un ordre de paiement est en faute et doit verser des intérêts; la banque intermédiaire qui a causé le retard s'acquitte de sa responsabilité si elle transmet les intérêts

à sa banque réceptrice; les intérêts doivent être transférés tout au long de la chaîne du virement par chaque banque réceptrice jusqu'au bénéficiaire. Le Groupe de travail a noté qu'il avait décidé que la Loi type ne préciserait pas le taux d'intérêt applicable en pareils cas mais qu'il présumait que ce serait un taux interbancaire.

#### *Nouveau paragraphe proposé*

56. On a estimé que la Loi type devrait traiter du cas d'une banque qui était tenue de verser des intérêts à son expéditeur (ou, conformément aux décisions prises à la session en cours, à sa banque réceptrice) et qui était elle-même en droit de recouvrer ces intérêts auprès de sa banque réceptrice, mais ne pouvait le faire parce que ladite banque était devenue insolvable. On a estimé qu'une telle banque devait avoir le droit de recouvrer les intérêts auprès de toute autre banque située, selon les cas, en amont ou en aval de la chaîne du virement dans la mesure où cette autre banque aurait elle-même été obligée de rembourser la banque insolvable.

57. Il a été répondu qu'une telle règle aurait une portée beaucoup plus large dans le contexte de l'obligation de rembourser le principal en vertu de l'article 11 *b*. Cependant, il a été déclaré que, bien qu'une telle règle semblât à première vue équitable, une analyse économique approfondie montrerait qu'elle était incompatible avec un système de compensation bilatérale ou multilatérale; ayant décidé qu'il devait favoriser le développement de tels systèmes de compensation en incluant dans la Loi type une règle sur la date de paiement d'une banque réceptrice effectué grâce à un tel système, le Groupe de travail ne pouvait pas en même temps adopter la règle proposée. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de ne pas adopter la proposition.

#### *Article 13*

58. Compte tenu des décisions prises par le Groupe de travail au sujet des règles sur la responsabilité énoncées dans la Loi type, l'avis a été exprimé que, la responsabilité n'étant engagée que pour les intérêts, il n'était pas nécessaire de maintenir une règle sur l'exonération de responsabilité. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer l'article 13.

#### *Paiement de la banque réceptrice*

59. Le Groupe de travail a noté que le texte actuel du projet de loi type ne comportait pas de disposition indiquant à quel moment l'expéditeur s'acquitte de son obligation de payer la banque réceptrice en application de l'article 4-4. Il a noté que le paiement de la banque réceptrice pouvait être effectué soit par le biais de relations de banques correspondantes, soit dans le cadre d'accords de compensation multilatérale ou bilatérale.

60. Le Groupe de travail a noté que le "Rapport du Comité sur les systèmes de compensation interbancaires des banques centrales des pays du Groupe des dix", comité qui était présidé par le Directeur général de la Banque

des règlements internationaux, avait été publié durant le mois de novembre 1990. Il a noté que le rapport traitait des questions générales liées aux systèmes de compensation interbancaires, notamment aux systèmes de compensation de paiements, mais qu'il n'avait pas pour objet l'élaboration d'un texte juridique visant à mettre en œuvre les orientations générales retenues. Dans ses conclusions, le rapport énonce des normes minimales pour les systèmes de compensation. La première de ces normes est la suivante : "les systèmes de compensation devraient avoir une base juridique solide dans toutes les juridictions concernées". Le Groupe de travail a noté que, pour qu'il y ait une base juridique solide, il faudrait non seulement que le système de compensation soit valide en droit civil ou en droit commercial, mais aussi au regard du droit des faillites. Il a également noté que, dans la Partie C du rapport du Comité sur les systèmes de compensation, il était indiqué que ces systèmes devraient fonctionner conformément à la législation de tous les Etats intéressés, c'est-à-dire, *a*) la loi de chacune des parties au système de compensation, *b*) la loi régissant les différentes opérations soumises à compensation, et *c*) la loi régissant tout contrat ou accord nécessaire à la réalisation de la compensation.

61. Il a été déclaré que les problèmes juridiques qui se posaient pour assurer une base juridique solide aux systèmes de compensation bilatérale et multilatérale n'avaient pas encore bien été examinés. On a noté que ces problèmes devraient être étudiés plus avant au sein du Comité sur les systèmes de compensation. Il a été avancé que, tant que ces études n'auraient pas été achevées, la CNUDCI serait peu avisée de tenter d'inclure une disposition à ce propos dans la Loi type. On pourrait envisager de le faire à une date ultérieure. Les participants ont convenu que, dans le rapport de la session, il serait recommandé aux législateurs de réexaminer les lois nationales, notamment celles relatives à la faillite et à la cessation de paiements, en vue de promouvoir la compensation interbancaire des obligations de paiement.

62. Avant de prendre une décision définitive sur la question de savoir si la Loi type devrait comprendre une disposition visant à donner une base juridique aux systèmes de compensation, le Groupe de travail a décidé d'examiner la question du moment où l'expéditeur paie la banque réceptrice. Il a noté que, dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.49 (par. 31 à 45 du commentaire de l'article 4), cette question avait été examinée à propos des relations de banques correspondantes, avant de l'être à propos des mécanismes de compensation, car les problèmes étaient plus simples pour les banques correspondantes. Il a été noté qu'une importante raison pour laquelle il fallait déterminer quand l'expéditeur payait la banque réceptrice en exécution de l'ordre de paiement était la suivante : il fallait pouvoir établir à tout moment le montant inscrit au compte en cas de cessation de paiement, soit de l'expéditeur, soit de la banque réceptrice ou en cas de saisie ou autre procédure judiciaire visant le compte.

#### *Cas où l'expéditeur a un compte auprès de la banque réceptrice*

63. Le débat du Groupe de travail s'est fondé sur la proposition suivante :

“Le paiement de l’obligation de l’expéditeur en vertu de l’article 4-4 de payer la banque réceptrice intervient :

a) Si la banque réceptrice débite un compte de l’expéditeur tenu par elle, lorsqu’il y a inscription au débit, dans la mesure où le débit est couvert par un solde créditeur pouvant être retiré de ce compte.”

64. Selon un avis, le paiement devrait être considéré comme effectué lorsque la banque réceptrice avait droit à compensation pour le montant de l’ordre de paiement sur le compte de l’expéditeur. Le débit du compte proprement dit devrait être considéré comme une simple écriture comptable n’ayant pas de signification juridique propre.

65. Selon un autre avis, il était bon que le paiement ne soit considéré comme effectué que lorsque le compte était débité. Cet acte de débit du compte démontrait que la banque réceptrice pouvait recevoir paiement de cette manière et était disposée à le faire. Même si le compte était débité par ordinateur sans intervention humaine, cet ordinateur avait été programmé pour agir ainsi dans certaines conditions seulement, ce qui était une manifestation de la volonté de la banque réceptrice. Une telle règle n’interdirait pas qu’en vertu de la loi applicable la banque réceptrice ait droit à compensation avant le moment du paiement. Il a été noté qu’il était également possible à la banque réceptrice de débiter le compte avant d’avoir droit à compensation. Par exemple, la banque réceptrice pourrait débiter le compte avant d’exécuter l’ordre de paiement reçu de l’expéditeur, afin de s’assurer que l’ordre avait été payé avant de s’acquitter de sa propre obligation, en tant qu’expéditeur, de payer l’ordre de paiement à la banque réceptrice.

66. Selon une proposition, les mots “dans la mesure où” devraient être remplacés par “et”. A l’appui de cette proposition, il a été noté qu’il ne suffisait pas que le compte ait un solde créditeur disponible, il fallait aussi que le crédit puisse être retiré.

67. Selon une autre proposition, les mots “dans la mesure où le débit est couvert par un solde créditeur pouvant être retiré de ce compte” devraient être supprimés. On a avancé que, dans l’un ou l’autre des cas ci-après, il n’apparaissait pas clairement s’il y avait un solde créditeur pouvant être retiré : lorsque le compte avait un solde débiteur ou lorsque le compte avait un solde créditeur insuffisant pour couvrir le montant de l’ordre de paiement, mais qu’en tout cas la banque réceptrice accordait à l’expéditeur une ligne de crédit suffisante pour couvrir l’ordre de paiement. On s’est également demandé si ces mots permettraient à une banque réceptrice de faire valoir que le débit du compte ne constituait pas un paiement lorsqu’elle découvrait ultérieurement que le compte ne disposait pas d’un crédit pouvant être retiré ou que le crédit n’était pas suffisant.

68. Le Groupe de travail a noté que les alinéas 5-2 a et 7-1 a disposaient tous deux que la banque réceptrice ou la banque du bénéficiaire acceptaient l’ordre de paiement lorsqu’elles ne donnaient pas un avis de rejet alors qu’elles avaient été payées pour l’ordre. Il a été noté qu’il ne serait pas justifié d’autoriser la banque à se soustraire aux conséquences de son défaut de notification d’un rejet

tout simplement en s’abstenant de débiter le compte de l’expéditeur. Il a donc été décidé de modifier le libellé de ces alinéas tout en conservant leur orientation actuelle, compte tenu du débat ci-dessus.

69. Après un débat, le Groupe de travail a décidé d’adopter le texte proposé, mais de supprimer les mots “dans la mesure où le débit est couvert par un solde créditeur pouvant être retiré de ce compte”.

*Cas où la banque réceptrice a un compte auprès de l’expéditeur ou d’une banque tierce*

70. Il a été proposé d’ajouter à la proposition énoncée au paragraphe 63 le texte suivant :

“b) Si l’expéditeur est une banque et i) qu’il a crédité un compte de la banque réceptrice tenu par lui, ou ii) qu’il a fait créditer un compte de la banque réceptrice dans une autre banque, lorsque le crédit est retiré ou, s’il n’est pas retiré, à minuit le jour où le crédit peut être retiré et où la banque réceptrice a connaissance de ce fait.”

71. Le Groupe de travail a approuvé la proposition selon laquelle le paiement devrait être considéré comme ayant été fait à la banque réceptrice au plus tard lorsque le crédit était retiré. Il a noté que, dans la plupart des cas, le crédit ne serait pas expressément retiré, étant donné que le crédit et tout débit pouvant être considéré comme représentant le retrait feraient partie d’une série continue d’opérations affectant le compte. Le Groupe de travail a aussi noté que, dans certains systèmes juridiques, les crédits portés sur un compte étaient réputés avoir été retirés dans l’ordre où ils avaient été portés.

72. Le Groupe de travail a approuvé le principe selon lequel, dans le cas d’un crédit non retiré, la banque réceptrice devrait, après avoir eu connaissance du crédit, disposer d’un certain délai pour décider si elle souhaitait recevoir paiement de cette façon. On a fait observer que la banque réceptrice pourrait ne pas souhaiter recevoir le paiement par virement des fonds à la banque en question, même si elle y détenait un compte, afin par exemple de ne pas y avoir un solde créditeur supérieur à un certain niveau. On a estimé que les problèmes étaient quelque peu différents lorsque le crédit était porté sur un compte détenu chez l’expéditeur ou sur un compte détenu dans une banque tierce. On a donc dit que les deux cas devaient être traités séparément dans la Loi type.

73. On a déclaré que la banque réceptrice aurait souvent besoin d’un délai supplémentaire avant de pouvoir utiliser effectivement le crédit lorsque celui-ci était libellé dans une devise étrangère qu’elle pourrait avoir à changer dans sa propre monnaie. Il a été répondu que les virements internationaux servant à régler des contrats en devises étaient organisés à l’avance et que la banque réceptrice aurait déjà pris des engagements pour l’emploi des fonds. Cependant, un virement important et inattendu en devises étrangères pouvait causer des problèmes.

74. On a estimé que le délai de paiement devrait être prolongé jusqu’à minuit, le jour suivant celui où le crédit

pouvait être retiré. Il y a eu accord général sur cette suggestion, dans la mesure où elle prolongeait le délai de paiement jusqu'au jour suivant, mais on a dit que, dans de nombreux pays, minuit ne représentait rien dans la pratique bancaire. D'une part, le traitement des opérations était achevé avant minuit dans nombre de pays. Pour tenir compte de ce point de vue, on a proposé de mentionner dans le texte proposé la fin du jour ouvré. D'autre part, le fait que les opérations bancaires tendaient de plus en plus à être effectuées 24 heures sur 24, y compris l'expédition et la réception des virements internationaux, rendait arbitraire toute heure limite.

75. On a déclaré que le moment où le paiement intervenait devait être déterminé en fonction de l'heure locale de la banque réceptrice. Selon un autre avis, il fallait le déterminer en fonction de celle de l'expéditeur. Selon un troisième avis, il fallait retenir l'heure locale au lieu où le compte était situé, c'est-à-dire, soit le lieu où était situé l'expéditeur, soit le lieu où était située la banque tierce.

76. Il a été proposé de modifier comme suit le texte examiné : "ou, s'il n'est pas retiré, le jour ouvré suivant le jour où...". On a noté que cette proposition ne tendait pas à préciser à quel moment exact du jour suivant la banque réceptrice serait réputée avoir été payée par l'expéditeur.

77. Selon une autre proposition, il fallait remplacer les mots "le crédit peut être retiré" par les mots "la banque réceptrice est en mesure de rendre le retrait effectif". A l'encontre de cette proposition, on a déclaré que la question de savoir si la banque réceptrice était ou non en mesure de retirer le crédit semblerait alors fonction de la situation subjective de ladite banque.

78. Selon une opinion, on ne devait considérer que la banque réceptrice avait reçu paiement que si le crédit pouvait être retiré pendant toute la période considérée. Il a été déclaré que le crédit serait considéré comme pouvant être retiré s'il pouvait être utilisé dans le pays où le compte était domicilié, même s'il ne pouvait être transféré dans un autre pays. Si la monnaie et le compte étaient à tous autres égards appropriés, mais que la banque réceptrice ne souhaitait pas recevoir le crédit, elle devait le refuser (et refuser peut-être l'ordre de paiement si celui-ci n'avait pas été déjà exécuté) avant l'expiration du délai. En cas de rejet du crédit avant le moment du paiement, les droits sur les fonds repasseraient automatiquement à l'expéditeur et la banque réceptrice conserverait le droit d'être payée de manière appropriée.

79. Il a été noté que les Model Rules on the Time of Payment of Monetary (Règles types sur le moment où intervient le paiement des obligations monétaires) établies par le Comité du droit monétaire international de l'Association de droit international énoncent ce qui suit :

*"Règle 1 : Règle fondamentale sur le moment du paiement"*

Le paiement est considéré comme effectué lorsque le montant dû est effectivement mis à la disposition du créancier.

*Règle 2 : Paiement par transfert bancaire ou giro*

Le paiement par transfert bancaire ou giro, y compris par transfert électronique de fonds, est considéré comme effectué lorsque le montant dû a été inconditionnellement porté au crédit du compte du créancier." (Traduction non officielle du secrétariat)

Il a été noté que ces règles types visaient à indiquer le moment du règlement d'une obligation devant être acquittée par transfert bancaire et n'étaient pas nécessairement applicables à l'acquiescement d'une obligation née d'un transfert.

80. Le Groupe de travail a décidé d'adopter la proposition énoncée au paragraphe 70, telle que modifiée par la proposition présentée au paragraphe 76.

*Système de compensation multilatérale et règlement auprès de la banque centrale*

81. Le Groupe de travail a décidé d'ajouter à la proposition énoncée au paragraphe 63 un texte concernant le moment où une banque réceptrice est payée, lorsque le paiement est effectué par le biais d'un système de compensation multilatérale ou par crédit du compte de ladite banque auprès de la banque centrale :

"c) Si l'expéditeur est une banque, lorsque la banque réceptrice bénéficie d'un règlement final de l'obligation auprès de la banque centrale de l'Etat où elle est située, ou par l'intermédiaire d'un système de transfert de fonds. Si l'expéditeur et la banque réceptrice sont membres d'un système de transfert de fonds qui compense multilatéralement les obligations entre participants, la banque réceptrice bénéficie d'un règlement final lorsque le règlement est achevé conformément [à la loi applicable et] au règlement intérieur du système."

82. Il a été noté que, lorsque la banque réceptrice était créditée à sa propre banque centrale, il n'y avait pas de raison qu'il y ait un délai entre le moment où le compte était crédité et le moment du paiement. Il a été noté par ailleurs que le règlement par la banque centrale devait être définitif pour que le paiement ait été effectué. Par conséquent, si la banque centrale effectuait un règlement provisoire pour certains types de virements, la banque réceptrice ne serait payée que lorsque le règlement provisoire deviendrait définitif. Le Groupe de travail a décidé de ne pas examiner la question de savoir si la banque centrale mentionnée dans la disposition devrait être précisée au moyen de facteurs de rattachement territoriaux ou autres.

83. Les mots "loi applicable" visaient à indiquer que le règlement devait être final non seulement en vertu du règlement intérieur du système, mais aussi de par la loi. La disposition ne prétendait donc pas valider un système de compensation qui pourrait être à d'autres égards contraire à la loi applicable. Toutefois, il a été demandé à la loi de quel Etat il était fait référence. Le Groupe de travail n'étant pas encore en mesure de répondre à cette question, les mots ont été mis entre crochets.

*Compensation bilatérale*

84. Il a été noté que, dans certaines régions du monde, les banques préféraient souvent procéder à une compensation bilatérale des ordres de paiement, plutôt que de porter chaque ordre au crédit du compte que chacune détenait auprès de l'autre ou dans des banques tierces. Il a été déclaré que la Loi type devrait donner une base juridique à ces systèmes de compensation bilatérale. Il a été indiqué qu'aux Etats-Unis la disposition relative à la compensation bilatérale figurant à l'article 4A-403 c visait à passer outre à la règle de *common law* selon laquelle, pour qu'il y ait compensation, les obligations devaient être mutuelles et les parties devaient agir au même titre à l'égard des créances à compenser.

85. Le Groupe de travail a convenu d'adopter une disposition selon laquelle, si deux banques se transmettaient des ordres de paiement au titre d'un accord selon lequel le règlement des obligations existant entre elles en vertu de l'article 4 a lieu à la fin de la journée ou d'une autre période, chaque banque est payée, en tant que banque réceptrice, lorsque le règlement de l'obligation nette devient définitif. A ce stade, la Loi type n'énoncerait pas de règle concernant le statut des obligations des deux banques avant le règlement définitif de l'obligation nette.

*Article 10**Paragraphes 1 et 2**Irrévocabilité de l'ordre de paiement*

86. Le Groupe de travail a étudié si, en principe, les ordres de paiement soumis à la Loi type devaient être révocables ou irrévocables. Il a été noté que, puisque l'une ou l'autre de ces solutions exigerait un certain nombre d'exceptions, toutes deux aboutiraient souvent à des résultats similaires dans la pratique. Toutefois, il a également été noté que, malgré la similarité de ces deux solutions dans la pratique, la distinction à établir entre une règle générale et des exceptions était importante. Dans plusieurs systèmes juridiques, les exceptions à une règle générale étaient interprétées restrictivement par les tribunaux. Il a également été déclaré que la règle générale pourrait déterminer, en cas de procès, si c'était l'expéditeur d'un ordre de révocation ou la banque réceptrice qui aurait la charge de la preuve en ce qui concerne, par exemple, le moment où l'ordre de révocation avait été reçu.

87. Il a été noté que le texte actuel de l'article 10 se fondait sur le principe de la révocabilité de l'ordre de paiement. Il a été déclaré qu'une telle règle ne serait pas compatible avec le fonctionnement de systèmes de virement électronique à grande vitesse qui, dans la plupart des cas, exécuteraient des ordres de paiement quelques secondes après les avoir reçus. Pour répondre à cet argument, on a cité l'exemple d'un important système de transfert électronique de fonds, le Swiss Interbank Clearing (SIC), qui admet la révocabilité des ordres de paiement envoyés par son intermédiaire. Il a également été déclaré que tous les ordres de paiement transmis électroniquement n'étaient pas exécutés immédiatement, notamment dans le

cas d'opérations de traitement par lots. Pour ce qui est du traitement par lots, toutefois, on a noté qu'il ne faudrait pas négliger le coût élevé de l'opération consistant à soustraire un ordre d'un lot. Il a également été déclaré que, dans de nombreux pays, les virements étaient toujours dans une large mesure sur papier. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de fonder sa discussion sur un projet d'article 10 initialement présenté à la vingtième session du Groupe de travail (A/CN.9/329, par. 184), qui était libellé comme suit :

*"Article 10. Ordres de paiement non révocables*

1) Un ordre de paiement ne peut être ni révoqué ni modifié par l'expéditeur une fois qu'il a été reçu par la banque réceptrice.

2) Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, l'expéditeur peut demander l'assistance de sa banque réceptrice pour la modification ou la révocation d'un ordre de paiement, et

a) La banque réceptrice (autre que la banque du bénéficiaire) peut, si elle le souhaite, donner suite à la demande d'assistance de l'expéditeur, qu'elle ait ou non auparavant accepté l'ordre de paiement, étant entendu toutefois que toute demande présentée par la banque réceptrice en vue de modifier ou de révoquer son propre ordre de paiement est soumise aux dispositions du présent paragraphe;

b) La banque du bénéficiaire peut, si elle le souhaite, donner suite à la demande d'assistance de l'expéditeur, à condition qu'elle n'ait pas encore accepté l'ordre de paiement."

88. Il a été déclaré que cette proposition n'imposait aucune obligation à la banque réceptrice de donner suite à un ordre de révocation; la banque avait toute liberté de décider si elle coopérerait avec l'expéditeur pour essayer d'arrêter l'exécution de l'ordre de paiement reçu ou d'annuler l'ordre de paiement qu'elle avait émis pour sa banque réceptrice. Dans le même temps, en permettant à la banque réceptrice d'agir, cette disposition la libérerait des obligations impératives qui auraient pu lui être imposées du fait de l'acceptation ou de l'exécution de l'ordre de paiement avant réception de la demande de révocation. A l'encontre de cette proposition, il a été dit qu'elle énonçait de manière trop radicale le principe de l'irrévocabilité des ordres de paiement. Néanmoins, le Groupe de travail a décidé qu'il énoncerait dans la Loi type un principe général d'irrévocabilité, qui ferait l'objet d'exceptions limitées.

89. Ayant adopté le principe de l'irrévocabilité, le Groupe de travail a examiné à quel moment ce principe exercerait ses effets. De l'avis général, dans le cas d'une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire, un ordre de paiement devrait devenir irrévocable au plus tard lorsqu'il avait été exécuté et, dans le cas de la banque du bénéficiaire, lorsqu'il avait été accepté.

90. On a noté qu'une banque pourrait recevoir un ordre de révocation peu de temps avant le moment où elle exécutait l'ordre de paiement ou, dans le cas de la banque du bénéficiaire, avant le moment où elle l'acceptait. Il a donc

été décidé que la banque devrait disposer de suffisamment de temps pour donner suite à l'ordre de révocation avant que l'ordre de paiement ne devienne irrévocable.

91. Il a été déclaré que l'exécution d'un ordre de paiement par une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire avant la date d'exécution (ou par la banque du bénéficiaire avant la date de paiement) ne devrait pas décharger la banque de l'obligation qu'elle pouvait avoir de donner suite dès réception à un ordre de révocation conforme.

92. Après un débat, il a été décidé qu'un ordre de révocation prendrait effet s'il était reçu suffisamment longtemps avant le moment où avait lieu l'exécution, ou avant la date d'exécution (ou date de paiement, dans le cas de la banque du bénéficiaire), si celle-ci était postérieure.

### *Paragraphe 3*

93. Le Groupe de travail a décidé de conserver ce paragraphe sous sa forme actuelle.

### *Paragraphe 4*

94. Le Groupe de travail s'est demandé s'il convenait qu'une banque réceptrice soit obligée par un ordre de révocation reçu après que l'ordre de paiement était devenu irrévocable. Il a noté que le paragraphe 4, tel qu'il était rédigé, disposait qu'une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire était tenue d'émettre un ordre de révocation pour son propre ordre de paiement. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que la banque qui recevait un ordre de révocation tardif pouvait tenter de révoquer son propre ordre de paiement mais n'y était nullement tenue. Le Groupe de travail a donc supprimé le paragraphe 4.

### *Authentification d'un ordre de révocation*

95. Le Groupe de travail a noté que les paragraphes 1 et 2, tels qu'ils se présentaient, disposaient qu'un ordre de révocation devait être authentifié de la même manière que l'ordre de paiement. Il a été indiqué que rien n'interdisait aux parties de convenir qu'une autre forme d'authentification s'appliquerait, en particulier lorsque l'ordre de révocation était acheminé différemment de l'ordre de paiement. Le Groupe de travail a décidé que l'ordre de révocation devrait être authentifié, mais pas nécessairement de la même manière que l'ordre de paiement.

### *Paragraphes 5 et 6*

96. On s'est rallié, dans l'ensemble, au principe exprimé au paragraphe 5, à savoir que l'expéditeur ne devait pas payer pour l'ordre de paiement si l'ordre de révocation arrivait à temps et était valide. Des doutes ont été émis sur le point de savoir si l'alinéa 5 a et le paragraphe 6 étaient nécessaires étant donné que l'expéditeur serait remboursé pour tout paiement qu'il avait déjà effectué en faveur de la banque réceptrice en application de l'article 11 b.

97. Le Groupe de travail a en outre décidé que, lorsque l'ordre de révocation était conforme, mais que la banque réceptrice avait néanmoins exécuté l'ordre de paiement et

que le virement était achevé, la banque réceptrice devrait avoir la possibilité de récupérer la somme versée au bénéficiaire dans la mesure où cette restitution pourrait être obtenue par tout autre moyen de droit. Cette question a été renvoyée au groupe de rédaction.

### *Paragraphes 8 et 9*

98. Le Groupe de travail a décidé de conserver ces paragraphes sous réserve de modifications d'ordre rédactionnel.

### *Elaboration d'un nouveau texte*

99. Le Groupe de travail a noté qu'un nouveau texte de l'article 10 devrait être établi en raison des décisions qu'il avait prises et a renvoyé la question au groupe de rédaction.

### *Nouvelle proposition*

100. Le Groupe de travail a examiné la proposition tendant à inclure une nouvelle disposition ainsi rédigée :

"Les tribunaux peuvent, pour des raisons dûment justifiées et conformément à la loi applicable, interdire :

- a) à une personne d'émettre un ordre de paiement visant à déclencher un virement;
- b) à la banque du donneur d'ordre d'exécuter l'ordre de paiement; ou
- c) à la banque du bénéficiaire de mettre les fonds à la disposition du bénéficiaire ou au bénéficiaire de retirer les fonds.

Les tribunaux ne peuvent en aucune autre manière interdire à une personne d'émettre un ordre de paiement, de payer ou de recevoir paiement d'un ordre de paiement, ni prendre toute autre mesure visant un virement, mais une banque n'est nullement obligée si elle agit conformément aux décisions d'un tribunal compétent."

101. A l'appui de cette proposition, il a été indiqué que le système bancaire risquerait d'être gravement perturbé par l'exécution de décisions de justice visant un virement une fois qu'il avait été engagé. Aussi a-t-on estimé qu'il faudrait restreindre les possibilités d'application d'une décision de justice aux deux extrémités du virement et énoncer qu'aucune action ne pourrait viser une banque intermédiaire. Cette proposition a suscité une certaine adhésion, mais il a été indiqué qu'il serait peu opportun que la Loi type comporte des dispositions régissant la procédure judiciaire. Il a en outre été indiqué que rien ne justifiait que l'on prive l'expéditeur d'un ordre de révocation sans effet des moyens prévus par la loi applicable pour interrompre l'exécution d'un virement. Après un débat, le Groupe de travail a rejeté cette proposition.

### *Article 11*

102. Le Groupe de travail a noté que le groupe de rédaction était saisi d'un nouveau projet d'article 11 modifiant sensiblement la présentation de cet article, sans en changer la substance. Toutefois, afin de pouvoir examiner

les problèmes de fond que posait cet article, il a décidé de prendre comme point de départ des discussions le texte actuel.

103. On a fait remarquer que l'alinéa *a* n'indiquait pas tous les cas dans lesquels une banque réceptrice était tenue d'aider le donneur d'ordre ou son expéditeur à effectuer un virement. Lorsque la banque réceptrice elle-même ne s'était pas acquittée de l'une de ses obligations, par exemple en dirigeant de manière incorrecte son propre ordre de paiement, elle serait tenue en vertu de l'article 6 d'envoyer un nouvel ordre de paiement conforme à l'ordre qu'elle avait reçu. L'alinéa *a*, par contre, visait les cas où une autre banque dans la chaîne du virement ne s'était pas acquittée de ses obligations et où le donneur d'ordre ou l'expéditeur de la banque réceptrice demandait une assistance à propos de cette banque.

104. Selon un avis, l'obligation que visait à énoncer l'alinéa n'était pas claire quant à son contenu et son utilité était douteuse, car aucun moyen de recours n'avait encore été proposé permettant de remédier comme il convient à une défaillance. Il a été répondu que, lors de sessions précédentes, le Groupe de travail avait manifesté son intention d'énoncer une obligation générale de porter assistance qui, même si elle n'était pas expressément assortie de sanctions claires, établirait une norme de conduite et pourrait, dans des cas flagrants, être imposée par les tribunaux appliquant les principes généraux du droit concernant la violation d'une obligation légale.

#### Alinéa b

105. Selon un avis, le principe général énoncé à l'alinéa *b* n'était pas approprié, car il pourrait avoir des incidences néfastes sur le système bancaire. Il a été déclaré que l'obligation de la banque du donneur d'ordre de rembourser au donneur d'ordre le montant principal d'un virement non exécuté revêtait une importance particulière en cas d'insolvabilité d'une banque intermédiaire à l'encontre de laquelle la banque du donneur d'ordre avait un droit à remboursement. Dans certains pays, ce risque était nouveau pour les banques, car il était auparavant supporté par les clients. Il a été déclaré que ce nouveau risque ne serait pas trop lourd pour les grandes banques ayant des agences à l'étranger. Ces banques achemineraient la plupart des virements internationaux par l'intermédiaire de leurs agences. Ce seraient les petites et les moyennes banques devant acheminer des virements internationaux par le truchement de banques correspondantes à l'étranger qui courraient un tel risque. Cela poserait en particulier des problèmes aux banques des pays en développement.

106. Il a également été déclaré que cette augmentation du risque pour la banque du donneur d'ordre serait sans doute source de nouvelles préoccupations pour les instances de régulation, qui étaient de plus en plus conscientes des risques systémiques et qui souhaitaient les réduire. Les exemples donnés laissaient entrevoir la possibilité d'une modification des exigences en matière d'assurance des dépôts ou de réserve, afin de faire face à des risques tels que ceux que visait à créer l'alinéa *b*. On s'est également demandé si les banques pouvaient être tenues de constituer des réserves pour couvrir ce risque en application de

l'Accord de Bâle. Il a été répondu qu'au moins un pays exploitant des systèmes de transfert de fonds à forte valeur avait appliqué une règle équivalente à l'alinéa *b* sans que cela ait des répercussions graves. L'analyse effectuée dans ce pays par les autorités de tutelle des banques avait conduit à la conclusion que l'obligation de rembourser le donneur d'ordre ne posait pas de problèmes dans le cadre de l'Accord de Bâle et que les banques n'étaient pas gravement menacées par de nouveaux engagements indirects.

107. Selon un autre avis, l'effet général de la Loi type ne serait pas d'augmenter les risques encourus par les banques. On estimait que les accords bilatéraux et multilatéraux de règlement net, auxquels la Loi type donnerait un certain poids (voir les paragraphes 81 à 85), auraient pour effet de réduire de 50 à 80 % le risque de crédit qui serait normalement encouru.

108. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver l'alinéa *b*. Il a prié le secrétariat d'envoyer un exemplaire du présent rapport à la Banque des règlements internationaux (BRI) pour information. Il a été demandé que les délégations se préparent à un débat sur les incidences de ce nouveau risque sur la réglementation lors de la session de la Commission de juin 1991, durant laquelle la Loi type sera examinée, bien que le Groupe de travail eût conscience que cette question n'était pas de la compétence de la Commission.

109. On a débattu de la question de savoir si les dispositions de l'alinéa *b* devaient être impératives. Selon un avis, le mécanisme garantissant à l'expéditeur qu'il serait remboursé au cas où le virement n'aboutirait pas représentait une des principales dispositions de la Loi type et les parties ne devraient pas avoir la possibilité d'y déroger. Selon un autre avis, une dérogation pouvait être acceptable dans des circonstances particulières. Par exemple, lorsque le donneur d'ordre spécifiait que le virement devait passer par une banque intermédiaire particulièrement peu fiable ou un pays particulièrement instable, la banque du donneur d'ordre devrait avoir la possibilité de conclure un accord spécial transférant la responsabilité du virement sur le donneur d'ordre. Toutefois, la Loi type ne devrait pas autoriser facilement une telle dérogation, notamment par le biais de conditions générales appliquées par les banques. Selon un autre avis, puisque le mécanisme de remboursement énoncé à l'alinéa *b* pouvait être comparé à une assurance ou à une garantie que le virement aboutirait, cela entraînait un coût pour la banque que celle-ci devait pouvoir répercuter. Un donneur d'ordre pourrait souhaiter choisir une méthode de virement moins onéreuse dans laquelle le risque de non-achèvement du virement et de non-remboursement du principal serait, en connaissance de cause, supporté par lui.

110. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que les dispositions de l'alinéa *b* seraient impératives, mais qu'une banque réceptrice ne serait pas responsable si un remboursement ne pouvait être obtenu d'une autre banque (autre que la banque du bénéficiaire), par l'intermédiaire de laquelle la banque réceptrice avait reçu l'ordre d'acheminer le virement. Le groupe de rédaction a été prié d'élaborer une disposition à cet effet.

111. Le Groupe de travail a fait certaines suggestions quant à la teneur de l'alinéa b. Il a été déclaré qu'il faudrait envisager la possibilité que les fonds soient remboursés au donneur d'ordre par une voie différente de celle utilisée pour le virement non achevé. Selon un autre avis, le paragraphe devrait traiter plus clairement des cas où un ordre de paiement émis à l'intention de la banque du bénéficiaire portait sur un montant supérieur à celui de l'ordre émis par le donneur d'ordre à l'intention de sa banque.

### Article 15

#### Paragraphe 2

112. Le Groupe de travail a noté qu'il avait déjà, sur proposition d'un petit groupe de rédaction, adopté trois paragraphes remplaçant l'ancien paragraphe 1 et décidé que le paragraphe 2 deviendrait le paragraphe 4 (voir le paragraphe 140). Il a été proposé de supprimer le paragraphe renuméroté 4 parce qu'il créait effectivement une règle de conflit de lois de portée générale dans les relations entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer ledit paragraphe. Il a été proposé de lier la suppression de l'article 15-4 à celle de l'article 14-2. Cette proposition n'a suscité aucune adhésion.

#### Paragraphes supplémentaires proposés

113. Outre la nouvelle formulation des paragraphes 1 à 3 déjà adoptés sur proposition d'un petit groupe de rédaction (par. 140), le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à ajouter les paragraphes ci-après :

" ) Lorsque les droits et obligations mentionnés au paragraphe 1 sont incorporés dans un contrat, la deuxième phrase dudit paragraphe n'a pas d'incidences sur l'application d'une règle de droit donnée :

a) pour la détermination de la loi régissant la validité formelle du contrat; ou

b) Entraînant l'application de la loi d'un autre Etat s'il apparaît, compte tenu des circonstances, que le contrat est plus directement lié à cet Etat.

Le paragraphe 1 ne s'applique pas dans la mesure où son application serait manifestement incompatible avec les règles d'ordre public en vigueur.

) L'application de la loi d'un Etat donné prévue par le présent article signifie l'application des règles de droit en vigueur dans cet Etat, autres que les règles de droit international privé."

114. Pour leurs auteurs, ces paragraphes supplémentaires rendraient l'article 15 compatible avec la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. A l'encontre, on a dit que la Loi type ne devait pas viser à tenir compte des obligations auxquelles des Etats ou groupes d'Etats particuliers devaient satisfaire en vertu de toute autre règle de droit ou de tout accord international. Après une discussion, la proposition a été retirée par ses auteurs.

### Définition du mot "exécution"

115. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à définir comme suit le mot "exécution" :

"Par 'exécution' on entend, pour une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire, l'émission d'un ordre de paiement destiné à donner suite à l'ordre de paiement reçu par elle."

116. On a fait remarquer que le mot "exécution" était utilisé à de nombreuses reprises dans tout le texte de la Loi type et qu'il serait utile de le définir. Une discussion a eu lieu sur la question de savoir si cette définition de l'exécution devait être étendue aux mesures prises par la banque du bénéficiaire. On a dit que la banque du bénéficiaire n'"exécutait" pas l'ordre de paiement mais pouvait seulement accepter ou rejeter l'ordre de paiement qu'elle avait reçu. Une fois qu'elle l'acceptait, le virement était achevé. Le Groupe de travail a adopté la proposition et a noté qu'il faudrait procéder à un examen minutieux de l'ensemble du texte de la Loi type pour veiller à ce que toutes les références à l'"exécution" soient correctes et que toutes les références à l'"acceptation", à la "date d'exécution" ou à la date de disponibilité (s'agissant de la banque du bénéficiaire), qui risquaient de ne pas correspondre à la nouvelle définition de l'"exécution" soient portées à l'attention de la Commission.

### Article 9

117. *Date d'exécution.* Il a été suggéré que l'obligation d'exécuter l'ordre de paiement le jour où il était reçu pourrait imposer une charge excessive aux banques. On a également avancé qu'il pourrait y avoir de bonnes raisons pour que les ordres de paiement ne soient pas exécutés le jour où ils étaient reçus, notamment dans le cas d'ordres de paiement sur papier. Cette suggestion n'a reçu aucun écho.

118. *Paragraphe 2.* Le Groupe de travail a adopté une proposition tendant à modifier l'article 9-2 en remplaçant les mots "le jour où est reçu l'ordre de paiement" par les mots "à la date où l'ordre de paiement doit être exécuté en application du paragraphe 1". A l'appui de cette proposition, on a déclaré que la banque réceptrice ne devrait pas être dans l'obligation d'examiner ou d'exécuter les ordres de paiement plus tôt qu'elle n'était tenue de le faire pour en donner avis en temps voulu aux termes de la Loi type.

119. *Dérogation par contrat.* Il a été suggéré de rendre impératives les dispositions de l'article 9-1. On a affirmé que la dérogation contractuelle à ces dispositions ne permettrait pas à la banque du donneur d'ordre de prévoir combien de temps prendrait un virement international lorsqu'il devait passer par plusieurs banques intermédiaires. Ce point de vue a reçu un certain appui, mais le Groupe de travail a décidé que le principe de la liberté contractuelle devait prévaloir dans la Loi type. Selon une autre suggestion, une dérogation aux dispositions de l'article 9-1 ne devait être possible qu'entre le donneur d'ordre et sa banque. D'après un autre point de vue encore,

l'étendue des contraintes que la Loi type imposera à une dérogation par convention des parties devrait être déterminée lorsqu'on réexaminera l'ensemble de la Loi type pour s'assurer qu'elle maintient entre la liberté de contrat et ses dispositions fondamentales un équilibre suffisant pour constituer un texte législatif efficace.

#### Article 8

120. On a proposé la suppression de l'article 8-2 ainsi que des références à cet article au motif que le cas pourrait se présenter où un donneur d'ordre avait fait dans l'indication de l'identité du bénéficiaire une erreur qui ne pouvait être détectée par la banque du bénéficiaire. A titre d'exemple, on a dit qu'un ordre de paiement pourrait très bien contenir la mention d'un numéro de compte en tant que seule indication de l'identité du bénéficiaire. En pareil cas, le système bancaire ne devait avoir aucune responsabilité envers le donneur d'ordre. Il a également été noté, sur le plan technique, que la définition de l'expression "banque du bénéficiaire" était telle qu'il était impossible qu'un ordre de paiement reçu par cette banque ait été mal dirigé. Après un échange de vues, le Groupe de travail a supprimé le paragraphe 2.

#### Article 4

121. A la vingt et unième session du Groupe de travail, le Secrétariat a été prié de proposer une disposition régissant l'application par une banque réceptrice d'une procédure de détection des erreurs. La proposition du Secrétariat a été examinée par un petit groupe de rédaction et une proposition révisée de nouveau paragraphe (3 bis) a été présentée au Groupe de travail. Le texte de cette proposition était le suivant :

"L'expéditeur qui est lié par un ordre de paiement est lié par les termes de l'ordre reçu par la banque réceptrice. Cependant, si l'expéditeur et la banque réceptrice ont convenu d'une procédure de détection des ordres faisant double emploi ou des erreurs dans un ordre de paiement, l'expéditeur n'est pas lié par l'ordre de paiement [s'il s'est conformé à la procédure et] si l'utilisation de la procédure par la banque réceptrice a ou aurait permis de déceler l'ordre faisant double emploi ou l'erreur. Si l'erreur que la banque aurait décelée était que l'expéditeur avait donné pour instruction de payer un montant supérieur à celui qu'il entendait verser, l'expéditeur n'est lié que par le montant qu'il entendait verser."

122. On a rappelé que certaines procédures utilisées pour l'identification de l'expéditeur faisaient appel à un algorithme incorporant les éléments d'information que contenait l'ordre de paiement. En pareil cas, toute erreur dans le contenu de l'ordre de paiement empêcherait l'authentification d'aboutir. Dans d'autres cas, l'ordre de paiement pouvait avoir une procédure d'authentification qui ne dépendait pas de son contenu. Une procédure distincte de détection des erreurs pouvait alors être appliquée. La disposition proposée visait ces derniers cas.

123. On a en outre rappelé qu'à sa vingtième session le Groupe de travail avait rejeté une proposition tendant à ce que l'on définisse l'"authentification" de façon à couvrir à la fois l'identification de la source d'un message et la détection des erreurs dans le message (A/CN.9/329, par. 77 à 79).

124. On a exprimé l'avis qu'il fallait exiger le respect par l'expéditeur de toute procédure convenue afin de protéger les droits des banques réceptrices en cas d'erreur dans un ordre de paiement. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que la procédure envisagée dans cette proposition ne devait pas dépendre du fait que l'expéditeur avait ou non appliqué tel ou tel élément de la procédure convenue. S'il ne l'avait pas fait, la banque réceptrice serait dans l'impossibilité d'appliquer la procédure convenue de détection des erreurs et c'est à l'expéditeur qu'incomberait le risque de non-détection d'une erreur.

125. On s'est interrogé sur le principe général selon lequel l'expéditeur était lié par l'ordre de paiement tel qu'il l'avait reçu. On a dit que la Loi type n'indiquait pas clairement le moment où l'ordre de paiement était reçu. On a donné l'exemple d'un ordre de paiement qui serait transmis par un guichet automatique de banque commandé par la personne recevant l'ordre et qui serait altéré à un stade ultérieur durant sa transmission à l'ordinateur central de la banque réceptrice. On a indiqué qu'en pareil cas l'expéditeur ne devait pas avoir à assumer les conséquences de l'erreur. On a donc proposé que soient ajoutés les mots suivants à la fin de la première phrase de la proposition :

"à moins que l'expéditeur ne prouve que les termes de l'ordre de paiement émis par lui sont différents des termes de l'ordre de paiement reçu par la banque réceptrice et que cette altération s'est produite pendant le processus de transmission du paiement sous le contrôle de la banque réceptrice et sans qu'il y ait faute de l'expéditeur".

126. Le Groupe de travail n'a pas remis en cause sa décision de principe selon laquelle l'expéditeur était lié par les termes de l'ordre de paiement tel qu'il était reçu par la banque réceptrice. Après un débat, le Groupe de travail a adopté la proposition énoncée au paragraphe 121 ci-dessus, en supprimant les mots placés entre crochets.

## II. MODIFICATIONS RÉDACTIONNELLES DANS LA LOI TYPE

127. Le Groupe de travail a examiné les autres propositions du petit groupe de rédaction. Il a noté que ces propositions n'avaient pas d'incidence sur les dispositions de fond de la Loi type.

128. Le Groupe de travail a indiqué qu'à sa vingt et unième session il avait pris un certain nombre de décisions de principe et prié le Secrétariat de proposer de nouveaux projets de dispositions reflétant ces décisions. Ces propositions figurent dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.49. A la session en cours, le Groupe de travail a chargé un petit groupe de rédaction d'examiner ces dispositions et

d'y apporter les changements requis. Après examen du rapport de ce petit groupe de rédaction, le Groupe de travail a adopté les dispositions énoncées aux paragraphes 129 à 141 ci-dessous.

#### Article premier

129. Le texte de la note de bas de page a été remplacé par le texte suivant :

“\*La présente loi ne traite pas des questions relatives à la protection des consommateurs.”

#### Article 2 b

130. Le sous-alinéa iii a été remplacé par le texte suivant :

“Que l'instruction ne dispose pas que le paiement doit être effectué sur la demande du bénéficiaire.”

131. On s'est demandé si cette formulation était suffisamment claire pour exclure les opérations de paiement effectuées à partir de terminaux points de vente.

132. Le texte ci-après, ajouté à la définition de “l'ordre de paiement”, a été adopté en principe, étant entendu qu'il serait remanié par le groupe de rédaction :

“Lorsqu'une instruction n'est pas un ordre de paiement parce qu'elle est émise sous condition et que cette condition est ultérieurement remplie, l'instruction est traitée comme si elle avait été inconditionnelle lors de son émission; toutefois, cela ne porte pas atteinte aux droits ou obligations de toute personne vis-à-vis de ladite instruction pendant la période durant laquelle la condition n'est pas encore remplie.”

#### Article 2 f

133. Ainsi qu'il en avait été prié, le Secrétariat a proposé un mot qui pourrait remplacer le mot “banque”. Il s'agit du terme “établissement de virement”. Le Groupe de travail a décidé que le mot “banque” continuerait à être utilisé.

134. Il a été décidé que la nouvelle phrase ci-après serait ajoutée à la fin de la définition :

“Une entité n'est pas considérée comme exécutant des ordres de paiement pour la seule raison qu'elle les transmet.”

#### Définition du mot “agence”

135. En remplacement de la proposition tenant à définir le mot “agence” d'une banque utilisé aux articles 1-2, 6-7, 9-5 et 10-9, le Groupe de travail a décidé que les mots “et établissements distincts” seraient ajoutés à la suite du mot “agence” dans lesdites dispositions.

#### Article 4-2

136. Le Groupe de travail a ajouté la phrase suivante :

“Les parties ne sont pas autorisées à convenir que le présent paragraphe s'applique si la méthode d'authentification n'est pas commercialement raisonnable.”

#### Article 12-4

137. Le Groupe de travail a décidé que l'alinéa a serait ainsi rédigé :

“La banque du bénéficiaire est responsable :

a) Envers le bénéficiaire, dans la mesure prévue par la loi régissant la relation existant entre eux, du fait de la non-exécution de l'une de ses obligations en vertu des paragraphes 1 et 6 de l'article 8; et”

#### Article 14

138. Le Groupe de travail a décidé que le titre du chapitre IV et de l'article 14 serait remplacé par :

“Achèvement du virement et acquittement de l'obligation”

139. Le Groupe de travail a en outre décidé que le paragraphe 2 *bis* serait renuméroté paragraphe 1, et qu'il y aurait un nouveau paragraphe 3 ainsi rédigé :

“Un virement est considéré comme achevé même si le montant de l'ordre de paiement accepté par la banque du bénéficiaire est inférieur au montant de l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre du fait qu'une ou plusieurs banques réceptrices ont prélevé des frais. L'achèvement du virement ne porte pas atteinte à tout droit que pourrait avoir le bénéficiaire en vertu de la loi applicable de recouvrer le montant de ces frais auprès du donneur d'ordre.”

#### Article 15

140. Le Groupe de travail a adopté les trois paragraphes ci-après en remplacement du paragraphe 1 et décidé que le paragraphe 2 serait renuméroté paragraphe 4 :

“1) Les droits et obligations découlant d'un ordre de paiement sont régis par la loi choisie par les parties. Faute d'accord entre les parties, la loi de l'Etat de la banque réceptrice s'applique.

2) La deuxième phrase du paragraphe 1 n'a pas d'incidence sur la détermination de la loi qui régira le pouvoir de l'expéditeur effectif de lier l'expéditeur apparent au regard de l'article 4-1.

3) Aux fins du présent article :

a) Lorsqu'un Etat se compose de plusieurs unités territoriales ayant des règles de droit différentes, chaque unité territoriale est considérée comme un Etat distinct; et

b) Les agences et établissements distincts d'une banque située dans des Etats différents sont considérés comme des banques distinctes.”

### Article 16

141. Le Groupe de travail a décidé que cet article prendrait la place de l'article 3 (supprimé) et qu'il s'intitulerait "Dérogation conventionnelle".

### III. GROUPE DE RÉDACTION ET ADOPTION DU PROJET DE LOI TYPE

142. Un groupe de rédaction a été créé, à qui on a confié le soin de réviser le texte intégral du projet de loi type afin d'en parfaire le style, d'en assurer la cohérence et de faire concorder les six versions linguistiques. Le texte du projet de loi type a été adopté par le Groupe de travail sur la recommandation du groupe de rédaction et est présenté à la Commission pour examen. Il figure à l'annexe du présent rapport.

#### ANNEXE

##### *Projet de loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux\**

#### CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

##### Article premier. *Champ d'application\**

- 1) La présente loi s'applique à un virement lorsqu'une banque expéditrice et sa banque réceptrice sont situées dans des Etats différents.
- 2) Pour l'application de la présente loi, les agences et établissements distincts d'une banque situés dans des Etats différents sont considérés comme des banques distinctes.

##### Article 2. *Définitions*

Pour l'application de la présente loi :

a) Par "virement", on entend la série d'opérations commençant avec l'ordre de paiement du donneur d'ordre et ayant pour but de placer des fonds à la disposition du bénéficiaire. Cette définition inclut tout ordre de paiement émis par la banque du donneur d'ordre ou toute banque intermédiaire pour donner suite à l'ordre de paiement du donneur d'ordre. [Elle exclut les virements effectués à partir de terminaux points de vente;]

b) Par "ordre de paiement", on entend l'instruction inconditionnelle donnée par un expéditeur à une banque réceptrice de placer à la disposition du bénéficiaire une somme d'argent déterminée ou déterminable, sous réserve :

- i) Que la banque réceptrice soit remboursée par l'expéditeur, par le débit de son compte ou par tout autre mode de paiement; et
- ii) Que l'instruction ne dispose pas que le paiement doit être effectué sur la demande du bénéficiaire;

Lorsqu'une instruction n'est pas un ordre de paiement parce qu'elle a été émise sous condition, mais que cette condition est

remplie ultérieurement et que la banque qui a reçu l'instruction l'exécute par la suite, ladite instruction est traitée comme si elle avait été inconditionnelle lors de son émission;

c) Par "donneur d'ordre", on entend l'émetteur du premier ordre de paiement dans un virement;

d) Par "bénéficiaire", on entend la personne qui reçoit des fonds à l'issue du virement conformément aux indications du donneur d'ordre;

e) Par "expéditeur", on entend la personne qui émet un ordre de paiement, y compris le donneur d'ordre et toute banque expéditrice;

f) Par "banque", on entend toute entité qui, dans le cadre normal de ses activités, exécute des ordres de paiement. Une telle entité n'est pas considérée comme exécutant des ordres de paiement pour la seule raison qu'elle les transmet;

g) Par "banque réceptrice", on entend la banque qui reçoit un ordre de paiement;

h) Par "banque intermédiaire", on entend toute banque réceptrice autre que la banque du donneur d'ordre et celle du bénéficiaire;

i) Par "fonds" ou "somme d'argent", on entend le crédit porté sur un compte tenu par une banque, y compris les sommes libellées dans une unité de compte établie par une organisation intergouvernementale ou par accord entre deux Etats ou plus, sous réserve que la présente loi s'applique sans préjudice des règles de ladite organisation intergouvernementale ou des stipulations dudit accord;

j) Par "authentification", on entend la procédure établie d'un commun accord qui permet de déterminer si tout ou partie d'un ordre de paiement ou la révocation d'un ordre de paiement a été émis par l'expéditeur apparent;

k) Par "date d'exécution", on entend la date à laquelle la banque réceptrice doit exécuter l'ordre de paiement conformément aux dispositions de l'article 10;

l) Par "exécution", on entend, pour une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire, l'émission d'un ordre de paiement destiné à donner suite à l'ordre de paiement reçu par elle;

m) Par "date de disponibilité", on entend la date spécifiée sur l'ordre de paiement à laquelle les fonds doivent être placés à la disposition du bénéficiaire.

#### Article 3. *Dérogation conventionnelle*

Sauf disposition contraire de la présente loi, les droits et obligations d'une partie à un virement peuvent être modifiés si la partie intéressée y consent.

### CHAPITRE II. OBLIGATIONS DES PARTIES

#### Article 4. *Obligations de l'expéditeur*

1) L'expéditeur apparent est lié par un ordre de paiement ou par la révocation d'un ordre de paiement s'ils ont été émis par lui ou par une autre personne ayant pouvoir de le lier.

2) Lorsque l'ordre de paiement doit faire l'objet d'une authentification, l'expéditeur apparent qui n'est pas lié en application du paragraphe 1 est néanmoins lié :

a) Si l'authentification prévue est une méthode commercialement raisonnable de protection contre les ordres de paiement non autorisés; et

\*La présente loi ne traite pas des questions relatives à la protection des consommateurs.

\*Texte du projet de loi type adopté par le Groupe de travail des paiements internationaux à sa vingt-deuxième session, le 7 décembre 1990.

b) Si la banque réceptrice a appliqué la procédure d'authentification.

3) Les parties ne sont pas autorisées à convenir que le paragraphe 2 s'applique si l'authentification n'est pas commercialement raisonnable.

4) L'expéditeur apparent n'est toutefois pas lié par le paragraphe 2 s'il prouve que l'ordre de paiement qu'a reçu la banque réceptrice résulte des actes d'une personne autre qu'un employé ou ancien employé de l'expéditeur apparent, à moins que la banque réceptrice ne puisse prouver que l'ordre de paiement résulte des actes d'une personne ayant eu accès à la procédure d'authentification par la faute de l'expéditeur apparent.

5) L'expéditeur qui est lié par un ordre de paiement est lié par les termes de l'ordre reçu par la banque réceptrice. Toutefois, si l'expéditeur et la banque réceptrice ont convenu d'une procédure de détection des ordres faisant double emploi ou des erreurs dans un ordre de paiement, l'expéditeur n'est pas lié par l'ordre de paiement si l'utilisation de cette procédure par la banque réceptrice a ou aurait permis de déceler l'ordre faisant double emploi ou l'erreur. Si l'erreur que la banque aurait décelée était que l'expéditeur avait donné pour instruction de payer un montant supérieur à celui qu'il entendait verser, l'expéditeur n'est lié que par le montant qu'il entendait verser.

6) L'expéditeur est tenu de payer à la banque réceptrice le montant de l'ordre de paiement à compter du moment où la banque réceptrice l'accepte, mais ce paiement n'est pas dû avant la [date d'exécution], sauf convention contraire.

#### Article 5. Paiement de la banque réceptrice

L'obligation de payer la banque réceptrice qui incombe à l'expéditeur en application de l'article 4-6 est acquittée :

a) Si la banque réceptrice débite un compte de l'expéditeur tenu par elle, lorsqu'il y a inscription au débit; ou

b) Si l'expéditeur est une banque et que l'alinéa a ne s'applique pas :

- i) lorsque le crédit que l'expéditeur fait porter au compte qu'a la banque réceptrice auprès de lui est utilisé ou, s'il n'est pas utilisé, le jour ouvré suivant le jour où ce crédit peut être utilisé et où la banque réceptrice a connaissance de ce fait, ou
- ii) lorsque le crédit que l'expéditeur fait porter au compte de la banque réceptrice auprès d'une autre banque est utilisé ou, s'il n'est pas utilisé, le jour ouvré suivant le jour où le crédit peut être utilisé et où la banque réceptrice a connaissance de ce fait, ou
- iii) lorsque le règlement définitif est effectué à l'égard de la banque réceptrice par la banque centrale de l'Etat où elle est située, ou
- iv) lorsque le règlement définitif est effectué à l'égard de la banque réceptrice
  - a. par l'intermédiaire d'un système de transfert de fonds prévoyant le règlement des obligations entre les participants bilatéralement ou multilatéralement et que le règlement est effectué conformément à la loi applicable et au règlement intérieur du système, ou
  - b. en application d'un accord de compensation bilatérale conclu avec l'expéditeur; ou

c) si ni l'alinéa a ni l'alinéa b ne s'applique, de toute autre manière autorisée par la loi.

#### Article 6. Acceptation ou rejet de l'ordre de paiement par la banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire

1) Les dispositions du présent article s'appliquent à la banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire.

2) La banque réceptrice accepte l'ordre de paiement de l'expéditeur dès qu'intervient l'un des faits suivants :

a) Le délai d'exécution prévu à l'article 10 s'est écoulé sans qu'ait été donné l'avis de rejet, sous réserve que : i) lorsque le paiement doit être effectué par le débit d'un compte de l'expéditeur auprès de la banque réceptrice, l'acceptation n'intervienne que lorsque des fonds suffisants sont disponibles sur le compte à débiter pour couvrir le montant de l'ordre de paiement; ou ii) lorsque le paiement doit être effectué par d'autres moyens, l'acceptation n'intervienne que lorsque la banque réceptrice a reçu paiement de l'expéditeur conformément à l'article 5 b ou c;

b) La banque reçoit l'ordre de paiement, sous réserve que l'expéditeur et la banque aient convenu que la banque exécute-rait dès réception les ordres de paiement émanant de l'expéditeur;

c) La banque notifie son acceptation à l'expéditeur; ou

d) La banque émet un ordre de paiement ayant pour objet l'exécution de l'ordre de paiement reçu.

3) La banque réceptrice qui n'accepte pas l'ordre de paiement de l'expéditeur, autrement qu'en application de l'alinéa 2 a, est tenue d'en donner avis à l'expéditeur, à moins qu'elle ne dispose pas d'éléments d'information suffisants pour l'identifier. Le rejet de l'ordre de paiement doit être notifié au plus tard à la date d'exécution.

#### Article 7. Obligations de la banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire

1) Les dispositions du présent article s'appliquent à toute banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire.

2) La banque réceptrice qui accepte un ordre de paiement est tenue en vertu de celui-ci d'émettre, dans le délai prescrit à l'article 10, à l'intention de la banque du bénéficiaire ou d'une banque intermédiaire appropriée, un ordre de paiement conforme au contenu de celui qu'elle a reçu et qui comporte les instructions nécessaires pour réaliser le virement de manière appropriée.

3) Lorsqu'elle reçoit un ordre de paiement qui contient des éléments d'information indiquant qu'il a été mal dirigé et permettant d'en identifier l'expéditeur, la banque réceptrice donne avis à ce dernier de l'erreur commise, dans le délai prescrit à l'article 10.

4) Lorsqu'une instruction ne contient pas suffisamment de données pour constituer un ordre de paiement, ou que, étant un ordre de paiement, elle ne peut pas être exécutée en raison de l'insuffisance des données, mais que l'expéditeur peut être identifié, la banque réceptrice est tenue de donner avis à ce dernier de l'insuffisance constatée, dans le délai prescrit à l'article 10.

5) Si le montant de l'ordre de paiement exprimé en toutes lettres diffère de celui exprimé en chiffres, la banque réceptrice est tenue, dans le délai prescrit à l'article 10, d'en donner avis à l'expéditeur, si celui-ci peut-être identifié. Le présent paragraphe ne s'applique pas si l'expéditeur et la banque ont convenu que la banque serait liée soit par le montant en toutes lettres, soit par le montant en chiffres.

6) La banque réceptrice n'est pas tenue de suivre une instruction de l'expéditeur quant à la banque intermédiaire, au système de transfert de fonds ou aux modes de transmission à utiliser pour l'exécution du virement si elle détermine de bonne foi qu'il n'est pas possible de donner suite à cette instruction, ou que lui donner suite entraînerait des coûts ou un retard excessifs dans la réalisation du virement. La banque réceptrice agit dans le délai prescrit à l'article 10 si, dans ledit délai, elle demande à l'expéditeur quelles mesures elle doit prendre, compte tenu des circonstances.

7) Pour l'application du présent article, les agences et établissements distincts d'une banque, même s'ils sont situés dans le même Etat, sont considérés comme des banques distinctes.

#### Article 8. *Acceptation ou rejet par la banque du bénéficiaire*

1) La banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement dès qu'intervient l'un des faits suivants :

a) Le délai d'[exécution] prévu à l'article 10 s'est écoulé sans qu'ait été donné l'avis de rejet, sous réserve que : i) lorsque le paiement doit être effectué par le débit d'un compte de l'expéditeur auprès de la banque du bénéficiaire, l'acceptation n'intervienne que lorsque des fonds suffisants sont disponibles sur le compte à débiter pour couvrir le montant de l'ordre de paiement; ou ii) lorsque le paiement doit être effectué par d'autres moyens, l'acceptation n'intervienne que lorsque la banque du bénéficiaire a reçu paiement de l'expéditeur conformément à l'article 5 b ou c;

b) La banque reçoit l'ordre de paiement, à condition que l'expéditeur et la banque aient convenu que la banque [exécuteur] dès réception les ordres de paiement émanant de l'expéditeur;

c) La banque notifie son acceptation à l'expéditeur;

d) La banque crédite le compte du bénéficiaire ou place les fonds à sa disposition de toute autre manière;

e) La banque avise le bénéficiaire qu'il a le droit de retirer les fonds ou d'utiliser le crédit;

f) La banque utilise de toute autre manière le crédit conformément à l'ordre de paiement;

g) La banque déduit le crédit d'une dette qu'a le bénéficiaire envers elle ou l'utilise conformément à une décision de justice.

2) La banque du bénéficiaire qui n'accepte pas l'ordre de paiement d'un expéditeur, autrement qu'en application de l'alinéa 1 a, est tenue de lui en donner avis, à moins qu'elle ne dispose pas d'éléments d'information suffisants pour l'identifier. Le rejet de l'ordre de paiement doit être notifié au plus tard à la [date d'exécution].

#### Article 9. *Obligations de la banque du bénéficiaire*

1) La banque du bénéficiaire qui accepte un ordre de paiement est tenue de placer les fonds à la disposition du bénéficiaire, conformément à l'ordre de paiement et à la loi applicable régissant la relation entre elle et le bénéficiaire.

2) Lorsqu'une instruction ne contient pas suffisamment de données pour constituer un ordre de paiement, ou que, étant un ordre de paiement, elle ne peut pas être [exécutée] en raison de l'insuffisance des données, mais que l'expéditeur peut être identifié, la banque bénéficiaire est tenue de donner avis à ce dernier de l'insuffisance constatée, dans le délai prescrit à l'article 10.

3) Si le montant de l'ordre de paiement exprimé en toutes lettres diffère de celui exprimé en chiffres, la banque du bénéficiaire est tenue, dans le délai prescrit à l'article 10, d'en donner avis à l'expéditeur, si celui-ci peut être identifié. Le présent paragraphe ne s'applique pas si l'expéditeur et la banque ont convenu que la banque serait liée soit par le montant en toutes lettres, soit par le montant en chiffres.

4) Lorsque le bénéficiaire est désigné à la fois par des mots et par des chiffres et que le bénéficiaire réel ne peut être identifié avec une certitude raisonnable, la banque du bénéficiaire est tenue, dans le délai prescrit à l'article 10, d'en donner avis à son expéditeur ainsi qu'à la banque du donneur d'ordre, s'ils peuvent être identifiés.

5) La banque du bénéficiaire est tenue, à la [date d'exécution], d'aviser le bénéficiaire qui n'est pas titulaire d'un compte chez elle qu'elle tient les fonds à sa disposition, si elle dispose de suffisamment d'éléments d'information à cette fin.

#### Article 10. *Moment où la banque réceptrice doit [exécuter] l'ordre de paiement et en donner avis*

1) La banque réceptrice est tenue d'[exécuter] l'ordre de paiement le jour où elle le reçoit, sauf si :

a) une date postérieure est indiquée sur l'ordre, auquel cas l'ordre est [exécuté] à cette date; ou

b) l'ordre indique une date de disponibilité et qu'il s'ensuit qu'une exécution postérieure est appropriée pour que la banque du bénéficiaire puisse accepter un ordre de paiement et placer les fonds à la disposition du bénéficiaire à la date de disponibilité.

2) L'avis qui doit être donné conformément aux dispositions des paragraphes 3, 4 ou 5 de l'article 7 doit l'être au plus tard le jour où doit être exécuté l'ordre de paiement.

3) L'avis qui doit être donné conformément aux dispositions des paragraphes 2, 3 ou 4 de l'article 9 doit l'être au plus tard à la [date de paiement].

4) La banque réceptrice qui reçoit un ordre de paiement après l'heure limite pour ce type d'ordre de paiement est habilitée à le considérer comme ayant été reçu le jour suivant où elle [exécute] ce type d'ordre de paiement.

5) Si la banque réceptrice est tenue d'agir un jour où elle n'est pas ouverte pour l'[exécution] d'ordres de paiement du type en question, elle doit agir le jour suivant où elle [exécute] ce type d'ordre de paiement.

6) Pour l'application du présent article, les agences ou établissements distincts d'une banque, même s'ils sont situés dans le même Etat, sont considérés comme des banques distinctes.

#### Article 11. *Révocation*

1) Un ordre de paiement ne peut pas être révoqué par l'expéditeur, sauf si l'ordre de révocation est reçu par une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire à un moment et selon des modalités tels qu'elle soit raisonnablement en mesure d'y donner suite avant le moment effectif de l'exécution ou avant la date d'exécution, si celle-ci est postérieure.

2) Un ordre de paiement ne peut pas être révoqué par l'expéditeur, sauf si l'ordre de révocation est reçu par la banque du bénéficiaire à un moment et selon des modalités tels qu'elle soit raisonnablement en mesure d'y donner suite avant qu'elle n'ait accepté l'ordre de paiement ou avant la date de paiement, si celle-ci est postérieure.

3) Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, l'expéditeur et la banque réceptrice peuvent convenir que les ordres de paiement adressés par l'expéditeur à la banque réceptrice sont irrévocables ou qu'un ordre de révocation ne prend effet que s'il est reçu avant les moments définis aux paragraphes 1 et 2.

4) L'ordre de révocation doit être authentifié.

5) Une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire qui exécute ou, dans le cas de la banque du bénéficiaire, qui accepte un ordre de paiement révoqué ne peut prétendre au paiement de cet ordre de paiement et, si le virement est achevé conformément à l'article 17-1, doit rembourser tout paiement qu'elle a reçu.

6) Si le destinataire d'un remboursement effectué en application du paragraphe 5 n'est pas le donneur d'ordre du virement, il transmet le remboursement à l'expéditeur qui le précède.

7) Si le virement est achevé conformément à l'article 17-1 mais qu'une banque réceptrice [a exécuté] un ordre de paiement révoqué, elle peut prétendre recouvrer auprès du bénéficiaire le montant du virement par tout moyen de droit.

8) Le décès, la faillite ou l'incapacité de l'expéditeur ou du donneur d'ordre n'emporte pas révocation de l'ordre de paiement, ni ne met fin au pouvoir de l'expéditeur. Par "faillite", on entend toutes les formes d'insolvabilité, qu'elles touchent les particuliers ou les entreprises.

9) Pour l'application du présent article, les agences et établissements distincts d'une banque, même s'ils sont situés dans le même Etat, sont considérés comme des banques distinctes.

### CHAPITRE III. CONSÉQUENCES DES INCIDENTS, ERREURS OU RETARDS DANS LES VIREMENTS

#### Article 12. *Devoir d'assistance*

Si le virement n'est pas achevé conformément à l'article 17-1, chaque banque réceptrice est tenue d'aider le donneur d'ordre et chaque banque expéditrice suivante, et de solliciter à cette fin le concours de la banque réceptrice suivante, à achever le virement.

#### Article 13. *Obligation de rembourser*

1) Si le virement n'est pas achevé conformément à l'article 17-1, la banque du donneur d'ordre est tenue de lui restituer tout paiement reçu de lui, accru des intérêts courant à compter du jour du paiement jusqu'au jour du remboursement. La banque du donneur d'ordre et chaque banque réceptrice suivante a droit au remboursement de toutes sommes qu'elle a versées à la banque réceptrice suivante, accrues des intérêts courant à compter du jour de paiement jusqu'au jour du remboursement.

2) Les dispositions du paragraphe 1 ne peuvent pas être modifiées par convention. Toutefois, une banque réceptrice n'est pas tenue d'effectuer un remboursement en application du paragraphe 1 si elle n'est pas en mesure de se faire rembourser parce que la banque intermédiaire à qui elle a confié, conformément aux instructions reçues, le soin d'effectuer le virement se trouve dans l'impossibilité de payer ou que la loi lui interdit d'effectuer le remboursement. L'expéditeur, qui le premier a spécifié que cette banque intermédiaire devait être utilisée, peut prétendre au remboursement par cette banque intermédiaire.

#### Article 14. *Rectification du paiement insuffisant*

Lorsque le virement est achevé conformément à l'article 17-1, mais que le montant de l'ordre de paiement exécuté par une banque réceptrice est inférieur à celui de l'ordre de paiement qu'elle a accepté, elle est tenue d'émettre un ordre de paiement couvrant la différence entre les montants des ordres de paiement.

#### Article 15. *Restitution du trop-perçu*

Lorsque le virement est achevé conformément à l'article 17-1, mais que le montant de l'ordre de paiement exécuté par une banque réceptrice est supérieur au montant de l'ordre de paiement qu'elle a accepté, elle peut prétendre au recouvrement auprès du bénéficiaire de la différence entre les montants des ordres de paiement par tout moyen de droit.

#### Article 16. *Responsabilité et dommages-intérêts*

1) Une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire est responsable envers le bénéficiaire du fait qu'elle n'a pas exécuté dans le délai prévu à l'article 10-1 l'ordre de paiement reçu, si le virement est achevé conformément à l'article 17-1. Elle est tenue de verser des intérêts sur le montant de l'ordre de paiement pour toute la durée du retard qui lui est imputable. Cette obligation peut être acquittée par paiement à la banque réceptrice suivante ou par paiement direct au bénéficiaire.

2) Si la banque réceptrice qui perçoit les intérêts en application du paragraphe 1 n'est pas le bénéficiaire du virement, elle transmet ces intérêts à la banque réceptrice suivante ou, si elle est la banque du bénéficiaire, au bénéficiaire.

3) Une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire qui ne donne pas avis conformément aux paragraphes 3, 4 ou 5 de l'article 7, doit des intérêts à l'expéditeur sur tout paiement qu'elle a reçu de ce dernier en application de l'article 4-6, à compter du jour où elle retient le paiement.

4) La banque du bénéficiaire qui ne donne pas avis conformément aux paragraphes 2 ou 3 de l'article 9 doit des intérêts à l'expéditeur sur tout paiement qu'elle a reçu de ce dernier conformément à l'article 4-6, à compter du jour du paiement jusqu'au jour où elle donne l'avis requis.

5) Une banque réceptrice qui émet un ordre de paiement d'un montant inférieur à celui de l'ordre de paiement qu'elle a accepté doit au bénéficiaire, si le virement est achevé conformément à l'article 17-1, des intérêts sur toute fraction de la différence qui n'est pas placée à la disposition du bénéficiaire à la date de paiement, pour la période courant après la date du paiement jusqu'au moment où le montant total est mis à la disposition du bénéficiaire. Cette responsabilité ne joue que si le retard dans le paiement est imputable à une erreur de la banque réceptrice.

6) La banque du bénéficiaire est responsable envers le bénéficiaire, dans la mesure prévue par la loi régissant la relation entre eux, de l'inexécution de l'une des obligations énoncées au paragraphe 1 ou 5 de l'article 9.

7) Les dispositions du présent article peuvent être modifiées par convention dans la mesure où la responsabilité d'une banque envers l'autre est augmentée ou réduite. Une telle convention peut être prévue dans les conditions générales qu'appliquent les banques. Une banque peut accepter d'augmenter sa responsabilité envers un donneur d'ordre ou un bénéficiaire qui n'est pas une banque, mais ne peut pas réduire sa responsabilité envers un tel donneur d'ordre ou bénéficiaire.

8) Les moyens de recours prévus par la présente loi ne sont pas fonction de l'existence d'une relation préalable entre les parties, qu'elle soit contractuelle ou autre. Ces moyens de recours sont exclusifs et aucun autre moyen de droit ne peut être invoqué, à l'exception de tout moyen pouvant l'être lorsqu'une banque a mal exécuté un ordre de paiement ou ne l'a pas exécuté *a)* soit avec l'intention de causer un préjudice, *b)* soit témérement et sachant qu'un préjudice pourrait en résulter.

#### CHAPITRE IV. ACHÈVEMENT DU VIREMENT ET ACQUITTEMENT DE L'OBLIGATION

##### Article 17. *Achèvement du virement et acquittement de l'obligation*

1) Le virement s'achève lorsque la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement. A l'achèvement du virement, la banque du bénéficiaire est redevable au bénéficiaire du montant de l'ordre de paiement qu'elle a accepté.

2) Si le virement avait pour objet l'acquittement d'une obligation du donneur d'ordre envers le bénéficiaire pouvant être effectué par virement au compte indiqué par le donneur d'ordre, l'obligation est acquittée lorsque la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement et dans la mesure où elle serait acquittée par le versement d'une somme équivalente en espèces.

3) Un virement est considéré comme achevé même si le montant de l'ordre de paiement accepté par la banque du bénéficiaire est inférieur au montant de l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre du fait qu'une ou plusieurs banques réceptrices ont prélevé des frais. L'achèvement du virement ne porte pas atteinte à tout droit que pourrait avoir le bénéficiaire en vertu de la loi applicable de recouvrer le montant de ces frais auprès du donneur d'ordre.

#### CHAPITRE V. CONFLIT DE LOIS

##### Article 18. *Conflit de lois*

1) Les droits et obligations découlant d'un ordre de paiement sont régis par la loi choisie par les parties. Faute d'accord entre les parties, la loi de l'Etat de la banque réceptrice s'applique.

2) La deuxième phrase du paragraphe 1 n'a pas d'incidence sur la détermination de la loi qui régira le pouvoir de l'expéditeur effectif de lier l'expéditeur apparent au regard de l'article 4-1.

3) Pour l'application du présent article :

*a)* Lorsqu'un Etat se compose de plusieurs unités territoriales ayant des règles de droit différentes, chacune unité territoriale est considérée comme un Etat distinct; et

*b)* Les agences et établissements distincts d'une banque situés dans des Etats différents sont considérés comme des banques distinctes.

### F. Document de travail soumis au Groupe de travail des paiements internationaux à sa vingt-deuxième session : virements internationaux : commentaires relatifs au projet de loi type sur les virements internationaux : rapport du Secrétaire général

(A/CN.9/WG.IV/WP.49) [Original : anglais]

#### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION .....	227
COMMENTAIRES RELATIFS AU PROJET DE LOI TYPE SUR LES VIREMENTS INTERNATIONAUX .....	228
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES .....	228
Article 1 <sup>er</sup> . Champ d'application .....	228
Article 2. Définitions .....	231
Article 3. Contenu de l'ordre de paiement .....	238
CHAPITRE II. OBLIGATIONS DES PARTIES .....	238
Article 4. Obligations de l'expéditeur .....	238
Article 5. Acceptation ou rejet de l'ordre de paiement par la banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire .....	245
Article 6. Obligations de la banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire .....	247
Article 7. Acceptation ou rejet par la banque du bénéficiaire .....	250
Article 8. Obligations de la banque du bénéficiaire .....	251
Article 9. Moment où la banque réceptrice doit exécuter l'ordre de paiement et en donner avis .....	254
Article 10. Révocation .....	256

	<i>Pages</i>
CHAPITRE III. CONSÉQUENCES DES INCIDENTS, ERREURS OU RETARDS DANS LES VIREMENTS .....	260
Article 11. [Assistance et remboursement] .....	260
Article 12. Responsabilité et dommages-intérêts .....	262
Article 13. Exonérations de responsabilité .....	270
CHAPITRE IV. CONSÉQUENCES CIVILES DU VIREMENT .....	270
Article 14. Paiement et acquittement d'obligations pécuniaires : obligation de la banque envers le titulaire du compte .....	270
CHAPITRE V. CONFLIT DE LOIS .....	273
Article 15. Conflit de lois .....	273
* * *	
Article 16. [Modification par accord] .....	275

## INTRODUCTION

1. La Commission, parallèlement à la décision qu'elle a prise à sa dix-neuvième session en 1986 d'autoriser le Secrétariat à publier le Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds (A/CN.9/SER.B/1) en tant qu'œuvre du Secrétariat, a décidé d'entreprendre l'élaboration de règles types sur les transferts électroniques de fonds et d'en confier la responsabilité au Groupe de travail des paiements internationaux (A/41/17, par. 230).

2. Le Groupe de travail a entrepris cette tâche à sa seizième session, tenue à Vienne du 2 au 13 novembre 1987, durant laquelle il a examiné un certain nombre de questions juridiques présentées dans un rapport établi par le Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.35). A la fin de cette session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer des projets de dispositions, fondés sur les débats tenus à la seizième session afin qu'il puisse les examiner à sa session suivante (A/CN.9/297, par. 98).

3. A sa dix-septième session, tenue à New York du 5 au 15 juillet 1988, le Groupe de travail a examiné les projets de dispositions établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.37). A la fin de cette session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un projet révisé des règles types (A/CN.9/317, par. 10).

4. A sa dix-huitième session, tenue à Vienne du 5 au 16 décembre 1988, le Groupe de travail a entamé l'examen de la nouvelle mouture des règles types établie par le Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.39). Il a rebaptisé le projet de règles types projet de loi type sur les virements internationaux (A/CN.9/318). Il a poursuivi l'examen du projet de dispositions à sa dix-neuvième session, tenue à New York du 10 au 21 juillet 1989. Durant cette session, un groupe de rédaction a établi un texte remanié de projet de loi type (A/CN.9/328, annexe D), qui a été examiné à la vingtième session du Groupe de travail, tenue à Vienne du 27 novembre au 6 décembre 1989. Un groupe de rédaction a révisé les articles 1er à 9 du projet de loi

type sans toucher aux articles 10 à 15 (A/CN.9/329, annexe). Le Groupe de travail a poursuivi son examen du projet de loi type à sa vingt et unième session, tenue à New York du 9 au 20 juillet 1990, et a apporté divers changements au texte. Dans plusieurs autres cas, le Groupe de travail a décidé que le projet de loi type devait être changé afin de concrétiser des décisions de principe, mais n'a pas adopté de texte précis correspondant à ces décisions. Il est rendu compte de toutes ces décisions de principe, ainsi que de quelques autres prises lors de précédentes sessions du Groupe de travail, dans les notes qui accompagnent le projet de loi type figurant à l'annexe au rapport de la vingt et unième session (A/CN.9/341, annexe).

5. On trouvera dans le présent rapport un commentaire des projets d'articles du texte issu des travaux de la vingt et unième session du Groupe de travail (A/CN.9/341, annexe), faisant leur historique et décrivant leurs rapports avec d'autres dispositions. Lorsque le commentaire est historique ou que le texte d'un article soit n'a pas été examiné à la vingt et unième session, soit l'a été mais n'a pas été modifié, le commentaire est souvent identique à celui qui figure dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.46. On trouvera en outre dans le présent rapport certaines formulations proposées en application des décisions de principe prises par le Groupe de travail.

6. Le présent rapport a ceci de nouveau qu'on y trouve des références aux dispositions pertinentes de l'Article 4A du Code de commerce uniforme des Etats-Unis aux fins de comparaison. L'Article 4A régit les mêmes types de virements que ceux que régit le projet de loi type, mais il s'applique indistinctement aux virements nationaux ou internationaux. Son élaboration a été entamée aux Etats-Unis un peu avant que ne commence l'élaboration de la Loi type.

7. L'intérêt principal de l'Article 4A réside dans le fait que c'est le seul texte législatif existant qui donne une structure juridique de base aux virements. Dans tous les

autres Etats, y compris ceux où les virements constituent le principal moyen de paiement interbancaire, la législation applicable trouve sa source dans une multitude de textes. Il en résulte que le projet d'Article 4A, sous sa forme du moment, a souvent servi d'inspiration au groupe de travail lors de ses réunions.

8. Le texte définitif de l'Article 4A a été adopté en août 1989 par les organismes qui l'ont parrainé et il a été soumis peu de temps après à chacun des Etats fédérés américains pour adoption. Il a été adopté par un certain nombre d'entre eux, dont l'Etat de New York, où est implanté le Clearing House Interbank Payments System (CHIPS). Il régira en outre les opérations du réseau de transfert de fonds de la Réserve fédérale (FEDWIRE), une fois adoptée la Règle J.

9. Il est souvent difficile de comparer sommairement la Loi type et l'Article 4A en raison des différences de structure et de style qui séparent ces deux textes. L'Article 4A ne se contente pas de fixer une règle de portée générale, comme le fait le projet de loi type, mais prévoit souvent un certain nombre de règles d'application subsidiaires très détaillées et énumère bon nombre des exceptions les plus importantes à la règle générale. Ces règles d'application subsidiaires et ces exceptions sont souvent importantes. En outre, la complexité du texte, souvent liée à son caractère détaillé, a abouti à la mise en place de tout un appareil de renvois explicites et implicites. Etant donné qu'il n'est pas possible d'évoquer le cadre général dans lequel s'inscrit chacune des dispositions de l'Article 4A dans les brèves comparaisons figurant dans le présent rapport, le lecteur intéressé voudra bien se reporter au texte intégral de l'Article 4A.

## COMMENTAIRES RELATIFS AU PROJET DE LOI TYPE SUR LES VIREMENTS INTERNATIONAUX

### *Titre de la Loi type*

#### *Examen antérieur*

A/CN.9/318, par. 10 à 19

A/CN.9/329, par. 11 à 15

#### *Commentaires*

1. Le titre actuel a été adopté par le Groupe de travail à sa dix-huitième session. Le Groupe de travail a décidé d'employer les mots "Loi type" dans le titre parce que le texte était destiné au législateur et ne devait pas, pour le moment, se présenter sous forme de convention (A/CN.9/318, par. 12 et 13).

2. L'emploi du mot "virements" découlait de la décision du Groupe de travail d'exclure les prélèvements (A/CN.9/318, par. 14). Cette décision est énoncée sous forme de règle à l'article 1-1. Les virements sont définis à l'alinéa 2 a.

3. Le mot "électronique" ne figure pas dans le titre en vertu de la décision selon laquelle la Loi type devait s'appliquer tant aux virements sur papier qu'aux virements effectués par des moyens électroniques (A/CN.9/

318, par. 15 à 17). A la vingt et unième session, même si nul n'a suggéré que la Loi type ne devait pas s'appliquer aux virements sur papier, le Groupe de travail a été unanime à reconnaître que la Loi type devait être rédigée pour répondre aux nécessités propres aux virements électroniques à grande vitesse (A/CN.9/341, par. 28; voir en outre les paragraphes 24 à 27 et 56).

4. A sa dix-huitième session, le Groupe de travail a décidé que la Loi type ne s'appliquerait qu'aux virements internationaux et que le titre de la Loi type devait refléter cette décision (A/CN.9/318, par. 18). A sa vingtième session, le Groupe de travail a réaffirmé sa décision de limiter le champ d'application de la Loi type aux virements internationaux (A/CN.9/329, par. 12 à 15). Il a noté que le mandat qui lui avait été donné l'autorisait à élaborer une Loi type applicable tant aux virements nationaux qu'aux virements internationaux, mais qu'il existait des différences entre ces types de virements qui justifiaient une différence de traitement de certains des problèmes juridiques posés. En outre, les solutions appropriées ne seraient peut-être pas les mêmes dans tous les Etats pour ce qui est des virements nationaux. Aussi a-t-on jugé qu'il serait préférable de s'épargner les problèmes politiques délicats qui risqueraient de se poser si l'on stipulait que la Loi type s'appliquerait à tous les virements. Il n'en restait pas moins que certains Etats pourraient souhaiter appliquer la Loi type aux virements tant nationaux qu'internationaux.

5. Les critères de l'internationalité d'un virement sont énoncés à l'article premier.

#### *Comparaison avec l'Article 4A*

6. Le titre de l'Article 4A : "Transferts de fonds" et la définition de ce terme à l'article 4A-104 attestent que, pour l'essentiel, les champs d'application des deux textes sont presque identiques. Même si l'Article 4A doit son existence à l'essor récent des virements à grande vitesse et à forte valeur aux Etats-Unis, il devrait s'appliquer aux virements opérés par tout autre moyen. L'article 4A-302(a)(2), par exemple, prévoit l'exécution d'un ordre de paiement "par courrier de première classe" dans certaines circonstances. Toutefois, étant donné qu'il n'y a jamais eu de réseau pour les virements interbancaires sur papier aux Etats-Unis et que le mécanisme de virements fondé sur l'échange de grandes quantités d'ordres de paiement, en particulier l'échange matériel de bandes magnétiques et supports similaires, a une importance relativement mineure, les règles de fond visent principalement l'échange d'ordres de paiement individuels à haute vitesse et à forte valeur.

## CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

### Article premier. *Champ d'application\**

1) La présente loi s'applique à un virement lorsqu'une banque expéditrice et sa banque réceptrice sont situées dans des Etats différents.

\*La présente loi ne porte pas atteinte à toute disposition traitant des droits et obligations des consommateurs.

2) Pour l'application de la présente loi, les agences d'une banque situées dans des Etats différents sont considérées comme des banques distinctes.

#### *Examen antérieur*

A/CN.9/297, par. 12 à 23 et 29 à 31  
 A/CN.9/317, par. 16 à 24, 30 et 95 à 97  
 A/CN.9/318, par. 20 à 34, 53 et 54  
 A/CN.9/329, par. 12 à 25 et 194  
 A/CN.9/341, par. 57 à 65

#### *Erreur à l'annexe du document A/CN.9/341*

La note accompagnant l'article premier figurant à l'annexe du document A/CN.9/341 fait référence à "La Loi type".

#### *Commentaire*

1. Le champ d'application de l'article premier a été approuvé par le Groupe de travail à sa dix-huitième session (A/CN.9/318). Il a été réexaminé aux vingtième et vingt et unième sessions durant lesquelles plusieurs modifications ont été adoptées (A/CN.9/329 et A/CN.9/341).

#### *L'internationalité du virement*

2. Comme l'indique son titre, la Loi type ne s'appliquera qu'aux virements internationaux. Toutefois, à sa vingtième session, le Groupe de travail a noté que certains Etats pourraient souhaiter étendre la Loi type aux virements nationaux (A/CN.9/329, par. 14).

3. Le critère d'internationalité énoncé au paragraphe 1 adopté à la dix-huitième session était le suivant : la banque du donneur d'ordre et la banque du bénéficiaire devaient être situées dans des pays différents. Le Groupe de travail a décidé à sa vingtième session d'éliminer une conséquence de l'application de ce critère, examinée aux paragraphes 4 à 6 du commentaire sur l'article premier dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.44, à savoir que la banque qui donnait un ordre de virement pour son propre compte étant donneur d'ordre et non banque du donneur d'ordre, un virement effectué par une telle banque à l'intention d'une deuxième banque par l'intermédiaire d'une banque correspondante commune n'entrerait pas dans le champ d'application de la Loi type, même si ces trois banques étaient situées dans des Etats différents. Afin de donner effet à cette décision, le Groupe de travail avait décidé d'ajouter les mots "ou, si le donneur d'ordre est une banque, lorsque cette banque et sa banque réceptrice sont situées dans des pays différents" (A/CN.9/329, par. 16 à 23). Cette formulation a été modifiée par le groupe de rédaction. Le Groupe de travail a contesté la nouvelle formulation lors de l'adoption du rapport de la vingtième session, mais ne l'a pas corrigée faute de temps (A/CN.9/329, par. 194). A sa vingt et unième session, le Groupe de travail est d'abord revenu à la formulation initiale (A/CN.9/341, par. 58), mais après délibération, il a adopté le texte actuel du paragraphe 1 (A/CN.9/341, par. 64).

4. Selon la formulation actuelle, toute banque expéditrice et sa banque réceptrice dans la chaîne des banques

expéditrices et réceptrices qui exécutent le virement doivent être situées dans des Etats différents. Si les banques de l'une quelconque de ces paires de banques réceptrice et expéditrice sont situées dans des Etats différents, le virement est international et la Loi type s'applique à tous les segments de la chaîne, et cela même si tel ou tel segment associe un expéditeur (donneur d'ordre ou banque expéditrice) et une banque réceptrice situés dans le même Etat. La banque du donneur d'ordre mise à part, la première banque réceptrice dans chaque Etat mis en jeu dans un virement donné reçoit nécessairement un ordre de paiement d'une banque expéditrice située dans un autre Etat. Toutefois, le donneur d'ordre, la banque du donneur d'ordre ainsi que plusieurs banques réceptrices intervenant ultérieurement dans la chaîne du virement peuvent être situés dans le même Etat. Tous les ordres de paiement échangés entre ces parties sont régis par la Loi type, même s'ils interviennent avant l'expédition d'un ordre de paiement d'une banque expéditrice de cet Etat à une banque réceptrice située dans un autre Etat.

5. Etant donné que le paragraphe 1 ne mentionne que le lieu où sont situées une banque expéditrice et une banque réceptrice, le lieu où est situé un expéditeur qui n'est pas une banque n'intervient pas dans la détermination du caractère international du virement. Aussi lorsqu'un donneur d'ordre qui n'est pas une banque et qui réside dans l'Etat A émet un ordre de paiement à l'intention de sa banque dans l'Etat B ordonnant un virement au compte du bénéficiaire dans la même banque ou dans une banque différente située dans l'Etat B, ce virement n'est pas international. Toutefois, si le donneur d'ordre résidant dans l'Etat A est une banque, son ordre de paiement à sa banque dans l'Etat B associerait des banques situées dans des Etats différents et le virement serait alors international.

6. Dans certains cas où un virement est effectué à partir du compte d'un client d'un établissement financier situé dans l'Etat A sur le compte d'un établissement financier situé dans l'Etat B, il se peut que l'établissement financier expéditeur ne soit pas considéré comme une banque selon la définition de banque énoncée à l'article 2 f; par exemple, lorsque l'établissement financier expéditeur est une maison de courtage qui, sur instruction d'un client, vire un solde créditeur au compte titres de son client, mais qui n'exécute pas d'ordres de paiement dans le cadre normal de ses activités. On se reportera au paragraphe 30 du commentaire de l'article 2. En pareil cas, l'établissement financier expéditeur ne serait pas une banque. Il en va de même lorsque l'établissement financier récepteur dans l'Etat B n'est pas une banque et que l'ordre de paiement émis à son intention est le seul ordre de paiement allant d'un Etat à un autre Etat. Dans l'un ou l'autre de ces cas, la Loi type ne s'appliquerait pas. A la vingt et unième session du Groupe de travail, la définition de la "banque" à l'article 2 f a été modifiée afin que les entités qui tiennent pour leurs clients des comptes faisant l'objet d'ordres de paiement soient plus aisément assimilables à des banques. On se reportera au paragraphe 33 du commentaire de l'article 2.

7. Un virement peut être international même si la banque du donneur d'ordre et la banque du bénéficiaire sont situées dans le même Etat. Cela peut se produire lorsqu'un

virement entre la banque du donneur d'ordre et la banque du bénéficiaire, toutes deux situées dans l'Etat A, est libellé dans la monnaie de l'Etat B. En pareil cas, la banque du donneur d'ordre envoie généralement un ordre de paiement à sa banque correspondante dans l'Etat B lui donnant ordre de créditer le compte de la banque du bénéficiaire, ou lui donnant ordre d'expédier un ordre de paiement à la banque correspondante de la banque du bénéficiaire dans l'Etat B. Lorsque le virement est effectué de cette manière, on a alors affaire à une banque expéditrice et à une banque réceptrice situées dans des Etats différents et le virement est régi par la Loi type.

8. Il y a une première situation dans laquelle le virement entre deux banques dans l'Etat A libellé dans la monnaie de l'Etat B ne serait pas international et une deuxième situation dans laquelle le caractère international du virement est incertain. Le virement ne sera pas international s'il y a un mécanisme de compensation dans l'Etat A dans la monnaie de l'Etat B et si le virement est effectué par l'intermédiaire de ce mécanisme, car aucun ordre de paiement ne sera expédié entre l'Etat A et l'Etat B.

9. Le caractère international du virement est incertain lorsque la banque du donneur d'ordre dans l'Etat A envoie son ordre de paiement directement à la banque du bénéficiaire dans l'Etat A et paie à la banque du bénéficiaire le montant de l'ordre de paiement en envoyant un deuxième ordre de paiement à sa banque correspondante dans l'Etat B avec ordre de créditer, ou de faire créditer, le compte de la banque du bénéficiaire auprès de la banque correspondante. Il a été dit qu'en pareil cas l'instruction adressée par la banque du donneur d'ordre à la troisième banque (banque remboursante) en vue de créditer le compte de la banque du bénéficiaire était un virement distinct du virement effectué entre la banque du donneur d'ordre et la banque du bénéficiaire. Selon cette interprétation, le virement entre la banque du donneur d'ordre et la banque du bénéficiaire dans la monnaie de l'Etat B ne serait pas un virement international aux termes du paragraphe 1. En revanche, le virement par lequel la banque du donneur d'ordre donne instruction à sa banque correspondante dans l'Etat B de rembourser la banque du bénéficiaire en créditant son compte serait un virement international et, partant, serait régi par la Loi type. Cette interprétation a été avancée à la vingt et unième session mais il n'en a pas été rendu compte dans le rapport de cette session. En tout état de cause, cette interprétation avait été expressément rejetée à la vingtième session du Groupe de travail lorsque l'on s'est demandé si la banque remboursante était une "banque intermédiaire" (A/CN.9/329, par. 70 et 71; on se reportera au paragraphe 44 du commentaire de l'article 2).

10. On a opposé un certain nombre d'objections aux conclusions exposées aux paragraphes 7 à 9 ci-dessus lors de la vingt et unième session, ainsi que lors de la dix-huitième session durant laquelle le Groupe de travail avait été saisi d'une proposition similaire, au motif qu'une même instruction émanant du donneur d'ordre pouvait, selon le mode de règlement choisi, être ou ne pas être régie par la Loi type. Il a été dit que même la banque du donneur d'ordre pouvait ne pas connaître les modalités

d'acheminement du virement ou la procédure de règlement qui serait utilisée lorsqu'elle expédierait son ordre de paiement à une autre banque, située dans le même Etat, qui traitait les virements internationaux et en monnaie étrangère (A/CN.9/318, par. 25 et 26 et A/CN.9/341, par. 62). A la dix-huitième session, on a dit que le résultat auquel on aboutirait n'était pas approprié car, quelles que soient ses variantes, le virement avait toujours la même fonction d'un point de vue économique. A la vingt et unième session, les conclusions décrites aux paragraphes 7 à 9 ci-dessus ont été acceptées au motif que le donneur d'ordre avait toujours la possibilité de préciser à sa banque les modalités d'acheminement du virement.

11. L'application de la Loi type supposant l'existence de deux banques situées dans des pays différents, normalement la Loi type ne devrait pas s'appliquer si le donneur d'ordre et le bénéficiaire ont leur compte dans la même banque. Toutefois, conformément au paragraphe 2, pour l'application de la Loi type, les agences d'une banque située dans des pays différents sont considérées comme des banques distinctes. Aussi un virement peut-il être régi par la Loi type même si une seule banque entre en jeu dès lors que les comptes sont domiciliés dans des agences de cette banque situées dans des Etats différents.

12. Le fait que la Loi type ne s'applique qu'aux virements internationaux signifie qu'un Etat qui adopte la Loi type risque d'avoir deux législations différentes régissant les virements, une législation s'appliquant aux virements nationaux et la Loi type aux virements internationaux. Dans certains pays, il n'y a pas de virements nationaux, ou les segments nationaux des virements internationaux sont distincts des virements nationaux proprement dits. Dans d'autres pays, les virements nationaux et les segments nationaux des virements internationaux passent par les mêmes mécanismes bancaires. Dans ces derniers pays, il serait souhaitable que les deux corps de règles juridiques soient harmonisés, dans la mesure du possible, ou que la Loi type soit adoptée pour les virements tant nationaux qu'internationaux.

#### *Champ d'application territorial*

13. La Loi type visant les virements internationaux, les questions de conflit de lois se posent tout naturellement. Les dispositions applicables figurent à l'article 15. L'article 15-1 a pour effet de restreindre le champ d'application territorial de la Loi type.

#### *Virements "consommateurs"*

14. A sa dix-huitième session, le Groupe de travail a décidé que la Loi type s'appliquerait à tous les virements internationaux, y compris les virements "consommateurs". Non seulement cette solution préserverait l'unité fondamentale de la loi, mais on s'épargnerait ainsi la tâche difficile consistant à déterminer ce que serait un virement "consommateur". Cela a en outre été jugé utile car des lois sur la protection des consommateurs ayant des incidences sur les virements n'ont été adoptées ou ne sont envisagées que dans quelques-uns des pays susceptibles d'adopter la Loi type.

15. Dans le même temps, on a estimé que les lois sur la protection des consommateurs en vigueur dans certains pays et qui pourraient être adoptées dans d'autres pouvaient avoir des incidences sur certains virements internationaux et sur les virements nationaux. Aussi a-t-on adopté la note jointe à l'article premier, afin de stipuler que la Loi type ne portait pas atteinte à toute disposition traitant des droits et obligations des consommateurs, que de telles dispositions complètent ou contredisent les dispositions de la Loi type (A/CN.9/318, par. 30 à 33). Cette note a été réexaminée à la vingtième session au cours de laquelle aucun changement n'y a été apporté (A/CN.9/329, par.24).

16. A sa vingt et unième session, le Groupe de travail a décidé que le texte de la note devait être remanié de manière à indiquer que la Loi type n'avait pas pour objet de traiter des questions relatives à la protection des consommateurs (A/CN.9/341, par. 65). On notera que les consommateurs qui sont à l'origine de virements ou en sont les bénéficiaires ont les mêmes droits et obligations et jouissent des mêmes garanties en vertu de la Loi type que tous les autres donneurs d'ordres et bénéficiaires. Aucun texte n'a été adopté pour donner suite à cette décision du Groupe de travail. Celui-ci voudra peut-être se pencher sur le texte suivant :

"La présente loi ne traite pas des questions relatives à la protection des consommateurs en tant que catégorie particulière de [clients des banques] [donneurs d'ordres et de bénéficiaires]."

#### Comparaison avec l'Article 4A

17. L'Article 4A s'applique aux virements tant nationaux qu'internationaux qui entrent dans son champ d'application sur la base des règles de conflit de lois énoncées à l'article 4A-507. Pour plus ample information, on se reportera aux paragraphes 1 à 10 du commentaire de l'article 15.

18. L'article 4A-108 exclut du champ d'application de l'Article 4A tout transfert régi par le *Electronic Fund Transfer Act* de 1978. Cette disposition couvre la quasi-totalité des transferts effectués par des consommateurs ou au nom de consommateurs, mais elle ne vise pas les transferts "consommateurs" relativement rares qui sont effectués par l'intermédiaire de CHIPS, de FEDWIRE ou de la Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT).

#### Article 2. Définitions

Pour l'application de la présente loi :

a) Par "virement", on entend la série d'opérations commençant avec l'ordre de paiement du donneur d'ordre et ayant pour but de placer des fonds à la disposition d'une personne déterminée. Ce mot comprend tout ordre de paiement émis par la banque du donneur d'ordre ou toute banque intermédiaire pour donner suite à l'ordre de paiement du donneur d'ordre.

b) Par "ordre de paiement", on entend l'instruction inconditionnelle donnée par un expéditeur à une banque réceptrice de placer à la disposition d'une per-

sonne déterminée une somme d'argent donnée ou déterminable, sous réserve :

- i) *Supprimé;*
- ii) Que la banque réceptrice soit remboursée par l'expéditeur, par débit d'un compte lui appartenant ou par tout autre mode de paiement; et
- iii) Que l'instruction soit transmise directement à la banque réceptrice, ou bien adressée à un intermédiaire, un système de transfert de fonds ou un système de communication pour transmission à la banque réceptrice;
- iv) *Supprimé;*

c) Par "donneur d'ordre", on entend l'émetteur du premier ordre de paiement dans un virement.

d) Par "bénéficiaire", on entend la personne qui reçoit des fonds à l'issue du virement conformément aux indications du donneur d'ordre.

e) Par "expéditeur", on entend la personne qui émet un ordre de paiement, y compris le donneur d'ordre et toute banque expéditrice.

f) Par "banque", on entend toute entité qui, dans le cadre normal de ses activités, exécute des ordres de paiement.

g) Par "banque réceptrice", on entend la banque qui reçoit un ordre de paiement.

h) Par "banque intermédiaire", on entend toute banque réceptrice autre que la banque du donneur d'ordre et celle du bénéficiaire.

i) Par "fonds" ou "somme d'argent", on entend le crédit porté sur un compte tenu par une banque, y compris les sommes libellées dans une unité de compte établie par une organisation intergouvernementale ou par accord entre deux Etats ou plus, sous réserve que la présente loi s'applique sans préjudice des règles de ladite organisation intergouvernementale ou des stipulations dudit accord.

j) Par "authentification", on entend la procédure établie d'un commun accord qui permet de déterminer si tout ou partie d'un ordre de paiement [ou de la révocation d'un ordre de paiement] a été émis par l'expéditeur apparent.

k) Par "date d'exécution", on entend la date à laquelle la banque réceptrice doit exécuter l'ordre de paiement conformément aux dispositions de l'article 9.

l) Par "date de disponibilité", on entend la date spécifiée sur l'ordre de paiement à laquelle les fonds doivent être placés à la disposition du bénéficiaire.

#### Examen antérieur

- A/CN.9/297, par. 24 à 28
- A/CN.9/317, par. 26 et 27
- A/CN.9/318, par. 35 à 59, 75, 76, 94 et 106
- A/CN.9/328, par. 79 et 88
- A/CN.9/329, par. 26 et 82
- A/CN.9/341, par. 66 à 84

*Erreur à l'annexe du document A/CN.9/341*

A l'alinéa 2 l, on trouve dans la version française le terme "date de paiement" auquel il convient de préférer le terme "date de disponibilité", plus conforme à la définition.

*Commentaire*

1. A sa seizième session, le Groupe de travail, soucieux d'harmoniser, dans toute la mesure possible, la terminologie des banques et celle des règles juridiques régissant les virements a estimé qu'il était souhaitable d'employer la terminologie adoptée par le Comité technique "Banque et services financiers liés aux opérations bancaires" de l'Organisation internationale de normalisation, figurant dans la norme ISO 7982-1 (A/CN.9/297, par. 25 à 28). Toutefois, la terminologie de l'ISO n'étant pas axée sur les aspects juridiques des virements, il fallait envisager de s'écarter quelque peu tant des termes employés que des définitions. Diverses définitions ont été examinées aux dix-septième, dix-huitième, dix-neuvième, vingtième et vingt et unième sessions.

2. Le commentaire ci-après fait apparaître dans quelle mesure les termes employés et les définitions retenues diffèrent de ceux de la norme ISO 7982-1.

*Chapeau*

3. A sa vingtième session, le Groupe de travail a décidé que le texte de l'article 2 commencerait par l'expression "Aux fins de la présente loi", notamment parce que certains termes tels que le mot "banque" pouvaient être définis d'une manière différente dans la réglementation d'un Etat adoptant la Loi type (A/CN.9/329, par. 26).

*"Virement"*

4. La définition adoptée par le Groupe de travail à sa dix-huitième session était fondée sur la définition du "virement" figurant dans la norme ISO 7982-1. Toutefois, certaines modifications ont été apportées à la définition de l'ISO afin d'en préciser le sens (voir A/CN.9/318, par. 36 à 38 et A/CN.9/WG.IV/WP.44, par. 4 à 6 du commentaire de l'article 2).

5. A sa vingtième session, le Groupe de travail a adopté la définition actuelle, en soulignant l'importance particulière de la définition du mot "virement" et de la définition connexe du terme "ordre de paiement" puisque l'article premier relatif au champ d'application énonçait que la loi s'appliquait aux virements (A/CN.9/329, par. 27 à 33). Aussi la définition de ce terme contribuait-elle partiellement à la détermination du champ d'application de la Loi type.

6. Le virement est défini en fonction de la suite qui est donnée aux ordres de paiement et non pas en fonction du mouvement des fonds comme c'était le cas dans la définition précédente. La définition du terme "ordre de paiement" a en outre une incidence sur les types de transferts de fonds devant être régis par la Loi type.

7. La définition du "virement" adoptée lors de la vingtième session comportait entre crochets une troisième phrase indiquant à quel moment s'achevait le virement (A/CN.9/329, par. 33). A la vingt et unième session, cette phrase a été supprimée suite à l'adoption d'une disposition sur l'achèvement du virement (article 14-2 bis) (A/CN.9/341, par. 72).

8. *Comparaison avec l'Article 4A.* La définition du "virement" est presque identique à la définition du "transfert de fonds" de l'article 4A-104.

*"Ordre de paiement"*

9. Conformément à une suggestion faite à la dix-septième session du Groupe de travail, les éléments de données minimums requis pour que soit constitué un ordre de paiement ont été énoncés dans la définition de ce terme soumis au Groupe de travail à ses dix-huitième et dix-neuvième sessions (A/CN.9/317, par. 54). A la dix-neuvième session, le groupe de rédaction a scindé cette définition en deux parties, une définition à l'article 2 et une énumération des éléments de données minimums devant figurer dans un ordre de paiement à l'article 3 (A/CN.9/328, par. 145 et annexe).

10. A la vingtième session du Groupe de travail, les éléments de données minimums devant figurer dans un ordre de paiement, énumérés à l'article 3, ont été éliminés du projet de loi type (A/CN.9/329, par. 89 à 93). Néanmoins, le fait qu'un ordre de paiement soit incomplet a des conséquences sur le virement, conséquences qui sont examinées aux articles 5 à 8.

11. Les éléments de base de la définition actuelle de l'"ordre de paiement" ont été adoptés à la vingtième session, compte tenu de la nouvelle définition du "virement" adoptée à cette session (A/CN.9/329, par. 34 à 58).

12. Il a été décidé qu'aucune référence ne serait faite à la forme que pouvait revêtir l'ordre de paiement (par exemple écrite, orale ou magnétique), ou sous laquelle il pouvait être transmis par l'expéditeur à la banque réceptrice. D'une part, toute énumération risquait d'exclure des techniques nouvelles et, d'autre part, dans certains pays, les restrictions quant à l'utilisation de telle ou telle forme pour ce qui est de la création ou de la transmission d'un ordre de paiement pouvaient être d'ordre réglementaire. En l'absence de toute disposition sur ce point dans la Loi type, cette question serait régie par d'autres dispositions applicables du droit interne.

13. A sa vingtième session, le Groupe de travail a convenu que la Loi type ne devrait pas régir les ordres de paiement conditionnels qui devaient être envoyés d'une banque à une autre et a décidé que de tels ordres ne seraient pas considérés comme des "ordres de paiement" (A/CN.9/329, par. 40 à 42 et 50 à 53). Toutefois, un ordre de paiement conditionnel émis par le donneur d'ordre était un "ordre de paiement" en vertu de l'alinéa i si la condition dont il était assorti devait avoir été remplie à la date de l'émission d'un ordre de paiement par la banque du donneur d'ordre ou avant cette date. Des dispositions ont donc été ajoutées pour veiller à ce que la condition ainsi

énoncée n'ait pas d'incidence sur les banques réceptrices en aval ou sur le bénéficiaire. En outre, l'alinéa iv disposait que l'ordre d'établir une lettre de crédit n'était pas un ordre de paiement, disposition jugée nécessaire en raison du caractère conditionnel d'une telle instruction.

14. Néanmoins, lors de la vingtième session, certains se sont opposés au sein du Groupe de travail au fait que l'on considère, même de manière ainsi limitée, que les ordres de paiement conditionnels entraînent dans le champ d'application de la Loi type. On a noté que l'article 5-1 ne donnait pas à la banque du donneur d'ordre de délais supplémentaires pour déterminer si elle souhaitait être liée par un ordre de paiement conditionnel avant d'être réputée l'avoir accepté (A/CN.9/329, par. 52).

15. A sa vingt et unième session, le Groupe de travail a décidé que l'ordre de paiement conditionnel ne devait pas être considéré comme un ordre de paiement au regard de la Loi type (A/CN.9/341, par. 73). Pour ce faire, on a inséré l'adjectif "inconditionnelle" dans le chapeau de la définition et on a supprimé l'alinéa i. En outre, l'alinéa iv jugé désormais inutile a été supprimé (A/CN.9/341, par. 79).

16. Le Groupe de travail avait conscience qu'en affirmant que l'ordre de paiement conditionnel n'était pas un ordre de paiement au regard de la Loi type, l'expéditeur de cet ordre de paiement n'était pas donneur d'ordre et que, par conséquent, il n'avait ni droits ni obligations au regard de la Loi type. Aussi, au cas où le virement n'aurait pas été exécuté correctement pour des raisons étrangères à la condition émise initialement, les droits que pourrait avoir le client découleraient-ils de règles de droit autres que la Loi type. Le Groupe de travail a donc décidé qu'il fallait insérer dans la Loi type une disposition tendant à ce que l'expéditeur d'un ordre de paiement conditionnel ait les droits du donneur d'ordre lorsque l'exécution de l'ordre de paiement conditionnel aboutissait en fin de compte à un virement inconditionnel (A/CN.9/341, par. 74 et 75). Dans une communication adressée au Secrétariat après la vingt et unième session, la délégation du Royaume-Uni a proposé l'ajout suivant à la définition du "donneur d'ordre" figurant à l'article 2 c, pour donner suite à la décision susmentionnée :

"ou, lorsque la première instruction de paiement n'est pas un ordre de paiement parce qu'elle est soumise à une condition qui est ultérieurement remplie, l'émetteur de cette instruction."

17. La délégation du Royaume-Uni a fait observer, toutefois, que cette instruction conditionnelle ne serait toujours pas un "ordre de paiement", ce qui pourrait donner lieu à des difficultés quant à l'interprétation de termes tels que "ordre de paiement du donneur d'ordre". Aussi, tout en répugnant à insérer toute référence aux instructions conditionnelles, la délégation du Royaume-Uni a-t-elle proposé une approche qu'elle jugeait préférable à celle qu'avait choisie le Groupe de travail tendant à ce que le texte ci-après soit ajouté à la fin de la définition de l'"ordre de paiement" :

"Lorsqu'une instruction n'est pas un ordre de paiement parce qu'elle est émise sous condition, et que cette

condition est ultérieurement remplie, l'instruction est traitée comme si elle avait été inconditionnelle lors de son émission; toutefois, ceci ne porte pas atteinte aux droits ou obligations de toute personne vis-à-vis de ladite instruction pendant la période durant laquelle la condition n'est pas encore remplie."

18. A la vingt et unième session, on a proposé la suppression de l'alinéa ii au motif que la question du remboursement de la banque réceptrice devait être réglée sur une base contractuelle entre le donneur d'ordre et sa banque. Toutefois, cet alinéa a été conservé au motif qu'il était nécessaire afin d'exclure les ordres de recouvrement du champ d'application de la Loi type (A/CN.9/341, par. 76).

19. L'alinéa iii a lui aussi pour objet d'établir une distinction entre les recouvrements et les virements. La proposition avancée à la vingt et unième session tendant à ce que soit supprimé cet alinéa n'a pas suscité d'adhésion. Diverses propositions touchant la rédaction de cet alinéa ont été faites avant la vingt et unième session (A/CN.9/WG.IV/WP.46, par. 16 du commentaire de l'article 2) et pendant cette session (A/CN.9/341, par. 77 et 78) tendant à ce que l'alinéa iii ne puisse effectivement s'appliquer qu'aux virements.

20. La distinction entre un ordre de paiement faisant partie d'un virement et une instruction faisant partie d'un recouvrement semble être la suivante : dans le premier cas l'instruction est transmise par l'expéditeur à la banque réceptrice, alors que dans le deuxième cas elle est transmise par l'expéditeur au bénéficiaire, qui la transmet à son tour à la banque réceptrice. Tant dans les virements que dans les recouvrements, la transmission à la banque réceptrice peut être faite directement ou au moyen d'un intermédiaire. Toutefois, il semble que le sens de l'alinéa iii serait suffisamment clair si l'alinéa était ainsi rédigé :

"que l'instruction soit transmise par l'expéditeur à la banque réceptrice"

ou, si l'on veut exclure expressément les recouvrements :

"que l'instruction soit transmise par l'expéditeur à la banque réceptrice par tout autre intermédiaire que le bénéficiaire".

21. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-103 définit "l'ordre de paiement" en des termes très voisins.

"Donneur d'ordre"

22. La définition diffère de celle qu'énonce la norme ISO 7982-1, quant à la forme, mais non quant au fond. Elle a été approuvée par le Groupe de travail à ses dix-septième, dix-huitième et vingtième sessions (A/CN.9/317, par. 32; A/CN.9/318, par. 41; A/CN.9/329, par. 59). En vertu de cette définition, la banque qui émet un ordre de paiement pour son propre compte est donneur d'ordre.

23. Au paragraphe 16 ci-dessus, il est proposé que le texte ci-après soit ajouté à la définition conformément à la décision selon laquelle l'expéditeur d'un ordre de paiement conditionnel aboutissant à un virement inconditionnel

devait être considéré comme le donneur d'ordre du virement :

"ou, lorsque la première instruction de paiement n'est pas un ordre de paiement parce qu'elle est soumise à une condition qui est ultérieurement remplie, l'émetteur de cette instruction."

24. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-104(c) définit le "donneur d'ordre" dans des termes presque identiques au texte actuel de la Loi type. Le terme "banque du donneur d'ordre" (qui n'est pas défini dans la Loi type) est défini dans l'article 4A-104(d) et englobe "le donneur d'ordre si le donneur d'ordre est une banque". Cela est incompatible avec la Loi type, même si cette incompatibilité n'a vraisemblablement pas de conséquences quant au fond étant donné le champ d'application actuel de l'article premier de la Loi type.

#### "Bénéficiaire"

25. La définition proposée diffère, quant à la forme, de celle qu'énonce la norme ISO 7982-1, en ce sens que le bénéficiaire est la personne désignée comme bénéficiaire sur l'ordre de paiement du donneur d'ordre et qu'une personne dont le compte est crédité par erreur n'est pas un bénéficiaire (A/CN.9/318, par. 42; A/CN.9/329, par. 69). Lorsque le bénéficiaire est désigné à la fois en toutes lettres et par un numéro de compte et qu'il y a défaut de concordance entre ces deux types de données, on se reportera à l'article 8-5. Comme dans le cas du donneur d'ordre, une banque peut être le bénéficiaire du virement.

26. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-103(a)(2) définit le mot "bénéficiaire" et le terme "banque du bénéficiaire" (qui n'est pas défini dans la Loi type) est défini à l'article 4A-103(a)(3). Ces définitions semblent être, de manière générale, compatibles avec l'emploi qui est fait de ces termes dans la Loi type.

#### "Expéditeur"

27. Le Groupe de travail a décidé à ses dix-septième et dix-huitième sessions que ce mot désignerait le donneur d'ordre ainsi que toute banque expéditrice (A/CN.9/317, par. 46; A/CN.9/318, par. 44; voir en outre A/CN.9/329, par. 61). La norme ISO 7982-1 définit la "banque expéditrice" comme la "banque qui émet le message via un réseau", mais on n'y trouve pas de définition de l'expéditeur englobant le donneur d'ordre. Ce terme n'est pas nécessaire dans le contexte de la norme ISO 7982-1.

28. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-103(a)(5) définit "l'expéditeur" d'une manière qui est compatible avec la Loi type.

#### "Banque"

29. A sa dix-huitième session, le Groupe de travail a convenu d'utiliser le mot "banque", car il était bref, bien connu et couvrait l'essentiel de ce qui était visé (A/CN.9/318, par. 46; voir aussi les paragraphes 37 et 38 ci-après). La définition donnée dans la Loi type différera nécessairement de celle qui figure dans les législations nationales,

car les définitions varient selon les pays; dans certains pays, il y a même plusieurs définitions selon l'objectif visé.

30. Selon la définition énoncée par la norme ISO 7982-1, une banque est un "établissement commercial autorisé à effectuer des transactions financières" (*depository financial institution*). De l'avis du Groupe de travail, à sa dix-huitième session, le critère permettant de déterminer si un établissement financier a les droits et obligations d'une banque en application de la Loi type devrait être le suivant : dans le cadre normal de ses activités, effectue-t-il des virements pour le compte d'autrui ? Peu importait en effet de savoir s'il effectuait des opérations de dépôt (*depository*) (A/CN.9/318, par. 50). Ainsi, certains établissements financiers qui ne seraient normalement pas considérés comme des banques, par exemple des maisons de courtage effectuant des virements pour leurs clients dans le cadre normal de leurs activités, auraient été considérés comme des banques aux fins de la Loi type, conformément à la définition adoptée à la dix-huitième session.

31. A sa vingtième session, le Groupe de travail a apporté trois changements à la définition (A/CN.9/329, par. 62 à 68). Premièrement, il a remplacé les mots "établissement financier" par le mot "entité". En effet, la Loi type devait s'appliquer à un service et non à des systèmes particuliers. Cette modification avait expressément pour objet d'inclure dans le champ de la Loi type les services postaux qui assurent un service pour l'exécution d'ordres de paiement, même s'ils sont régis par des règles différentes du fait de leur statut administratif. Cette position a été réaffirmée à la vingt et unième session, en dépit de l'opposition qui a continué de s'y manifester (A/CN.9/341, par. 66).

32. Suite au deuxième changement apporté lors de la vingtième session, la définition est désormais axée sur l'exécution des ordres de paiement et non, comme c'était le cas précédemment, sur le point de savoir si l'entité effectue ou non des virements. A sa vingt et unième session, le Groupe de travail a décidé que la définition du mot banque ne devait pas être élargie aux entités exécutant des ordres de paiement à titre occasionnel (A/CN.9/341, par. 69).

33. Le troisième changement apporté lors de la vingtième session était le suivant : les mots "et manie des fonds pour d'autres personnes" ont été ajoutés à la définition, mais ils ont été placés entre crochets par le groupe de rédaction. A la vingt et unième session, il a été dit que ces mots devaient être conservés de façon à exclure les systèmes de transmission de messages de la définition du mot "banque". Toutefois, la décision a été prise de supprimer les mots placés entre crochets et d'ajouter une deuxième phrase disposant expressément que les entités dont les activités se limitaient à transmettre des ordres de paiement n'étaient pas des banques (A/CN.9/341, par. 68).

34. Il est clair que la décision du Groupe de travail visait à exclure les services postaux de la définition du mot "banque" lorsqu'ils s'acquittaient de leur fonction d'exploitation d'un réseau public de transmission de messages tels que le télex, mais non lorsqu'ils géraient un

système d'exécution de virements. Il est non moins clair que cette décision de principe devait être étendue à tous les systèmes similaires de transmission de messages parmi lesquels figuraient sans doute les chambres de compensation. Toutefois, il n'est pas certain que l'on puisse donner suite efficacement à cette décision en introduisant une deuxième phrase nouvelle ainsi rédigée : "Les entités dont les activités se limitent à transmettre des ordres de paiement ne sont pas des banques".

35. Un système de transmission de messages tel que le télex "se limite à" transmettre des messages, mais un système de transmission de messages tel que SWIFT offre des services à valeur ajoutée. Des services encore plus étendus sont assurés par les chambres de compensation, telles que CHAPS ou CHIPS. Dans certaines chambres de compensation, telles que le Swiss Interbank Clearing (SIC), un compte est ouvert chaque matin pour chaque banque participante par transfert à partir de son compte de réserve auprès de la Banque nationale suisse. Les ordres de paiement expédiés par une banque participante par l'intermédiaire du SIC sont débités sur ce compte et les ordres de paiement reçus par le SIC pour le compte de la banque y sont crédités. Les règles régissant le SIC excluent toute possibilité de solde débiteur sur un compte, ce qui élimine tout risque financier pour les autres banques participantes au cas où l'une des banques devrait cesser ses activités pendant la journée en raison de son insolvabilité. Il semblerait que la nouvelle phrase proposée n'exclurait aucune de ces entités, mis à part le service de télex, de la définition du mot "banque". En outre, cette phrase risquait de laisser entendre qu'un système de transmission de messages qui offrirait d'autres prestations par rapport à l'ordre de paiement était une banque. Cela pourrait être le cas notamment du SIC et de toute autre chambre de compensation ouvrant des comptes pour débiter et créditer les ordres de paiement expédiés et reçus par les banques participantes (voir le paragraphe 44 du commentaire de l'article 4). Le Secrétariat n'est pas en mesure de proposer d'autres formulations qui puissent aboutir au résultat escompté sans faire naître d'autres ambiguïtés. Aussi estime-t-il que le texte actuel, sans l'ajout d'une deuxième phrase, est celui qui a les meilleures chances d'être interprété correctement.

36. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-105(2) définit la "banque" comme "une personne exerçant une activité bancaire" et énumère ensuite plusieurs types d'établissements couverts par cette définition.

#### *Nouveau terme proposé pour "banque"*

37. A sa vingt et unième session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réexaminer la possibilité d'utiliser un autre terme que le mot "banque" et de lui faire rapport à la vingt-deuxième session (A/CN.9/341, par. 70). Le Groupe de travail a précisé que le terme qui serait choisi devrait pouvoir être utilisé dans des expressions telles que "banque réceptrice".

38. Il semblerait que, si un autre terme était choisi dont le sens était bien établi, les problèmes posés par l'emploi du mot "banque" se poseraient aussi avec cet autre terme.

Cela est d'autant plus vrai que ce terme serait utilisé dans six langues officielles et pourrait même être traduit dans un certain nombre d'autres langues si la Loi type est utilisée pour servir de base à une législation nationale. On propose la création d'un nouveau terme qui serait lié à l'objet même de la Loi type. Le terme que propose le Secrétariat est "établissement de virement". Il a certes l'inconvénient d'être long, tout particulièrement lorsqu'on le compare au mot "banque", mais il a l'avantage de pouvoir se combiner avec les qualificatifs utilisés dans la Loi type : expéditeur, récepteur, du donneur d'ordre, intermédiaire, du bénéficiaire, etc.

#### *Définition proposée pour le mot "agence"*

39. Dans une version antérieure du projet de loi type, il était disposé qu'"aux fins des présentes règles, une agence bancaire est considérée comme une banque distincte". A la dix-huitième session du Groupe de travail, cette phrase a été supprimée et le Groupe de travail a décidé d'examiner pour chacun des articles de fond si les agences devaient être considérées comme des banques (A/CN.9/318, par. 54). Des paragraphes indiquant que les agences d'une banque sont considérées comme des banques distinctes ont été ajoutés aux articles 1-2, 6-7, 9-5 et 10-9 (A/CN.9/318, par. 53 et 54; A/CN.9/328, par. 82 et 110; A/CN.9/329, par. 141).

40. A la vingt et unième session, il a été proposé que la Loi type comporte une définition de l'"agence" (A/CN.9/341, par. 71). Il a été dit que, dans certaines législations nationales, les "agences" étaient définies d'une manière restrictive excluant certains bureaux ou représentations d'une banque qui pourraient être considérés comme des banques distinctes en vertu de la Loi type. Il a été proposé que soit considéré comme la principale caractéristique d'une "agence", aux termes de la Loi type, le fait qu'elle expédiait et recevait des ordres de paiement. Selon certaines objections, l'envoi ou la réception d'ordres de paiement étaient des activités qui pouvaient être exécutées par de simples services de transmission de messages. La délégation qui avait soulevé la question a été invitée à établir, si elle le souhaitait, un projet de définition et à le soumettre au Groupe de travail à sa vingt-deuxième session. En l'absence de tout projet de définition que pourrait présenter cette délégation, le Groupe de travail pourra considérer que le résultat escompté serait atteint si les articles 1-2, 6-7, 9-5 et 10-9 comportaient le membre de phrase "les agences ou bureaux distincts d'une banque sont considérés comme des banques distinctes", adapté, le cas échéant, au contexte.

41. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-105(a)(2) dispose qu'une "agence ou un bureau distinct d'une banque est une banque distincte aux fins du présent article".

#### *"Banque réceptrice"*

42. Bien que le Groupe de travail ait remanié à sa dix-huitième session la définition de la banque réceptrice par rapport à la norme ISO 7982-1, le sens est resté le même (A/CN.9/318, par. 55 à 57). La banque qui reçoit un ordre

de paiement est banque réceptrice, même si l'ordre ne lui était pas adressé. Une telle banque doit réagir à la réception de l'ordre. (Le problème des ordres de paiement mal dirigés est traité dans les articles 6-3 et 8-2.) La banque à laquelle un ordre de paiement est adressé, mais qui ne le reçoit pas, n'est pas banque réceptrice. Il ne serait pas approprié de lui imposer les obligations d'une banque réceptrice pour un ordre de paiement dont elle n'a pas connaissance.

43. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-103(a)(4) définit la "banque réceptrice" comme étant "la banque à laquelle est adressée l'instruction de l'expéditeur", et non comme étant la banque qui reçoit effectivement l'instruction. L'importance de cette distinction n'apparaît pas clairement dans l'Article 4A. Dans la plupart des contextes, le terme "banque réceptrice" semble inclure la banque du bénéficiaire mais, dans d'autres contextes, une distinction semble être opérée entre les deux (par exemple, l'article 4A-301(a)).

#### "Banque intermédiaire"

44. La définition de ce terme a été proposée par le Groupe de travail à sa dix-septième session et modifiée à la vingtième session par le groupe de rédaction (A/CN.9/317, par. 41; A/CN.9/329, par. 72). Elle s'écarte de celle qu'énonce la norme ISO 7982-1 sur trois points importants : premièrement, elle englobe toutes les banques réceptrices autres que la banque du donneur d'ordre et la banque du bénéficiaire, alors que la norme ISO 7982-1 n'inclut que les banques situées entre la banque réceptrice en question et la banque du bénéficiaire; deuxièmement, la norme ISO 7982-1 n'englobe que les banques situées entre la banque réceptrice et la banque du bénéficiaire "qui interviennent dans un transfert au cas où leur intervention est demandée par la banque expéditrice"; troisièmement, les banques de remboursement sont incluses dans la définition, bien que l'on puisse considérer que le transfert ne passe pas par elles et qu'elles ne sont pas situées dans la chaîne des ordres de paiement allant du donneur d'ordre à la banque du bénéficiaire (A/CN.9/329, par. 70 et 71). On se reportera aussi au paragraphe 9 du commentaire de l'article 1<sup>er</sup>.

45. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-104(b) définit la "banque intermédiaire" dans des termes presque identiques à ceux qui sont employés dans la Loi type.

#### "Fonds" ou "somme d'argent"

46. La définition proposée s'inspire de la définition donnée du mot "monnaie" à l'article 5-1 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (A/CN.9/318, par. 59). Toutefois, elle précise que ce mot vise le crédit porté sur un compte, ce qui est approprié dans le cas de la Loi type. La définition a été modifiée par le groupe de rédaction à la dix-neuvième session conformément à la proposition figurant dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.41 (art. 2, par. 16 du commentaire). A la vingtième session, il a été noté que la définition englobait l'ECU (A/CN.9/329, par. 73).

#### "Authentification"

47. L'objet de la procédure d'authentification est de permettre à la banque réceptrice de déterminer si l'ordre de paiement a été émis par l'expéditeur apparent. Même si l'ordre de paiement n'a pas été autorisé, l'expéditeur apparent sera obligé si les exigences de l'article 4-2 sont satisfaites, notamment la disposition suivante : "l'authentification prévue est une méthode commercialement raisonnable de protection contre les ordres de paiement non autorisés".

48. Il ressort de la définition retenue que l'authentification d'un ordre de paiement ne vise pas une authentification officielle par notaire ou son équivalent, interprétation qui pourrait être faite dans certains systèmes juridiques.

49. Elle diffère aussi de la définition de l'"authentification de message" qu'énonce la norme ISO 7982-1, en ce sens que l'authentification telle qu'elle est définie dans la Loi type n'englobe pas la validation de "tout ou partie du texte" d'un ordre de paiement, même si la plupart des techniques d'authentification électronique font les deux. Cette position a été confirmée par le Groupe de travail à sa vingtième session, parce que les problèmes posés par l'authentification de la source de l'ordre de paiement et par la vérification de l'exactitude de son contenu étaient des problèmes différents sur le plan juridique. Pour ce qui est de la source d'un message, la règle fondamentale énoncée à l'article 4-1 est que l'expéditeur apparent n'est pas lié par un ordre de paiement, sauf s'il a été émis par lui ou s'il en a autorisé l'émission. La notion d'authentification et son utilisation à l'article 4-2 servaient à décrire des situations dans lesquelles l'expéditeur apparent pourrait être lié par un ordre de paiement en dépit du fait que cet ordre n'avait été ni émis, ni autorisé par lui. Pour ce qui est des erreurs, le Groupe de travail a noté que la règle générale voulait que l'expéditeur soit lié par ce que recevait la banque réceptrice (A/CN.9/329, par. 77 à 79), bien que cette conclusion ne soit pas expressément énoncée dans le projet actuel d'article 4-1, ni dans aucune autre disposition de la Loi type. Le Groupe de travail a indiqué que, si l'on souhaitait que la Loi type libère l'expéditeur de cette responsabilité en raison de l'existence d'une procédure convenue par l'expéditeur et la banque réceptrice permettant de détecter des erreurs dans l'ordre de paiement ou une altération de cet ordre, il fallait l'énoncer séparément dans la Loi type. A sa vingt et unième session, le Groupe de travail a décidé que, lors de l'examen de l'article 4, il examinerait les questions relatives à la vérification de la conformité du contenu de l'ordre de paiement reçu avec le contenu de l'ordre de paiement expédié (A/CN.9/341, par. 81). On se reportera aux paragraphes 20 à 25 du commentaire de l'article 4.

50. Le Groupe de travail a convenu à sa vingtième session que, si l'article 10 était conservé, la définition de l'authentification s'appliquerait à la révocation des ordres de paiement. Toutefois, une certaine opposition s'étant manifestée à propos du mécanisme prévu à l'article 10, les mots "ou de la révocation d'un ordre de paiement" ont été placés entre crochets (A/CN.9/329, par. 76 et 184 à 186).

51. La définition adoptée par le Groupe de travail à sa dix-huitième session et modifiée à sa vingtième session dispose que la procédure d'authentification est le produit d'un accord; une procédure appliquée unilatéralement par la banque réceptrice ne remplit pas les conditions requises pour être une authentification (A/CN.9/318, par. 75, 76 et 94; A/CN.9/329, par. 74 et 76). Un tel accord peut être incorporé au règlement d'une chambre de compensation ou d'un système de transmission de messages, ou bien prendre la forme d'un accord bilatéral entre l'expéditeur et la banque réceptrice. Aux termes de l'article 4-2, la procédure d'authentification doit être "commercialement raisonnable" pour que l'expéditeur apparent soit lié par un ordre de paiement non autorisé; l'expéditeur ne peut être lié par une procédure qui ne serait pas commercialement raisonnable (voir les paragraphes 7 à 9 du commentaire de l'article 4).

52. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-201 définit la "procédure de sécurité" dans des termes similaires à ceux de la définition de l'"authentification", mis à part le fait qu'elle s'applique également à une procédure visant à "détecter des erreurs dans la transmission ou le contenu de l'ordre de paiement ou de la communication". Cet article énumère ensuite plusieurs exemples de ce que peut exiger la procédure de sécurité et dispose expressément que la comparaison d'une signature n'est pas en soi une procédure de sécurité.

#### "Date d'exécution"

53. Il n'existe pas de terme équivalent dans la norme ISO 7982-1, sauf dans la mesure où le terme "date de valeur", c'est-à-dire "la date à laquelle les fonds doivent être à la disposition de la banque réceptrice", sert, dans un ordre de paiement, à indiquer la date à laquelle la banque réceptrice doit exécuter l'ordre (voir A/CN.9/341, par. 82).

54. La date d'exécution est la date à laquelle un ordre de paiement donné doit être exécuté par la banque réceptrice et non la date à laquelle la banque réceptrice l'a exécuté, si ces dates sont différentes. On se reportera aux paragraphes 27 et 28 du commentaire de l'article 4. Un virement pouvant donner lieu à plusieurs ordres de paiement, chacun de ces ordres de paiement peut avoir une date d'exécution et ces dates d'exécution peuvent être différentes les unes des autres.

55. A ses dix-huitième et dix-neuvième sessions, le Groupe de travail s'est attaché à définir avec soin le terme "date d'exécution", compte tenu notamment de son utilisation à l'article 9 (A/CN.9/318, par. 104 à 106; A/CN.9/328, par. 76 à 91; voir également A/CN.9/WG.II/WP.44, par. 27 à 31 du commentaire de l'article 2, dans lesquels le débat antérieur est résumé). La définition actuelle a été adoptée par le Groupe de travail à sa vingtième session (A/CN.9/329, par. 81 et 182). Quant à la date à laquelle la banque réceptrice est tenue d'exécuter l'ordre de paiement en application de l'article 9, on se reportera aux paragraphes 5 et 12 du commentaire de l'article 9.

56. Le texte actuel de la Loi type ne dit pas en quoi consiste l'exécution de l'ordre de paiement par la banque réceptrice. Une proposition faite à la vingt et unième

session tendant à ajouter à la Loi type une telle définition n'a pas reçu un appui suffisant (A/CN.9/341, par. 80). Lorsque la banque réceptrice n'est pas la banque du bénéficiaire, on peut supposer que l'ordre est exécuté lorsque la banque réceptrice expédie un ordre de paiement visant à exécuter l'ordre reçu (on comparera l'article 5-2 d à l'article 6-2). Lorsque la banque réceptrice est la banque du bénéficiaire, il est probable que l'on entendra par exécution l'acceptation de l'ordre de toutes les manières prévues à l'article 7-1. Si l'expéditeur souhaite spécifier la date à laquelle les fonds peuvent être mis à la disposition du bénéficiaire, il lui faudra spécifier une "date de disponibilité". Le mot "exécuter", sous ses diverses formes, est employé dans le projet de loi type à propos des ordres de paiement. En outre, il est fait référence à l'article 12-2 à l'exécution du virement et une définition de cette notion y figure.

57. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-301(b) définit la "date d'exécution" d'une manière qui, quant au fond, est identique à la définition qu'en donne actuellement la Loi type. L'article 4A-301(a) définit l'"exécution" par rapport à une banque qui n'est pas la banque du bénéficiaire. A l'inverse de ce qui se fait dans la Loi type, l'article 4A-301(a) dispose en outre que "l'ordre de paiement reçu par la banque du bénéficiaire peut être accepté, mais ne peut pas être exécuté". Cette différence dans l'expression ne semble pas aboutir à une différence quant au fond entre l'Article 4A et la Loi type.

#### "Date de disponibilité"\*

58. A la vingt et unième session, la question s'est posée de savoir si la loi type devait comporter des dispositions régissant l'utilisation d'une date de disponibilité et, par conséquent, si une définition était nécessaire (A/CN.9/341, par. 82 et 83). On a fait remarquer que, dans les ordres de paiement de SWIFT, l'espace correspondant à l'indication d'une telle date faisait défaut et que l'Organisation de normalisation (ISO) avait l'intention de supprimer toute référence à une date de disponibilité lors de la prochaine révision de ses normes. La date communément employée dans les ordres de paiement, a-t-on dit, était la date de valeur, c'est-à-dire la date à laquelle les fonds devaient être mis à la disposition de la banque réceptrice. La proposition tendant à ce que le terme "date d'exécution" tienne lieu de date de disponibilité n'a pas été adoptée au motif que, même si les ordres de paiement que les banques utilisaient entre elles ne permettaient pas d'indiquer la date de disponibilité, l'ordre de paiement initial expédié par le donneur d'ordre à sa banque pouvait indiquer une date particulière à laquelle les fonds devraient être versés au bénéficiaire.

59. A sa vingt et unième session, le Groupe de travail a remplacé le terme "*pay date*", qu'il avait utilisé précédemment pour indiquer la date à laquelle les fonds devaient être placés à la disposition du bénéficiaire, par "*payment date*" (A/CN.9/341, par. 83). Grâce à ce

\*Dans la version française, ce terme traduisait jusqu'à présent le terme "*pay date*" qui a été abandonné au profit de "*payment date*". On a néanmoins conservé "date de disponibilité" en français car ce terme semble mieux correspondre à la définition proposée.

changement, la terminologie utilisée dans la Loi type est désormais conforme à celle de l'Article 4A, mais elle s'écarte de celle de la norme ISO 7982-1, car c'est le terme "pay date" qui y est utilisé pour indiquer la date à laquelle les fonds doivent être mis à la disposition du bénéficiaire. La norme ISO 7982-1 utilise le terme "date de paiement" pour indiquer la date à laquelle un paiement a été exécuté. Le terme "payment date" figurait dans le texte avant la dix-septième session du Groupe de travail où il avait la même signification que dans la norme ISO 7982-1 mais, n'ayant plus été utilisé par la suite, il a été supprimé dans le texte révisé par le Secrétariat présenté à la dix-huitième session.

60. La définition de la "date de disponibilité" diffère de celle de la norme ISO 7982-1 en ce sens que, dans cette dernière, la date de disponibilité est la "date à laquelle les fonds doivent être à la disposition du bénéficiaire pour retrait en espèces". Dans la définition de la Loi type, la date de disponibilité est la date à laquelle "les fonds doivent être placés à la disposition du bénéficiaire" (voir A/CN.9/317, par. 43 et A/CN.9/341, par. 83). Cette définition ne précise pas quand, ni dans quelles circonstances, les fonds sont placés à la disposition du bénéficiaire, mais ils peuvent être à sa disposition même s'ils ne le sont pas pour retrait en espèces. L'exemple le plus évident est le cas où le virement est effectué dans une unité de compte, auquel cas il peut être à la disposition du bénéficiaire pour nouveau transfert, mais non en espèces, soit sous forme d'unité de compte, soit en monnaie locale.

61. A la vingt et unième session, cette définition a été modifiée afin qu'il soit clair que la date de disponibilité liant la banque réceptrice est la date spécifiée dans l'ordre de paiement qu'elle a reçu. On se reportera aux documents A/CN.9/WG.IV/WP.46, par. 37 du commentaire de l'article 2, et A/CN.9/341, par. 83. Si la date de disponibilité spécifiée dans un ordre de paiement reçu par une banque intermédiaire ou par la banque du bénéficiaire n'est pas conforme à la date de disponibilité spécifiée par le donneur d'ordre, la banque où s'est produit le changement de date répondra de l'erreur. Pour ce qui concerne l'importance d'une date de disponibilité figurant dans un ordre de paiement antérieur à celui qu'a reçu la banque du bénéficiaire, on se reportera au paragraphe 17 du commentaire de l'article 9.

62. A sa vingt et unième session, le Groupe de travail est convenu de réexaminer la question conjointement avec les articles 9 et 12 et a donc décidé d'adopter, à titre provisoire, le texte actuel (A/CN.9/341, par. 84). On se reportera au paragraphe 18 du commentaire de l'article 9.

63. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-401 donne une définition plus large de la "date de disponibilité" en ce sens qu'il s'agit du "jour où le montant de l'ordre est payable au bénéficiaire par la banque du bénéficiaire". On peut en conclure que le jour en question est le jour indiqué dans l'ordre de paiement reçu et non le jour indiqué dans l'ordre de paiement du donneur d'ordre. Le commentaire officiel indique que la date de disponibilité peut être exprimée de diverses manières, et que cela inclut vraisemblablement le recours à un type de système de virement où un calendrier fixe d'un certain nombre de jours est prévu pour le traitement des ordres de paiement.

### Article 3. *Contenu de l'ordre de paiement*

(Supprimé)

#### *Examen antérieur*

A/CN.9/297, par. 37 et 38

A/CN.9/317, par. 49 à 68

A/CN.9/329, par. 87 à 93

A/CN.9/341, par. 85

#### *Commentaire*

1. L'article 3 du projet de règles types établi par le Secrétariat et soumis au Groupe de travail à sa dix-septième session était intitulé "Forme et contenu de l'ordre de paiement". A la lumière des débats de cette session (A/CN.9/317, par. 49 à 68), on a transféré la substance des paragraphes 1 et 2 de l'article 3 à la définition de l'"ordre de paiement" de la version remaniée établie pour la dix-huitième session du Groupe de travail. En particulier, conformément à une suggestion avancée à la dix-septième session du Groupe de travail, on a inclus dans la définition du terme "ordre de paiement" les éléments de données minimums requis pour qu'un message puisse être considéré comme un ordre de paiement (A/CN.9/317, par. 54). Ce faisant, on s'est efforcé de donner au texte une dimension didactique.

2. A la dix-neuvième session, le groupe de rédaction a décidé de ne plus faire figurer les éléments de données minimums requis dans la définition de l'ordre de paiement car un message risquait de n'être pas considéré comme un ordre de paiement si l'un quelconque des éléments de données énumérés n'y figurait pas (A/CN.9/328, par. 145; on se reportera au document A/CN.9/WG.IV/WP.41, art. 2, par. 18 du commentaire). Il a aussi décidé d'énoncer à l'article 3 les éléments de données minimums requis.

3. A sa vingtième session, le Groupe de travail s'est demandé si des éléments de données supplémentaires pourraient devenir obligatoires, notamment des renseignements sur la provision et l'identification du donneur d'ordre et de la banque du donneur d'ordre (A/CN.9/329, par. 87 et 88). Après avoir débattu de la question, le Groupe de travail a décidé de supprimer l'article 3 dans son intégralité (A/CN.9/329, par. 93). Les problèmes liés aux ordres de paiement incomplets sont maintenant traités aux articles 6-4 et 8-3.

4. Le Groupe de travail a également décidé de traiter dans une autre disposition la question de savoir s'il convenait d'indiquer dans l'ordre de paiement, à l'intention de la banque réceptrice, que cet ordre de paiement faisait partie d'un virement international (A/CN.9/329, par. 93 et A/CN.9/341, par. 85).

## CHAPITRE II. OBLIGATIONS DES PARTIES

### Article 4. *Obligations de l'expéditeur*

1) L'expéditeur apparent est lié par un ordre de paiement [ou par la révocation d'un ordre de paiement]

s'il est émis par lui ou par une autre personne ayant pouvoir de le lier.

2) Lorsque l'ordre de paiement doit faire l'objet d'une authentification, l'expéditeur apparent qui n'est pas lié en application du paragraphe 1 est néanmoins lié :

a) Si l'authentification prévue est une méthode commercialement raisonnable de protection contre les ordres de paiement non autorisés; et

b) *Supprimé*

c) Si la banque réceptrice a appliqué la procédure d'authentification.

3) L'expéditeur apparent n'est toutefois pas lié par le paragraphe 2 s'il prouve que l'ordre de paiement tel qu'il a été reçu par la banque réceptrice résulte des actes d'une personne autre qu'un employé ou ancien employé de l'expéditeur apparent, à moins que la banque réceptrice ne puisse prouver que l'ordre de paiement résulte des actes d'une personne ayant obtenu accès à la procédure d'authentification en raison d'une faute de la part de l'expéditeur apparent.

4) L'expéditeur est tenu de payer à la banque réceptrice le montant de l'ordre de paiement à compter du moment où la banque réceptrice l'accepte, mais ce paiement n'est pas dû avant la date d'exécution, sauf convention contraire.

#### *Examen antérieur*

A/CN.9/297, par. 39 à 45 et 69

A/CN.9/317, par. 57, 69 à 79 et 84

A/CN.9/318, par. 70 à 109

A/CN.9/329, par. 94 à 111

A/CN.9/341, par. 86 à 103

#### *Commentaire*

1. Les paragraphes 1 à 3 indiquent les cas où l'expéditeur apparent d'un ordre de paiement est obligé par ledit ordre. Le paragraphe 4 énonce la seule obligation de l'expéditeur découlant d'un ordre de paiement par lequel il est obligé, à savoir, en payer le montant à la banque réceptrice.

#### *Paragraphe 1*

2. Le paragraphe 1 énonce la règle fondamentale selon laquelle l'expéditeur apparent est obligé par un ordre de paiement dûment autorisé. La question de savoir si l'expéditeur effectif a pouvoir de lier l'expéditeur apparent sera tranchée par la loi applicable et non par la Loi type. En outre, pour ce qui est de savoir quel est l'Etat dont la loi serait applicable, il a été décidé, à la vingt et unième session, que la question ne serait pas déterminée par l'article 15 (A/CN.9/341, par. 46 et 47; voir aussi le paragraphe 10 du commentaire sur l'article 15).

3. Conformément aux mots "ou par la révocation d'un ordre de paiement", l'expéditeur apparent est aussi lié par une révocation dûment autorisée d'un ordre de paiement. Ces mots ont été placés entre crochets en attendant qu'il

soit décidé de conserver ou non l'article 10 (A/CN.9/329, par. 96).

4. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-202 énonce une règle sensiblement identique à celle qui figure au paragraphe 1.

#### *Paragraphe 2*

5. Le paragraphe 2 constitue une exception au paragraphe 1 mais, du point de vue des opérations bancaires, il énonce la règle fondamentale. Dans la quasi-totalité des cas, un ordre de paiement doit être authentifié. S'il est dûment authentifié, cela signifie qu'il est dûment autorisé et la banque réceptrice y donnera suite. Même si l'ordre de paiement n'a pas été dûment autorisé en application du paragraphe 1, l'expéditeur apparent est obligé par l'ordre si les exigences énoncées au paragraphe 2 sont satisfaites (voir A/CN.9/341, par. 86).

6. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de supprimer les mots "lorsque l'ordre de paiement doit faire l'objet d'une authentification", dans le chapeau du paragraphe 2. Ces mots faisaient partie d'un amendement technique apporté à la vingt et unième session pour parer à l'éventualité d'une interprétation du paragraphe 2 — tel que libellé dans le projet dont était alors saisi le Groupe de travail — selon laquelle, même si l'ordre de paiement avait été autorisé en application du paragraphe 1, l'expéditeur n'était obligé que si les exigences énoncées au paragraphe 2 étaient aussi satisfaites (A/CN.9/341, par. 86; voir A/CN.9/WG.IV/WP.46, par. 9 du commentaire sur l'article 4). Ces mots ne semblent pas nécessaires pour obtenir le résultat voulu à la vingt et unième session. La question de savoir quand un ordre de paiement doit faire l'objet d'une authentification ne s'en trouve en outre pas résolue, question qu'il n'est d'ailleurs pas nécessaire de soulever.

7. La première exigence, énoncée à l'alinéa a, est la suivante : l'authentification prévue doit être une méthode commercialement raisonnable. Durant le débat lors de la dix-huitième session du Groupe de travail, on est parti de l'hypothèse que c'était la banque réceptrice qui déterminait le type d'authentification qu'elle était disposée à accepter de l'expéditeur (A/CN.9/318, par. 75). Aussi était-elle tenue de faire en sorte que la procédure d'authentification soit au moins commercialement raisonnable. Si elle était disposée à accepter un ordre de paiement, même sans authentification commercialement raisonnable, elle devait accepter le risque que l'ordre de paiement n'ait pas été autorisé conformément au paragraphe 1 (A/CN.9/341, par. 94).

8. A la dix-huitième session du Groupe de travail, les participants sont convenus que l'expéditeur et la banque réceptrice ne pouvaient s'accorder sur une norme inférieure (A/CN.9/318, par. 75). A sa vingt et unième session, le Groupe de travail a noté qu'à cette session il avait adopté un nouvel article 16 énonçant le principe général de la liberté contractuelle sauf disposition contraire de la Loi type, et qu'il avait décidé de réexaminer chacun des articles de fond afin de déterminer si les dispositions précédemment énoncées quant aux effets d'un accord

entre les parties devraient ou non être retenues (A/CN.9/341, par. 93). Il a donc décidé d'ajouter au paragraphe 2 une disposition précisant que les parties ne seraient pas autorisées à convenir de l'utilisation d'une méthode d'authentification qui n'était pas commercialement raisonnable (A/CN.9/341, par. 96). Cette décision pourrait être appliquée par l'insertion d'une nouvelle phrase ainsi rédigée :

"Les dispositions du présent paragraphe ne peuvent pas être modifiées par voie d'accord."

9. On n'a pas essayé d'énoncer de critère permettant de déterminer ce qu'était une procédure d'authentification commercialement raisonnable. Ce critère serait objectif puisque les parties ne pourraient pas le modifier par voie d'accord. Toutefois, le caractère commercialement raisonnable d'une procédure d'authentification serait fonction de facteurs propres à l'ordre de paiement, notamment des facteurs suivants : l'ordre de paiement était-il sur papier ou oral, sous forme de message télex ou de transfert de données, quel était son montant et quelle était l'identité de l'expéditeur apparent, les parties avaient-elles déclaré dans leur accord qu'elles choisissaient une procédure moins protectrice que d'autres procédures existantes et avaient-elles notamment expliqué les raisons de leur décision ? Ces facteurs pourraient aider un tribunal à déterminer si le critère choisi était commercialement raisonnable. On pourrait ainsi juger particulièrement important le fait qu'un expéditeur à qui la banque réceptrice offre, pour un prix raisonnable, une autre procédure d'authentification, manifestement commercialement raisonnable, choisisse d'utiliser la procédure moins sûre pour des raisons personnelles. Le critère retenu pour déterminer ce qui est commercialement raisonnable pourrait en outre évoluer en fonction des progrès techniques. A la vingtième session du Groupe de travail, on a estimé que, vu l'imprécision des mots "commercialelement raisonnable" et le fait que ce concept était étranger à de nombreux systèmes juridiques, un commentaire écrit pourrait accompagner la Loi type, après son adoption par la Commission, qui donnerait des indications sur les facteurs dont il serait possible de tenir compte (A/CN.9/329, par. 98).

10. L'alinéa *b* énonçait précédemment une exigence selon laquelle le montant de l'ordre de paiement devrait être couvert par un solde créditeur disponible ou un découvert autorisé sur un compte approprié de l'expéditeur auprès de la banque réceptrice. Cette règle devait, estimait-on, offrir une certaine protection aux donneurs d'ordres dans certains pays. En limitant le montant pouvant être débité d'un compte, un client pouvait limiter la perte potentielle. De plus, en raison de cette limitation, on pouvait supposer, dans une certaine mesure, qu'un ordre de paiement excessivement important était le résultat d'une erreur ou d'une fraude (A/CN.9/318, par. 82 et 85 à 87; A/CN.9/329 par. 100 et 101).

11. A la vingtième session, une proposition tendant à supprimer l'alinéa *b* a été rejetée (A/CN.9/329, par. 100 et 101). A la vingt et unième session, il a été de nouveau proposé de supprimer l'alinéa *b* (A/CN.9/341, par. 87 à 91). Le principal argument que l'on a opposé au maintien de cette disposition était qu'il n'était pas possible de l'appliquer du point de vue des opérations de la banque

dans la mesure où celle-ci ne pouvait surveiller les comptes des expéditeurs en temps réel que si tous les débits et crédits concernant le compte en question étaient enregistrés en temps réel. Or, a-t-il été déclaré, même les banques où l'informatisation était le plus poussée, certains types d'ordres de paiement étaient traités par lots, avec pour conséquence que les débits et crédits étaient portés en compte périodiquement et, souvent, à la fin de chaque jour ouvrable. Les partisans du maintien de la disposition ont fait valoir que l'alinéa *b* énonçait une règle relative au partage des risques et non pas une règle de fonctionnement. A sa vingt et unième session, le Groupe de travail a d'abord décidé de restreindre l'application de l'alinéa *b* aux expéditeurs autres que les banques. Par la suite, lors de l'examen du paragraphe 3, il a décidé de supprimer l'alinéa *b* (voir ci-après les paragraphes 16 et 17 du commentaire).

12. La deuxième exigence, qui était antérieurement la troisième, est la suivante : la banque réceptrice doit avoir appliqué la procédure d'authentification. Si elle l'a fait mais que l'expéditeur ne l'a pas fait, la banque saura que l'ordre de paiement n'a pas été authentifié par l'expéditeur et devra donc le rejeter. Cependant, même si la banque ne s'est pas conformée à la procédure d'authentification, mais que l'ordre de paiement a été en fait autorisé, l'expéditeur apparent sera obligé en application du paragraphe 1. Le cas où l'alinéa *c* prendrait vraiment toute sa valeur serait celui envisagé au paragraphe 3, c'est-à-dire lorsqu'un ordre de paiement non autorisé a été dûment authentifié par l'expéditeur effectif, mais que la banque réceptrice n'a pas appliqué la procédure d'authentification. Dans ce cas, l'expéditeur ne serait pas lié en vertu du paragraphe 2 et il n'y aurait pas lieu de recourir au paragraphe 3.

13. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-202(*b*) énonce une règle essentiellement analogue mais comportant des précisions supplémentaires. L'alinéa *c* de l'article 4A-202 donne une indication de ce que serait une procédure "commercialelement raisonnable".

### *Paragraphe 3*

14. Deux versions de ce paragraphe ont été établies à la dix-huitième session du Groupe de travail (A/CN.9/318, par. 88 à 90). D'une manière générale, ceux qui souhaitent imposer à la banque réceptrice la majeure partie du risque au cas où une authentification aurait été falsifiée par un tiers connu ou inconnu étaient partisans de la variante A. Imposer la majeure partie du risque à la banque réceptrice était, a-t-il été déclaré, approprié car c'était normalement cette banque qui concevait la procédure d'authentification (voir le paragraphe 7 du commentaire). Quant à ceux qui souhaitent imposer à l'expéditeur la majeure partie du risque, ils se sont, dans l'ensemble, prononcés pour la variante B, jugée appropriée puisque c'était l'expéditeur qui choisissait le mode de transmission de l'ordre de paiement. En outre, la variante B inciterait les expéditeurs à protéger la clef d'authentification ou de codage en leur possession.

15. Le paragraphe 3 a été de nouveau examiné à la vingtième session, où plusieurs nouvelles propositions ont

été formulées (A/CN.9/329, par. 103 à 108). Cependant, faute de parvenir à un accord, le Groupe de travail n'a pas modifié le texte.

16. Le texte actuel a été adopté à la vingt et unième session (A/CN.9/341, par. 97 à 101). Le paragraphe 3 vise le cas relativement rare où un ordre de paiement, authentifié conformément au paragraphe 2, n'a pas été autorisé conformément au paragraphe 1. L'expéditeur apparent doit alors prouver que l'ordre de paiement résulte des actes d'une personne autre qu'un de ses employés ou anciens employés pour ne pas assumer la perte. Pour apporter cette preuve, l'expéditeur apparent ne devait pas nécessairement établir qui avait envoyé l'ordre de paiement; le fait que celui-ci ne pouvait résulter des actes d'un de ses employés ou anciens employés pourrait être prouvé par d'autres moyens. Une fois que l'expéditeur apparent aurait apporté cette preuve, la banque réceptrice devrait, pour lui faire néanmoins assumer la perte, prouver que l'authentification avait été obtenue en raison d'une faute de sa part.

17. La nouvelle version du paragraphe 3 ayant été adoptée, le Groupe de travail a décidé de supprimer l'alinéa b du paragraphe 2 (voir plus haut le paragraphe 11).

18. Après des délibérations prolongées à sa vingt et unième session, le Groupe de travail a décidé qu'il laisserait les parties libres de modifier contractuellement les dispositions du paragraphe 3, comme il est prévu à l'article 16. Selon un avis, il ne fallait pas permettre de modifications des dispositions qui soient préjudiciables aux expéditeurs autres que les banques. Selon un avis opposé, il ne fallait pas limiter l'étendue des modifications pouvant être apportées au paragraphe 3 par voie d'accord entre les parties. Toutefois, ledit accord ne devrait pas être inséré dans les conditions générales de la banque réceptrice, mais dans un contrat distinct conclu entre l'expéditeur apparent et la banque réceptrice. Les délégations qui ont émis de fortes réserves concernant la décision de laisser les parties libres de modifier les dispositions du paragraphe 3 par voie d'accord craignaient que cette décision ne réduise sérieusement les chances d'acceptation de la Loi type par le législateur.

19. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-203 est essentiellement le même que le paragraphe 3, mais favorise légèrement plus la banque réceptrice.

#### *Erreurs dans l'ordre de paiement ou altérations de son contenu*

20. Dans le document de travail présenté au Groupe de travail à sa vingtième session, des propositions ont été faites quant à la manière dont l'authentification, définie à l'article 2 et utilisée à l'article 4 pour ce qui est de l'identification de l'expéditeur, pourrait être aussi utilisée en cas d'erreur dans l'ordre de paiement ou d'altération de son contenu pendant sa transmission (A/CN.9/WG.IV/WP.44, art. 2, par. 23 du commentaire et art. 4, par. 10 du commentaire). Le Groupe de travail n'a pas accepté la proposition selon laquelle une authentification ainsi définie devrait être utilisée pour ces deux fins. En effet, si l'on

souhaitait que la Loi type libère l'expéditeur de sa responsabilité fondée sur le contenu de l'ordre de paiement tel qu'il avait été reçu en raison de l'existence d'une procédure convenue par l'expéditeur et la banque réceptrice ayant détecté l'erreur ou l'altération, il fallait l'énoncer séparément dans la Loi type (A/CN.9/329, par. 70). A sa vingt et unième session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de proposer un texte qui traduirait cette idée et qu'il examinerait à sa vingt-deuxième session.

21. Si le Groupe de travail souhaite inclure une telle règle, il semblerait approprié de l'insérer à l'article 4 après l'actuel paragraphe 3. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la proposition suivante :

"Un expéditeur qui est obligé par un ordre de paiement est obligé par les termes de l'ordre reçu par la banque réceptrice. Cependant, si l'expéditeur et la banque réceptrice ont convenu d'une procédure pour la détection d'erreurs dans un ordre de paiement, l'expéditeur n'est pas obligé par l'ordre de paiement si l'utilisation de la procédure par la banque réceptrice a ou aurait permis de détecter l'erreur."

22. La première phrase indique clairement que l'expéditeur assume le risque que les termes de l'ordre de paiement reçu par la banque réceptrice ne correspondent pas à ce qu'il entendait envoyer ou a effectivement envoyé. La différence peut résulter d'une erreur de l'expéditeur ou provenir du fait que le contenu de l'ordre de paiement a été modifié après son envoi. La deuxième phrase énonce les cas où l'expéditeur ne serait pas obligé par les termes de l'ordre de paiement, tel qu'il a été reçu. Pour cela, il faut que l'expéditeur et la banque réceptrice aient convenu de l'utilisation d'une procédure permettant de révéler certaines des erreurs ou toutes les erreurs figurant dans l'ordre de paiement. Contrairement à ce qui se passe dans le cas de la procédure d'authentification, il ne serait pas nécessaire que la procédure soit commercialement raisonnable, ou qu'elle vise à révéler toutes les erreurs. D'autre part, il n'est pas indiqué que la procédure doit contraindre l'expéditeur à prendre des mesures; la seule question est de savoir si l'utilisation de la procédure par la banque réceptrice pour l'ordre de paiement reçu a décelé l'erreur ou, dans le cas où la banque réceptrice n'a pas utilisé la procédure, si son utilisation aurait permis de déceler l'erreur. Le mot "erreur" s'entend de toutes les différences entre l'ordre de paiement tel qu'il était envisagé et l'ordre de paiement tel qu'il a été reçu, quelle que soit la source de la différence. Dans une certaine mesure, le paragraphe proposé va dans le même sens que les paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 6 et les paragraphes 2, 3, 4 et 5 de l'article 8 lorsque l'erreur dans l'ordre de paiement porte sur l'objet de ces dispositions. Cependant, le paragraphe proposé pourrait, dans la plupart des cas, s'appliquer à une erreur portant sur le montant à transférer lorsque ce montant n'a été exprimé qu'en chiffres.

23. La délégation du Royaume-Uni a proposé un autre libellé, ainsi rédigé :

"Lorsque l'expéditeur et une banque réceptrice sont convenus qu'un ordre de paiement fera l'objet d'une procédure permettant de déceler des erreurs, et que l'expéditeur applique cette procédure, il n'est pas obligé

par l'ordre de paiement lorsque la banque, si elle avait également appliqué la procédure, aurait découvert que

a) l'ordre de paiement désignait un bénéficiaire autre que celui qui avait été choisi par l'expéditeur; ou

b) l'ordre de paiement était une copie erronée d'un ordre de paiement déjà envoyé par l'expéditeur.

Si l'erreur que la banque aurait décelée était que l'expéditeur avait donné pour instruction de payer un montant supérieur à celui qu'il entendait verser, l'obligation de l'expéditeur ne porte que sur le montant qu'il entendait verser."

24. La délégation du Royaume-Uni a signalé que le nouveau paragraphe proposé ne portait pas sur les ordres de paiement mal dirigés qui faisaient l'objet du paragraphe 3 de l'article 6 et du paragraphe 2 de l'article 8, et a proposé qu'un amendement soit apporté à sa précédente proposition sur ce point. Voir les paragraphes 8 à 11 du commentaire sur l'article 6, le paragraphe 6 du commentaire sur l'article 8 et les paragraphes 10 et 11 du commentaire sur l'article 9.

25. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-205 énonce les effets d'un "ordre de paiement... transmis conformément à une procédure de sécurité visant à déceler des erreurs" qui sont analogues aux effets décrits au paragraphe 2 de l'article 4 pour un ordre de paiement non autorisé, mais authentifié. Si les fonds n'ont pas été transférés au bénéficiaire voulu ou s'il s'agissait d'une copie de l'ordre, "la banque réceptrice a le droit de réclamer au bénéficiaire tout montant qui lui a été versé dans les limites autorisées par la loi régissant les erreurs et la restitution". Si, par contre, le transfert a porté sur un montant trop élevé, la banque réceptrice peut demander au bénéficiaire "le remboursement du trop-perçu". La disposition de l'article 4A-205 qui concerne la restitution figure déjà, dans une certaine mesure, à l'alinéa b de l'article 11, bien que cet alinéa permette à chaque expéditeur de se faire rembourser par la banque réceptrice et non par le bénéficiaire. Cette différence d'approche s'explique en partie par le fait qu'en principe la Loi type ne régit pas les droits et obligations du bénéficiaire.

#### *Paragraphe 4*

26. La distinction entre l'obligation qu'a l'expéditeur de payer la banque réceptrice, qui naît lorsque cette dernière accepte l'ordre de paiement, et le fait que le paiement est dû à compter de la date d'exécution n'est pertinente que lorsque cette dernière date se situe dans l'avenir. Cette disposition pose deux problèmes distincts : l'obligation de l'expéditeur lorsque la banque réceptrice ne paie pas à la date d'exécution et l'obligation de l'expéditeur lorsque la banque réceptrice accepte l'ordre de paiement avant la date d'exécution.

27. Aux dix-huitième et vingtième sessions, l'emploi du terme "date d'exécution" pour désigner la date à laquelle l'expéditeur était tenu de mettre les fonds à la disposition de la banque réceptrice a été contesté au motif que la date d'exécution était définie à l'article 2 k comme étant la date à laquelle la banque réceptrice était tenue de s'acquitter de son obligation et non la date à laquelle elle s'en

acquittait effectivement (A/CN.9/318, par. 104; A/CN.9/329, par. 109). A la vingtième session, il a été répondu que, si l'expéditeur devrait être tenu de payer à la date d'exécution, il devrait recevoir un intérêt en application de l'article 12 pour tout retard dans l'exécution de l'ordre par la banque réceptrice. Cette dernière suggestion semble avoir été considérée comme la conséquence naturelle du texte de la Loi type tel que rédigé actuellement.

28. On peut douter qu'une banque réceptrice accepte souvent des ordres de paiement pour exécution avant la date d'exécution, à moins que l'expéditeur n'ait déjà payé le montant correspondant. Toutefois, si la banque réceptrice exécute l'ordre avant la date d'exécution, elle l'accepte au moment où elle l'exécute. L'expéditeur ne peut alors plus révoquer l'ordre (par. 1 et 2 de l'article 10) et est tenu de payer le montant correspondant, mais la banque réceptrice ne peut débiter le compte de l'expéditeur ou exiger de toute autre manière le paiement correspondant à l'ordre avant la date d'exécution.

29. A la vingtième session, il a été noté que l'obligation qu'a l'expéditeur de payer ne devrait porter que sur le montant de l'ordre de paiement et non sur tous frais ou dépenses. Cette question n'a toutefois pas été tranchée. Référence a été faite à la manière dont elle est traitée à l'article 14-3 (A/CN.9/329, par. 110). On se reportera à l'examen de l'article 14-3 dont il est rendu compte aux paragraphes 15 et 16 du commentaire de l'article 14 ci-dessous.

30. *Comparaison avec l'Article 4A.* Les alinéas b et c de l'article 4A-402 sont, pour l'essentiel, identiques aux dispositions de la Loi type. Y sont cependant énoncées des exceptions à l'obligation faite à l'expéditeur de payer dans divers cas d'ordre de paiement erroné.

#### *La notion de paiement et la compensation*

31. Le texte actuel de la Loi type ne contient aucune disposition indiquant quand et comment un expéditeur paie le montant de l'ordre de paiement, comme il est tenu de le faire en vertu du paragraphe 4. Cette lacune peut entraîner des problèmes pour l'application des articles 5-2 a et 7-1 a au titre desquels la banque réceptrice accepte un ordre de paiement en ne donnant pas d'avis de rejet si, et uniquement si, elle a reçu paiement de l'expéditeur. Les seuls débats pertinents ont porté sur la compensation.

32. A sa dix-neuvième session, le Groupe de travail a examiné, à titre préliminaire, l'opportunité de prévoir dans la Loi type une disposition concernant les opérations de compensation. Il a noté que d'importantes études avaient été entreprises ailleurs sur cette question, notamment par un comité des banques centrales du Groupe des Dix, présidé par le Directeur général de la Banque des règlements internationaux (BRI). Le Secrétariat a donc été prié de suivre ces travaux, de faire rapport au Groupe de travail sur les conclusions qui s'en dégageraient et de soumettre un projet de texte qui pourrait être incorporé à la Loi type si cela semblait justifié (A/CN.9/328, par. 61 à 65; voir A/CN.9/WG.IV/WP.42, par. 47 à 57). A sa vingt et unième session, le Groupe de travail a noté qu'il devrait peut-être poursuivre la mise au point de dispositions sur

les systèmes de compensation monétaire sans attendre l'étude de la BRI, si elle ne lui était pas communiquée rapidement (A/CN.9/341, par. 53). On pensait que les personnes qui participaient aux travaux de la BRI sur les opérations de compensation et qui étaient également membres du Groupe de travail présenteraient un texte au Secrétariat qui serait incorporé au présent rapport. Malheureusement, cela n'a pas été possible. Cependant, quelques commentaires ont été formulés sur la notion de paiement ainsi que sur les opérations de compensation, compte tenu des répercussions qu'elles auraient sur le texte actuel de la Loi type.

33. Habituellement, dans le cas d'un transfert à grande vitesse et à forte valeur, les banques émettrice et réceptrice débitent et créditent les comptes que chacune détient auprès de l'autre ou dans une banque tierce. Ces opérations peuvent engendrer une ou plusieurs des quatre situations suivantes :

a) L'expéditeur a un compte auprès de la banque réceptrice. La banque réceptrice est payée par débit de ce compte. Puisque la banque réceptrice ne débite le compte que si celui-ci a un solde créditeur ou si elle est disposée à faire crédit à l'expéditeur, il semblerait raisonnable de considérer que ladite banque est payée par l'expéditeur lorsqu'elle débite son compte.

b) La banque réceptrice a un compte chez l'expéditeur. Dans ce cas, l'expéditeur paie la banque réceptrice en créditant le compte qu'elle détient chez lui. Normalement, on devrait considérer que la banque réceptrice est payée lorsque le compte a été crédité, opération qui pourrait précéder l'envoi de l'ordre de paiement. Toutefois, le montant de cet ordre de paiement, seul ou ajouté à celui d'autres ordres de paiement envoyés par la banque émettrice peut, du fait de son importance, créer un solde créditeur plus élevé que celui que la banque réceptrice est disposée à maintenir chez l'expéditeur. Il peut donc être souhaitable d'instituer une règle selon laquelle, dans ce cas, le paiement n'est effectué que lorsque la banque réceptrice retire le crédit (ce qui pourrait être éventuellement calculé sur une base premier entré, premier sorti), ou lorsqu'un certain délai s'est écoulé après que le compte a été crédité ou après que la banque réceptrice a été informée du virement.

c) Les fonds sont virés sur le compte que la banque réceptrice détient dans une banque tierce, cas essentiellement identique à celui où les fonds sont virés sur le compte que la banque réceptrice détient chez l'expéditeur. Les mêmes règles pourraient donc s'appliquer.

d) La banque tierce où le compte de la banque réceptrice est crédité est la banque centrale ou son équivalent. Dans ce cas, on peut estimer que le paiement a été effectué lorsque le compte de la banque réceptrice a été crédité.

34. On recourt à la compensation quand il n'est pas possible ou pas souhaitable, pour une raison ou une autre, d'effectuer un paiement en débitant ou en créditant un compte pour chaque transaction, par les procédés décrits ci-dessus. La compensation est une procédure par laquelle deux transactions ou plus, engendrant des obligations et des droits sur le plan financier entre deux parties ou plus pendant un certain temps ou devant être exécutées à une

date déterminée, sont réglées en calculant et en versant le montant net dû par le ou les participants qui, une fois les soldes tirés, demeurent débiteurs. La compensation peut servir à réduire le nombre de messages entre participants pour une transaction sans pour autant changer la nature juridique de chacune des obligations. On parle souvent à ce propos de "compensation de positions". Jusqu'au règlement définitif entre les participants par transfert d'un montant net unique par le participant ayant un solde débiteur, chacun doit à l'autre les montants bruts correspondant à chaque transaction.

35. La compensation peut aussi être structurée de manière à regrouper les différentes obligations juridiques en une seule obligation portant sur le montant net. Ce genre de transformation est en général fonction de l'emploi de la notion de novation, bien que la compensation simple puisse être aussi utilisée dans certains systèmes juridiques. Dans quelques-uns d'entre eux, il est difficile de déterminer si, en cas de défaillance d'un des participants à la procédure de compensation avant le règlement des montants nets, le représentant légal de la personne insolvable (ou des créanciers de cette personne) serait tenu d'accepter la procédure de compensation ou s'il pourrait réclamer les montants bruts dus à ladite personne alors que les sommes brutes dont elle était redevable à l'autre ou aux autres participants ne seraient remboursables que dans le cadre de la procédure de liquidation.

36. Ce que l'on appelle la "compensation par liquidation" — procédure dans laquelle les obligations non échues entre deux banques sont réduites à une seule obligation nette lors de la survenance d'un événement synonyme de cessation de paiement, tel que la nomination d'un administrateur ou liquidateur judiciaire pour l'une des banques — s'applique aux contrats de change à terme mais non au système de paiement lui-même et n'a pas à être examinée dans le présent document.

37. Dans certains types de transactions financières, tels que l'achat et la vente de monnaies livrables à terme, une procédure de compensation bilatérale peut être envisagée. Ainsi, lorsque deux parties se vendent et s'achètent mutuellement, pendant la période en question, des livres contre des dollars, à échéance, l'une d'entre elles est tenue de livrer davantage de livres qu'elle n'a le droit d'en recevoir et l'autre est tenue de verser davantage de dollars qu'elle n'a le droit d'en recevoir. Les deux parties peuvent alors convenir de ne verser que les montants nets de livres dans un sens et de dollars dans l'autre, ce qui évite à chacune d'avoir à verser à l'autre les montants bruts qu'elles ont vendus en livres et en dollars.

38. Les transferts à grande vitesse et à forte valeur ne s'effectuent pas, en règle générale, par compensation bilatérale. Cette procédure s'utilise plus souvent lorsque deux banques échangent des ordres de paiement en vrac par transmission manuelle de bandes magnétiques ou de supports similaires. Le fait de débiter ou de créditer un compte lors de l'envoi ou la réception d'un ordre de paiement produit sur le plan juridique des effets en de nombreux points semblables à ceux que l'on recherche en recourant à la compensation par novation, mais les mécanismes et les notions juridiques qui interviennent sont différents. Il

peut donc être souhaitable d'incorporer à la Loi type une disposition sur la compensation bilatérale.

39. *Comparaison avec l'Article 4A.* La disposition relative à la compensation bilatérale dans le texte définitif de l'article 4A-403(c) figure dans les deux premières phrases du projet de paragraphe 3 figurant au paragraphe 54 du document A/CN.9/WG.IV/WP.42.

40. La compensation multilatérale est une procédure courante dans les chambres de compensation qui pratiquent le règlement différé tel que les systèmes CHAPS et CHIPS. Ces chambres enregistrent la valeur des ordres de paiement envoyés et reçus par les participants pendant la journée. A la fin de la journée, elles calculent les montants nets dus par chacun des participants. Ces montants peuvent être calculés tout d'abord pour chaque transaction bilatérale effectuée par l'intermédiaire de la chambre, les différents soldes nets étant ensuite regroupés pour obtenir un montant net-net. Les montants nets-nets peuvent aussi être calculés directement. Ce sont alors les banques qui, sur une base nette-nette, sont débitrices, qui effectuent le règlement en transférant un montant suffisant sur un compte de règlement, montant qui est ensuite transféré sur le compte des banques qui, toujours sur une base nette-nette, sont créditrices. Le compte de règlement peut être ouvert auprès de la chambre de compensation elle-même, mais il est en général ouvert auprès de la banque centrale.

41. Les questions juridiques qui découlent d'une procédure de compensation multilatérale sont de deux types. Tout d'abord, on peut considérer que l'expéditeur a payé la banque réceptrice lorsque l'ordre de paiement est passé par la chambre de compensation, puisque la banque émettrice serait, à ce moment, débitée en vue du règlement à effectuer à la fin de la journée et la banque réceptrice serait créditée du même montant. On peut aussi considérer que l'expéditeur n'a effectué le paiement que lorsque la procédure est terminée, à la fin de la journée. La décision à prendre sur ce point dépendrait beaucoup du deuxième point, à savoir ce qui se passe si une des banques ayant un solde net débiteur n'est pas en mesure de virer sur le compte de règlement des fonds suffisants pour régler le solde impayé. Si la totalité ou une partie des transferts qui ont été effectués par le biais de la chambre de compensation doivent être inversés pour permettre le règlement des transferts restants, il est logique de conclure qu'un expéditeur n'a versé à la banque réceptrice le montant d'un ordre de paiement qu'à achèvement de l'opération de règlement. Si aucun transfert ne doit être inversé lorsqu'une banque ne peut faire face à ses obligations dans le règlement, soit parce que la banque centrale ou une autre entité compétente garantit le règlement, soit parce que toutes les banques participantes ont conclu un arrangement de répartition des pertes, on peut en déduire logiquement que la banque réceptrice est payée par l'expéditeur lorsqu'elle reçoit l'ordre de paiement par l'intermédiaire de la chambre de compensation.

42. Une disposition, dans la Loi type, relative à la compensation multilatérale pourrait régler une ou plusieurs des trois questions suivantes :

a) Les débits et les crédits résultant de l'envoi d'ordres de paiement par l'intermédiaire d'une chambre

de compensation doivent-ils, légalement, faire l'objet d'une procédure de compensation et, si tel est le cas, la procédure de compensation doit-elle être bilatérale entre banques expéditrice et réceptrice, ou multilatérale ?

b) Certains ou tous les ordres de paiement envoyés par l'intermédiaire d'une chambre de compensation doivent-ils être inversés lorsque l'une des banques participantes n'est pas en mesure de faire face à ses obligations dans la procédure de règlement ?

c) A quel moment doit-on considérer que l'expéditeur a payé la banque réceptrice ?

43. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-403(b), qui énonce les dispositions relatives à la procédure de compensation multilatérale, est reproduit au paragraphe 54 du document A/CN.9/WG.IV/WP.42. Le texte, dans la version définitive qui a été adoptée, n'a fait l'objet que de légères modifications de forme. En outre, l'article 4A-405(d) prévoit qu'une règle du système de transfert de fonds peut disposer que les paiements aux bénéficiaires de transferts de fonds effectués par le biais du système sont provisoires jusqu'à réception du montant par la banque du bénéficiaire de l'ordre de paiement qu'elle a accepté. Pour que la règle s'applique, il ne serait pas nécessaire que la banque du bénéficiaire soit la banque réceptrice de l'ordre de paiement transmis par le système de transfert de fonds. Cette règle irait probablement de pair avec un arrangement de compensation multilatéral.

44. Il convient de noter qu'un arrangement de règlement par l'intermédiaire d'une chambre de compensation peut être structuré de manière à éviter le recours au mécanisme de compensation décrit dans le présent document. On peut citer à titre d'exemple le Swiss Interbank Clearing (SIC), dont le cas est aussi examiné au paragraphe 35 du commentaire sur l'article 2, à propos de la définition du mot "banque". Au SIC, un compte est ouvert chaque matin pour chaque banque participante par transfert du compte de réserve que possède la banque à la Banque nationale suisse. Les ordres de paiement envoyés par la banque par l'intermédiaire du SIC sont débités de ce compte et les ordres de paiement reçus par le SIC pour cette banque sont crédités sur son compte. Les règles qui régissent les activités du SIC n'autorisent jamais un solde débiteur sur un compte, ce qui exclut tout risque financier pour d'autres banques participantes si une des banques doit cesser ses activités pendant la journée pour raison d'insolvabilité. En fait, le SIC est, du point de vue des opérations et, semble-t-il, d'un point de vue juridique, l'équivalent dans ce contexte limité d'une banque correspondante des banques émettrices et réceptrices. Pas conséquent, le moment où la banque émettrice paye la banque réceptrice serait déterminé de la façon qui est suggérée au paragraphe 33 du présent commentaire.

45. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-403 détermine le moment où un expéditeur paie une banque réceptrice dans les circonstances décrites ci-dessus. Cet article contient une disposition détaillée concernant les procédures de compensation et visant à intégrer la nouvelle règle du CHIPS qui réduit le risque que courent les banques de ne pouvoir faire face à leurs obligations

quand l'une d'entre elles n'est pas en mesure d'effectuer un règlement.

*Article 5. Acceptation ou rejet de l'ordre de paiement par la banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire*

1) Les dispositions du présent article s'appliquent à la banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire.

2) La banque réceptrice accepte l'ordre de paiement de l'expéditeur dès qu'intervient l'un des faits suivants:

a) Le délai dans lequel un avis de rejet devait être donné est venu à expiration sans qu'avis soit donné, à condition que l'acceptation ne se produise que lorsque la banque réceptrice a reçu paiement de l'expéditeur conformément aux dispositions de l'article 4-4;

b) La banque reçoit l'ordre de paiement, à condition que l'expéditeur et la banque soient convenus que la banque donnerait suite dès réception aux ordres de paiement émanant de l'expéditeur;

c) La banque notifie son acceptation à l'expéditeur; ou

d) La banque émet un ordre de paiement ayant pour objet l'exécution de l'ordre de paiement reçu.

3) La banque réceptrice qui n'accepte pas l'ordre de paiement de l'expéditeur, autrement qu'en application de l'alinéa 2 a, est tenue d'en donner avis à l'expéditeur, à moins qu'elle ne dispose pas d'éléments d'information suffisants pour l'identifier. Le rejet d'un ordre de paiement doit être notifié au plus tard à la date d'exécution.

*Examen antérieur*

- A/CN.9/297, par. 46 à 51
- A/CN.9/317, par. 80 à 84
- A/CN.9/318, par. 110 à 120 et 126 à 134
- A/CN.9/WG.IV/WP.42, par. 7 à 16
- A/CN.9/328, par. 12 à 16
- A/CN.9/329, par. 112 à 127
- A/CN.9/341, par. 53

*Commentaire*

1. A la dix-neuvième session, le groupe de rédaction a remanié en profondeur la partie du projet de Loi type traitant de l'acceptation de l'ordre de paiement par la banque réceptrice, ainsi que l'énoncé des obligations de la banque réceptrice. Dans la version remaniée du projet de Loi type, les articles 5 et 6 traitent de la banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire et les articles 7 et 8 traitent de la banque du bénéficiaire. La définition que donne l'article 2 g de la "banque réceptrice" étant rédigée de manière à englober la "banque du bénéficiaire", on a dû faire figurer le paragraphe 1 à l'article 5 afin qu'il soit clair que ce dernier ne s'applique pas à la banque du bénéficiaire.

*La notion d'acceptation*

2. Dans le projet établi par le Secrétariat pour la dix-huitième session du Groupe de travail, un certain nombre

de règles de fond dépendaient de l'acceptation de l'ordre de paiement par la banque réceptrice. Il est ressorti des débats de cette session que le Groupe de travail était profondément divisé sur le point de savoir si une telle notion était utile. D'un côté, on a fait valoir que cette notion offrait un moyen commode de qualifier par un même terme plusieurs mesures différentes prises par des banques réceptrices qui devraient entraîner les mêmes conséquences juridiques, de sorte qu'on pouvait l'employer dans plusieurs dispositions de fond. De l'autre côté, on a affirmé que l'emploi du mot "acceptation" n'était pas indispensable et qu'il poserait des problèmes dans de nombreux systèmes juridiques, car il semblait accrédi-ter l'idée que des actes de la banque réceptrice naissent un contrat.

3. Soucieux de contribuer à régler cette controverse, le Secrétariat a établi un rapport pour la dix-neuvième session du Groupe de travail où sont énoncés les critères permettant de déterminer le moment où la banque réceptrice a accepté l'ordre de paiement, ainsi que les conséquences de l'acceptation (A/CN.9/WG.IV/WP.42, par. 2 à 42). Cette question a été longuement examinée par le Groupe de travail à sa dix-neuvième session, à l'issue de laquelle il a décidé de conserver la notion d'acceptation (A/CN.9/328, par. 52).

4. On a proposé, lors de la vingtième session, que le mot "acceptation" soit défini mais cette proposition n'a pas reçu d'appui (A/CN.9/329, par. 112 et 113).

*Paragraphe 2*

5. A sa vingt et unième session, lorsqu'il a décidé que le virement s'achevait lorsque la banque du bénéficiaire acceptait l'ordre de paiement qui lui était adressé, avec les conséquences juridiques que cela entraînait, "le Groupe de travail n'a pas exclu la possibilité d'un réexamen de la question de l'acceptation de l'ordre de paiement telle qu'elle est énoncée aux articles 5 et 7..." (A/CN.9/341, par. 17).

*Alinéa a*

6. Le texte actuel de l'alinéa a a été adopté lors de la vingtième session (A/CN.9/329, par. 123 et 175). Il s'agit quant au fond d'une combinaison des paragraphes 1 et 2 a du texte issu des travaux de la dix-neuvième session (A/CN.9/328, annexe). Le paragraphe 1 de ce texte était lui-même composé d'éléments provenant des articles 5-1 et 7-1 du texte issu des travaux de la dix-huitième session (A/CN.9/318, annexe). Au fil de ces changements de présentation, le principe énoncé pour la première fois lors de la dix-huitième session est resté inchangé.

7. A l'exception de certaines obligations de notifier les erreurs, énoncées aux articles 6 et 8, la banque réceptrice n'est généralement tenue de donner suite à l'ordre de paiement qu'elle reçoit que si elle l'accepte. Néanmoins, puisque l'on peut s'attendre à ce que la banque réceptrice exécute l'ordre de paiement qu'elle reçoit, le paragraphe 3 dispose que la banque réceptrice qui n'accepte pas l'ordre de paiement est tenue d'en donner avis à l'expéditeur. (Voir les paragraphes 16 à 20 du commentaire.) Si

l'avis de rejet requis n'est pas donné, l'ordre de paiement est accepté en application de l'alinéa *a* du paragraphe 2.

8. L'un des points les plus délicats a été de savoir si la banque réceptrice devait être tenue de donner un avis de rejet lorsque le motif de la non-exécution de l'ordre de paiement est qu'elle n'a pas encore reçu le montant correspondant de l'expéditeur. A l'appui d'une telle obligation, on a déclaré que l'avis de rejet permettait d'informer un expéditeur de bonne foi qu'il y avait un problème à régler, lequel aurait pu passer inaperçu sans l'avis de rejet. Ne pas régler le problème pourrait avoir des conséquences néfastes pour l'expéditeur, pour le donneur d'ordre si l'expéditeur n'est pas le donneur d'ordre et pour le bénéficiaire. A l'encontre de cette obligation, on a avancé que, dans la plupart des cas, la non-réception du paiement résultait en fait uniquement d'un retard d'ordre technique, problème qui se réglait automatiquement. Le fait de notifier un rejet ou même de donner un avis de non-réception du paiement sans préciser qu'il sera suivi d'un rejet ne fera qu'ajouter à la masse des renseignements que se transmettent les banques et sera en soi une source supplémentaire de confusion. Dans tous les cas, l'expéditeur est censé savoir s'il a pris les dispositions voulues pour payer la banque réceptrice, que ce soit par débit d'un compte qu'il détient auprès de la banque réceptrice ou par crédit d'un compte que la banque réceptrice détient auprès de l'expéditeur ou d'une banque tierce.

9. Le Groupe de travail a décidé à sa dix-huitième session que la banque réceptrice n'était pas tenue de donner avis du rejet de l'ordre de paiement (désormais requis en application du paragraphe 3) si l'une des raisons de ce rejet était l'insuffisance de fonds (A/CN.9/318, par. 119). Cette décision a donné lieu, lors des dix-neuvième et vingtième sessions, à des discussions sur la signification des mots "insuffisance de fonds" et sur le point de savoir s'il fallait faire une distinction entre les différentes raisons pour lesquelles les fonds étaient insuffisants (A/CN.9/328, par. 15 et A/CN.9/329, par. 119 à 122). A l'issue de ces discussions, la référence à l'insuffisance de fonds a été supprimée du texte qui constitue désormais le paragraphe 3 (A/CN.9/329, par. 123 et 175). L'alinéa 2 *a* a été modifié de manière à énoncer que même si l'avis de rejet requis n'a pas été donné, l'ordre de paiement n'est accepté "que lorsque la banque réceptrice a reçu paiement de l'expéditeur conformément aux dispositions de l'article 4-4". On se reportera aux paragraphes 17 à 19 du présent commentaire pour le délai dans lequel l'avis de rejet doit être donné et aux paragraphes 31 à 45 du commentaire de l'article 14 pour la date de réception du paiement.

10. Dans une communication qu'elle a fait parvenir au Secrétariat après la vingtième session, la délégation du Royaume-Uni a proposé la suppression des mots "conformément aux dispositions de l'article 4-4" car cette formule créait un problème inextricable puisque l'article 4-4 dispose que l'expéditeur n'est tenu de payer la banque réceptrice que lorsque celle-ci accepte l'ordre de paiement. L'expéditeur a toujours la possibilité de payer la banque réceptrice avant l'acceptation, ce qui est le cas envisagé à l'article 5-2 *a*. On se reportera aussi à la suggestion faite au sujet du paragraphe 3 au paragraphe 19 du présent commentaire.

#### Alinéa b

11. L'alinéa 2 *b* était initialement l'alinéa 2 *a* de l'article 6 et ne s'appliquait qu'à la banque du bénéficiaire. A la dix-huitième session du Groupe de travail, il a été décidé que l'on modifierait cette disposition en exigeant de la banque du bénéficiaire qu'elle ait exprimé sa volonté avant d'être réputée avoir accepté l'ordre de paiement (A/CN.9/318, par. 137). Cependant, cette condition d'expression de la volonté n'a pas été ajoutée au texte lors de cette session. A la dix-neuvième session du Groupe de travail, la disposition initiale a été longuement examinée dans le contexte de l'acceptation par la banque du bénéficiaire (A/CN.9/328, par. 45 à 49). Les partisans du maintien du texte original sans l'ajout d'une condition relative à l'expression de la volonté ont fait valoir que, tant dans les systèmes de règlement multilatéraux que dans les relations bancaires bilatérales, des contrats interbancaires prévoyaient que la banque réceptrice exécuterait les ordres de paiement lorsqu'elle les recevrait, même si les fonds nécessaires à leur exécution n'étaient pas encore disponibles. De tels contrats étaient passés pour rendre plus sûr le fonctionnement des systèmes de transfert de fonds. La sécurité qu'apportaient ces obligations contractuelles serait accrue si la banque réceptrice était considérée comme ayant accepté l'ordre de paiement dès qu'elle l'avait reçu.

12. A l'issue du débat tenu lors de la dix-neuvième session, il a été décidé de conserver le texte initial s'appliquant à la banque bénéficiaire et d'en étendre la portée aux banques réceptrices autres que la banque du bénéficiaire (A/CN.9/328, par. 32 et 49; voir aussi A/CN.9/329, par. 126 dans lequel une modification d'ordre technique a été apportée).

#### Alinéa c

13. L'alinéa 2 *c* prévoyant que la banque réceptrice peut expressément accepter un ordre de paiement a été ajouté par le Groupe de travail à sa dix-neuvième session (A/CN.9/328, par. 29 à 31). Lors du débat, on a fait valoir qu'il était peu vraisemblable qu'une banque réceptrice accepte expressément un ordre de paiement pour exécution future, mais on a avancé qu'en cas de virement important, il pourrait être demandé à la banque si elle serait disposée à s'occuper de l'opération. Son accord serait interprété comme constituant une acceptation expresse de l'ordre de paiement.

#### Alinéa d

14. L'alinéa 2 *d* énonce la manière normale par laquelle une banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement qu'elle a reçu, à savoir en envoyant un ordre de paiement ayant pour objet l'exécution de l'ordre de paiement reçu. Si l'ordre de paiement envoyé est conforme à l'ordre de paiement reçu, la banque réceptrice assume ses obligations et s'acquitte de la plus importante d'entre elles (art. 6-2) de manière simultanée. Toutefois, la banque réceptrice accepte l'ordre de paiement même si l'ordre qu'elle envoie à son tour est d'un montant incorrect, ou qu'il est adressé à la mauvaise banque ou encore qu'il est porté au crédit du mauvais bénéficiaire, dès lors que l'ordre de paiement envoyé avait pour objet d'exécuter l'ordre de paiement reçu. Si un

ordre de paiement erroné est envoyé, les obligations sont simultanément assumées et non acquittées.

15. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-209(a) dispose qu'"une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement lorsqu'elle exécute l'ordre". Selon l'article 4A-301(a), la banque réceptrice exécute l'ordre "lorsqu'elle émet un ordre de paiement ayant pour objet l'exécution de l'ordre de paiement reçu par elle". C'est la seule manière pour la banque réceptrice d'accepter un ordre de paiement. Si un avis de rejet n'est pas donné "malgré l'existence à la date d'exécution d'un solde créditeur utilisable sur un compte autorisé de l'expéditeur, qui soit suffisant pour couvrir l'ordre", l'article 4A-210(b) dispose que la banque est tenue de payer à l'expéditeur un intérêt sur le montant de l'ordre mais que l'absence de notification du rejet ne vaut pas acceptation de l'ordre. L'article 4A-211(d) dispose qu'"un ordre de paiement non accepté est annulé de plein droit à la fin du cinquième jour ouvrable de la banque réceptrice pour le transfert des fonds après la date d'exécution ou la date de disponibilité de l'ordre". Si une banque réceptrice n'accepte pas un ordre de paiement qu'elle est obligée d'accepter par accord exprès, l'article 4A-212 dispose qu'elle doit en répondre.

### Paragraphe 3

16. A l'issue de la dix-huitième session du Groupe de travail, le texte de l'article 7-4 disposait que "la notification du refus d'exécuter un ordre de paiement doit être effectuée le jour où la décision est prise et au plus tard le jour où la banque réceptrice devait exécuter l'ordre" (A/CN.9/318, annexe). A la dix-neuvième session, le groupe de rédaction a transféré la disposition relative au moment auquel l'avis doit être donné par la banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire à l'article 5-1. Conformément à une décision du Groupe de travail, il a supprimé l'obligation de donner avis le jour où la décision est prise (A/CN.9/328, par. 86). A la vingtième session, l'obligation de donner avis du rejet a été transférée par le groupe de rédaction à l'article 5-3.

17. Le paragraphe 3 dispose désormais que, si la banque réceptrice n'accepte pas l'ordre de paiement en application des alinéas *b*, *c* ou *d* du paragraphe 2, elle est tenue d'en donner avis, au plus tard à la date d'exécution. Si cet avis de rejet n'est pas donné, l'alinéa *a* du paragraphe 2 dispose que la banque réceptrice accepte l'ordre de paiement. Cette disposition devrait être interprétée comme exigeant que l'avis soit donné promptement, ce qui signifie généralement par télécommunications.

18. Il y a obligation de notifier le rejet, même si l'expéditeur n'a pas de relations de compte avec la banque réceptrice ou même s'il n'y a jamais eu entre eux de relations d'aucune sorte (A/CN.9/318, par. 114 à 116; A/CN.9/329, par. 118). L'avis de rejet de l'ordre de paiement n'a pas à être motivé (A/CN.9/297, par. 51).

19. Il n'y a pas obligation de notifier le rejet si les éléments d'information sont insuffisants pour identifier l'expéditeur (A/CN.9/329, par. 117). En outre, le paragraphe 3 semble disposer, en invoquant l'alinéa 2 *a*, qu'une

banque réceptrice qui n'a pas encore reçu le montant de l'ordre de paiement n'est pas tenue de donner avis du rejet. Cela irait à l'encontre de ce qui a été décidé à la vingtième session (A/CN.9/329, par. 123). Pour contourner la difficulté, la délégation du Royaume-Uni a proposé, dans une communication qu'elle a fait parvenir au Secrétariat après la vingt et unième session, la suppression des mots "autrement qu'en application de l'alinéa 2 *a*" et l'ajout de la phrase suivante :

"Lorsqu'une banque réceptrice n'a pas notifié le rejet dans les délais prescrits au présent paragraphe, mais qu'en application de l'alinéa 2 *a* l'ordre de paiement n'est pas accepté parce que la banque réceptrice n'a pas reçu les fonds de l'expéditeur, elle n'est pas tenue de donner avis de ce refus, mais sa responsabilité reste engagée pour n'avoir pas donné au départ l'avis de rejet."

20. Le texte de l'article 5-1 issu des travaux du Groupe de travail à sa dix-huitième session disposait que la banque réceptrice était tenue de notifier à l'expéditeur sa décision de ne pas exécuter l'ordre de paiement, sauf s'il y avait accord contraire entre l'expéditeur et la banque réceptrice. Bien que le groupe de rédaction ait supprimé ces mots du texte actuel, cela n'impliquait aucun changement d'optique de la part du Groupe de travail. A la vingtième session, le Groupe de travail a pris note de cette déclaration, initialement formulée dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.44, au paragraphe 9 du commentaire de l'article 5 (A/CN.9/329, par. 124). A sa vingt et unième session, le Groupe de travail a adopté l'article 16, qui habilite les parties à modifier toute disposition de la Loi type, sauf indication contraire expresse dans la disposition même.

21. *Comparaison avec l'Article 4A.* Comme l'indique le paragraphe 15 du présent commentaire, bien qu'un avis de rejet ne soit pas requis par l'Article 4A, l'article 4A-210(b) dispose que la banque réceptrice doit payer un intérêt à l'expéditeur si la banque n'exécute pas l'ordre ou ne notifie pas le rejet "malgré l'existence à la date d'exécution d'un solde créditeur utilisable sur un compte autorisé de l'expéditeur, qui soit suffisant pour couvrir l'ordre". Cette disposition est applicable, que l'expéditeur soit une banque ou non, mais elle semble surtout prévue pour les cas où l'expéditeur est un donneur d'ordre autre qu'une banque. Aucune règle n'est prévue pour les cas où la banque réceptrice a reçu le paiement par un autre moyen mais qu'elle n'a pas exécuté l'ordre ou n'a pas donné avis du rejet.

### Article 6. Obligations de la banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire

1) Les dispositions du présent article s'appliquent à toute banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire.

2) La banque réceptrice qui accepte un ordre de paiement est tenue en vertu de celui-ci d'émettre, dans le délai prescrit à l'article 9, à l'intention de la banque du bénéficiaire ou d'une banque intermédiaire appropriée, un ordre de paiement conforme au contenu de celui qu'elle a elle-même reçu et qui comporte les

instructions nécessaires pour réaliser le virement de manière appropriée.

3) Lorsqu'elle reçoit un ordre de paiement qui contient des éléments d'information indiquant qu'il a été mal dirigé et permettant d'en identifier l'expéditeur, la banque réceptrice donne avis à ce dernier de l'erreur commise, dans le délai prescrit à l'article 9.

4) Lorsqu'une instruction ne contient pas suffisamment de données pour constituer un ordre de paiement, ou que, étant un ordre de paiement, elle ne peut pas être exécutée en raison de l'insuffisance des données, mais que l'expéditeur peut être identifié, la banque réceptrice est tenue de donner avis à l'expéditeur de l'insuffisance constatée, dans le délai prescrit à l'article 9.

5) Si le montant de l'ordre de paiement exprimé en toutes lettres diffère de celui exprimé en chiffres, la banque réceptrice est tenue, dans le délai prescrit à l'article 9, d'en donner avis à l'expéditeur, si celui-ci peut être identifié. Le présent paragraphe ne s'applique pas si l'expéditeur et la banque sont convenus que la banque serait liée soit par le montant en toutes lettres, soit par le montant en chiffres, selon le cas.

6) La banque réceptrice n'est pas tenue de suivre une instruction de l'expéditeur quant à la banque intermédiaire, au système de transfert de fonds ou aux modes de transmission à utiliser pour l'exécution du virement si elle détermine de bonne foi qu'il n'est pas possible de donner suite à cette instruction, ou que lui donner suite entraînerait des coûts ou un retard excessifs dans la réalisation du virement. La banque réceptrice agit dans le délai prescrit à l'article 9 si, dans ledit délai, elle demande à l'expéditeur quelles mesures elle doit prendre, compte tenu des circonstances.

7) Pour l'application du présent article, les agences d'une banque, même si elles sont situées dans le même Etat, sont des banques distinctes.

#### Examen antérieur

- A/CN.9/317, par. 62 à 67 et 88  
 A/CN.9/318, par. 60 à 69, 121, 122 et 144 à 154  
 A/CN.9/328, par. 17 à 20 et 75  
 A.CN.9/329, par. 128 à 141

#### Commentaire

##### Paragraphe 2

1. Le paragraphe 2 est l'ancien paragraphe 4 dont la rédaction actuelle a été fixée pour l'essentiel lors de la dix-huitième session sous la forme de l'article 5-3 a (A/CN.9/318, par. 152 et 154) et modifiée par le groupe de rédaction à la dix-neuvième session. Ce paragraphe énonce l'obligation fondamentale de la banque réceptrice, autre que la banque du bénéficiaire, qui a accepté un ordre de paiement, à savoir l'obligation d'émettre à son tour un ordre de paiement à l'intention d'une banque appropriée dans un délai approprié. C'est le plus souvent pour manquement aux exigences énoncées par ce paragraphe que la banque réceptrice est obligée envers son expéditeur. Lorsque la banque réceptrice envoie à son tour un ordre

de paiement à sa propre banque réceptrice, elle devient expéditeur et en assume les obligations, telles qu'elles sont énoncées à l'article 4.

2. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-302(a)(1) est fondamentalement identique.

##### Paragraphe 3

3. Le paragraphe 3 se fonde sur le paragraphe 2 élaboré lors de la dix-neuvième session (A/CN.9/328, annexe), qui s'inspirait lui-même de la première phrase de l'article 5-1 bis adopté lors de la dix-huitième session (A/CN.9/318, annexe).

4. Le Groupe de travail a décidé à sa dix-huitième session que la banque réceptrice devrait être tenue d'aviser l'expéditeur lorsqu'il ressort des informations qui figurent sur l'ordre de paiement que celui-ci a été mal dirigé. Cette obligation contribuerait à garantir le bon fonctionnement du système de transfert de fonds (A/CN.9/318, par. 122). Elle s'applique, que l'expéditeur et la banque réceptrice aient ou non déjà noué des relations, que la banque réceptrice ait ou non accepté l'ordre et qu'elle se soit ou non aperçue que l'ordre de paiement avait été mal dirigé (voir le document A/CN.9/328, par. 18).

5. A la dix-neuvième session, on a exprimé la crainte que la banque ne soit pas en mesure de s'acquitter de ses obligations même si elle le souhaitait; aussi a-t-on modifié le paragraphe 3 de sorte que la banque réceptrice ne soit tenue d'aviser l'expéditeur que si l'ordre de paiement "contient des données suffisantes pour identifier et retrouver l'expéditeur" (A/CN.9/328, par. 20). Les mots "et retrouver" ont été supprimés lors de la vingtième session (A/CN.9/329, annexe).

6. Le paragraphe 3 a été conservé à la vingtième session en dépit de l'argument selon lequel une charge excessive était imposée à la banque réceptrice, en particulier lorsque l'erreur avait été commise par l'expéditeur (A/CN.9/329, par. 129 à 131). On a indiqué notamment que lorsqu'on utilisait des moyens modernes de transmission des ordres de paiement, le destinataire de l'ordre de paiement était la plupart du temps désigné par un numéro d'identification bancaire plutôt que par son nom.

7. Dans une communication qu'elle a adressée au Secrétariat après la vingtième session, la délégation du Royaume-Uni a émis l'avis que le libellé actuel ne semblait pas traduire le principe exprimé à la vingtième session selon lequel la Loi type ne devrait pas imposer l'obligation de détecter une erreur commise, mais qu'il convenait d'exiger qu'un avis soit donné une fois cette erreur détectée (A/CN.9/329, par. 130). Elle a proposé le libellé ci-après, qui traduisait ce principe :

"(3) La banque réceptrice qui s'aperçoit qu'un ordre de paiement contient des éléments d'information indiquant qu'il a été mal dirigé en donne avis à l'expéditeur, si l'ordre de paiement contient des éléments d'information suffisants pour identifier ce dernier, dans le délai prescrit à l'article 9."

8. Suite à la proposition qu'elle avait soumise au Secrétariat à l'issue de la vingt et unième session, concernant

l'existence d'une procédure destinée à détecter les erreurs, la délégation du Royaume-Uni a proposé d'ajouter la phrase suivante :

"Si la banque réceptrice est convenue avec l'expéditeur que l'ordre de paiement ferait l'objet d'une procédure visant à déterminer s'il a été mal dirigé et que l'expéditeur se soumet à cette procédure, la banque sera réputée avoir détecté cette erreur si, en se soumettant elle aussi à la procédure, elle aurait pu découvrir l'erreur."

9. La délégation du Royaume-Uni a en outre noté que, lors de la réception d'un ordre de paiement comportant une date d'exécution ultérieure, le fait qu'il avait été mal dirigé risquait de ne pas être détecté au moment de la réception. Elle a proposé un amendement à l'article 9-2 (voir le paragraphe 10 du commentaire de l'article 9), qui serait ainsi rédigé :

"L'avis, qui doit être donné en application de l'article 6-3, doit l'être avant la fermeture le lendemain du jour où l'erreur a été détectée."

10. La délégation du Royaume-Uni a en outre proposé qu'il soit possible de se libérer par voie contractuelle des obligations imposées par le paragraphe 3. Elle a noté que les accords entre banques disposent souvent qu'une banque peut se fonder sur tel ou tel élément d'un ordre de paiement. Ainsi les banques conviennent qu'il n'y a pas lieu de donner avis même lorsqu'une erreur est découverte qui semble indiquer que l'ordre de paiement a été mal dirigé. Dans les faits, l'expéditeur accepte d'en assumer le risque. Le libellé ci-après pourrait être ajouté :

"Le présent paragraphe ne s'applique pas si l'expéditeur et la banque réceptrice sont convenus que la banque ne tiendrait compte que de certains éléments de l'ordre de paiement."

11. Il convient de noter que le texte proposé n'accorde pas une liberté contractuelle aussi grande que l'article 16, lequel n'existait pas encore lorsque le Royaume-Uni a fait parvenir sa suggestion au Secrétariat.

12. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-208(b)(4) dispose que "si la banque réceptrice sait que le nom et le numéro d'identification se rapportent à des personnes différentes," (on entend ici par personne la banque intermédiaire ou la banque du bénéficiaire), elle manque à ses obligations en se fiant à l'un ou à l'autre. Cette disposition est plus positive que ne l'est la Loi type qui autorise une banque réceptrice à se fier au seul numéro pour identifier une autre banque.

#### Paragraphe 4

13. On a ajouté le paragraphe 4 lors de la vingtième session (A/CN.9/329, par. 132) afin de couvrir une situation que ne prévoyaient pas les dispositions existantes et qui exigeait qu'un avis soit donné en cas de réception d'un message censé être un ordre de paiement mais ne pouvant pas être exécuté comme tel.

14. Dans une communication qu'elle a adressée au Secrétariat après la vingtième session, la délégation du

Royaume-Uni était d'avis que tel qu'il était rédigé ce paragraphe posait deux problèmes. Premièrement, la Loi type ne s'applique que s'il y a ordre de paiement. Aussi logiquement ne pouvait-elle pas s'appliquer à un message qui ne correspondait pas à la définition de l'ordre de paiement. Deuxièmement, et c'est là un point plus important, ce paragraphe était d'une portée trop large parce qu'il couvrait une instruction, que la banque réceptrice puisse se prononcer ou non sur l'application de la disposition. Le libellé ci-après a donc été proposé :

"4) Lorsque des instructions sont reçues qui semblent devoir être un ordre de paiement, mais qui ne contiennent pas suffisamment de données pour constituer un ordre de paiement ou qui, tout en étant un ordre de paiement, ne peuvent pas être exécutées en raison de l'insuffisance de données, mais que l'expéditeur peut être identifié, la banque réceptrice est tenue de donner avis à l'expéditeur de l'insuffisance constatée, dans le délai prescrit à l'article 9."

15. *Comparaison avec l'Article 4A.* Il n'existe aucune disposition équivalente dans l'Article 4A, mais le même résultat peut être obtenu dans certains cas par l'application de l'article 4A-208(b).

#### Paragraphe 5

16. Le paragraphe 5 adopté à la vingtième session (A/CN.9/329, annexe) est fondamentalement analogue au paragraphe 3 adopté à la dix-neuvième session (A/CN.9/328, annexe), qui était lui-même identique à l'article 3-1 adopté à la dix-huitième session (A/CN.9/318, par. 60 à 69). Si le montant exprimé en toutes lettres diffère de celui exprimé en chiffres, la banque réceptrice est tenue d'en donner avis à l'expéditeur. Cette obligation s'applique, que la banque réceptrice ait ou non accepté l'ordre de paiement. Si la banque réceptrice ne s'acquitte pas de cette obligation et donne suite à l'ordre de paiement sur la base du montant incorrect, elle assume les responsabilités qui en découlent, même si elle n'avait pas connaissance du défaut de concordance entre le montant en lettres et le montant en chiffres.

17. A la vingtième session, des arguments ont été présentés en faveur de la règle disposant qu'au cas où le montant en toutes lettres différerait de celui exprimé en chiffres, il fallait appliquer la règle traditionnelle selon laquelle le montant exprimé en toutes lettres prévalait sur le montant exprimé en chiffres (A/CN.9/329, par. 133 à 135). Des arguments ont été avancés en faveur de la règle inverse selon laquelle, dans le contexte des moyens électroniques modernes de transmission des ordres de paiement où le traitement est fondé sur les chiffres, le montant exprimé en chiffres prévalait sur le montant exprimé en toutes lettres (A/CN.9/329, par. 133). Ces deux argumentations ont été rejetées au motif que la règle retenue était un compromis et que si une banque ne traitait effectivement ses ordres de paiement que sur la base des montants en chiffres, elle pouvait s'accorder contractuellement avec ses clients sur ce point.

18. Le paragraphe 5 est rédigé en termes généraux afin de s'appliquer aux ordres de paiement émanant de tout

expéditeur et adressé à toute banque réceptrice. Toutefois, le Groupe de travail a estimé qu'il ne s'appliquerait en fait qu'aux ordres allant du donneur d'ordre à la banque du donneur d'ordre, car les ordres de paiement interbancaires sous forme électronique ne transmettent que le montant en chiffres (A/CN.9/318, par. 61 et 63).

19. Selon un avis exprimé à la vingtième session, ce paragraphe était trop restrictif car le montant pouvait être représenté en clair par des chiffres, mais pouvait aussi faire partie d'un code. En pareil cas, il pouvait y avoir défaut de concordance entre deux séries de chiffres (A/CN.9/329, par. 134). On a suggéré de ne faire état que d'un défaut de concordance quant au montant, sans préciser comment il pouvait se manifester. Le groupe de rédaction n'a pas donné suite à cette suggestion à la vingtième session.

20. *Comparaison avec l'Article 4A.* Il n'existe pas de disposition équivalente dans l'Article 4A. Dans certains cas, l'article 4A-205 régissant la procédure de sécurité pour la détection des erreurs serait applicable.

#### Paragraphe 6

21. Bien que la banque réceptrice soit normalement tenue de suivre les instructions de l'ordre de paiement relatives à la banque intermédiaire, au système de transfert de fonds ou au mode de transmission, il arrive qu'il ne soit pas possible de suivre ces instructions ou que les suivre entraîne des coûts ou un retard excessifs dans l'exécution du virement (A/CN.9/328, par. 75). Le paragraphe 6 donne à la banque réceptrice un pouvoir d'appréciation en la matière, dès lors qu'elle est de bonne foi (voir les autres suggestions figurant dans le document A/CN.9/329, par. 139).

22. La banque réceptrice peut aussi demander à l'expéditeur quelles mesures elle doit prendre, à condition de le faire dans le délai prescrit à l'article 9. Dans une communication qu'elle a adressée au Secrétariat après la vingtième session du Groupe de travail, la délégation du Royaume-Uni était d'avis que la deuxième phrase du paragraphe ne disposait pas clairement que la banque réceptrice ne contreviendrait pas aux dispositions de l'article 9 si elle demandait des instructions à l'expéditeur dans le délai prescrit à l'article 9. La délégation britannique a proposé le libellé ci-après pour cette deuxième phrase :

"La banque réceptrice qui est tenue d'agir dans le délai prescrit à l'article 9 sera réputée l'avoir fait si, dans ledit délai, elle demande à l'expéditeur quelles mesures elle doit prendre, compte tenu des circonstances."

23. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-302(b) énonce une règle fondamentalement identique à celle du paragraphe 6, sauf que la banque réceptrice ne peut pas choisir une banque intermédiaire autre que celle qui est spécifiée dans l'ordre de paiement reçu.

#### Article 7. *Acceptation ou rejet par la banque du bénéficiaire*

1) La banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement dès qu'intervient l'un des faits suivants :

a) Le délai dans lequel un avis de rejet devait être donné est venu à expiration sans qu'avis soit donné, à condition que l'acceptation ne se produise que lorsque la banque du bénéficiaire a reçu paiement de l'expéditeur conformément à l'article 4-4;

b) La banque reçoit l'ordre de paiement, à condition que l'expéditeur et la banque soient convenus que la banque donnerait suite dès réception aux ordres de paiement émanant de l'expéditeur;

c) La banque notifie son acceptation à l'expéditeur;

d) La banque crédite le compte du bénéficiaire ou place les fonds à sa disposition de toute autre manière;

e) La banque donne avis au bénéficiaire qu'il a le droit de retirer les fonds ou d'utiliser le crédit;

f) La banque utilise de toute autre manière le crédit conformément à l'ordre de paiement;

g) La banque déduit le crédit d'une dette qu'a le bénéficiaire envers elle ou l'utilise conformément à une décision de justice.

2) La banque du bénéficiaire qui n'accepte pas l'ordre de paiement d'un expéditeur, autrement qu'en application de l'alinéa 1 a, est tenue de lui en donner avis, à moins qu'elle ne dispose pas d'éléments d'information suffisants pour l'identifier. L'avis de rejet de l'ordre de paiement doit être donné au plus tard à la date d'exécution.

#### Examen antérieur

A/CN.9/297, par. 46 à 51

A/CN.9/317, par. 80 à 84

A/CN.9/318, par. 110 à 120 et 135 à 143

A/CN.9/WG.IV/WP.42, par. 32 à 42 et 59 à 65

A/CN.9/328, par. 44 à 51, 59 et 60

A/CN.9/329, par. 142 à 147

A/CN.9/341, par. 53

#### Erreur à l'annexe du document A/CN.9/341

A l'alinéa 1 a de l'article 7 tel qu'il figure dans l'annexe au document A/CN.9/341, on a utilisé l'expression "banque réceptrice" et non "banque du bénéficiaire" comme dans le présent document.

#### Commentaire

1. Le groupe de rédaction ayant restructuré le projet de loi type lors de la dix-neuvième session du Groupe de travail, les dispositions relatives à l'acceptation ou au refus de l'ordre de paiement par la banque du bénéficiaire ont été placées dans un article distinct de celui où figuraient des dispositions similaires s'appliquant à la banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire. Les changements apportés à l'article 5 à la vingtième session ont aussi été apportés à l'article 7. Aussi ces dispositions sont-elles quasi identiques, sauf pour la mention de la banque, et les commentaires de l'article 5 relatif à l'emploi de la notion d'acceptation et des alinéas 2 a, b, c et du paragraphe 3 s'appliquent-ils aux alinéas 1 a, b et c de l'article 7 et au paragraphe 2 dudit article.

2. Les alinéas 1 c, d, e, f et g décrivent les différentes manières dont la banque du bénéficiaire peut exprimer sa volonté pour accepter l'ordre de paiement reçu par elle. Les alinéas a à g ont été repris de l'ancien article 6-2 adopté à la huitième session (A/CN.9/318, annexe). A la vingtième session, on a proposé que les alinéas d à g soient remplacés par une formule du type "lorsque la banque du bénéficiaire a placé les fonds à la disposition du bénéficiaire" (A/CN.9/329, par. 143 et 147).

3. A sa dix-neuvième session, le Groupe de travail a supprimé de ce qui est actuellement l'alinéa 1 d les mots qui y figuraient entre crochets : "[sans se réserver le droit de contre-passer le crédit si la provision n'est pas fournie]" (A/CN.9/328, par. 49). Ces mots sanctionnaient une pratique en vigueur dans certains pays permettant aux banques réceptrices, y compris la banque du bénéficiaire, de créditer provisoirement la partie à créditer en attendant que provision soit fournie par la banque expéditrice. (A rapprocher de la dernière phrase du paragraphe 7 du commentaire.)

4. Lors des débats de la dix-neuvième session, on est arrivé à la conclusion que le fait de créditer provisoirement la partie à créditer présentait l'avantage de rendre le traitement des virements plus efficace pour la majorité des cas où la provision arrivait à un moment approprié. La banque réceptrice n'étant jamais légalement tenue d'accorder un crédit provisoire, elle ne le ferait que si elle estimait qu'elle recevrait très probablement une provision ou que, dans la négative, elle pourrait recouvrer le crédit provisoire auprès de la partie à créditer. Une telle décision pouvait se traduire par un accord avec la partie à créditer prévoyant une écriture au crédit provisoire. Un tel accord laisserait toujours la banque réceptrice libre de réexaminer sa décision d'accorder un crédit provisoire, même si elle pouvait être tenue de donner préavis d'une décision éventuelle de ne plus accorder ce crédit.

5. Lors des débats de la dix-neuvième session, on a aussi noté que la possibilité de contre-passer le crédit provisoire introduisait un certain degré d'insécurité dans le système de transfert de fonds, ce qui non seulement avait des incidences sur la partie à créditer, mais qui, dans des cas extrêmes, risquait en outre de compromettre le fonctionnement du système dans son ensemble. Aussi le Groupe de travail a-t-il jugé inopportun qu'une banque réceptrice, notamment la banque du bénéficiaire, puisse contre-passer un crédit (A/CN.9/328, par. 59 et 60).

6. Lors d'un débat sur des sujets connexes qui s'est tenu pendant la dix-neuvième session, le Groupe de travail a procédé à un examen préliminaire de l'opportunité d'introduire dans la Loi type une disposition concernant les opérations de compensation (A/CN.9/328, par. 61 à 65). On trouvera aux paragraphes 34 à 44 du commentaire relatif à l'article 4 un débat sur l'effet que pourrait avoir une telle disposition sur la Loi type.

#### *Comparaison avec l'Article 4A*

7. L'article 4A-209 établit une distinction plus nette que la Loi type entre les faits conduisant à l'acceptation d'un ordre de paiement par la banque du bénéficiaire et ceux

conduisant à l'acceptation d'un ordre par toute autre banque réceptrice. Sur le fond, l'article 4A-209(b)(1) est identique aux alinéas c à g de l'article 7. Selon l'article 4A-209(b)(2) et (3), l'acceptation d'un ordre de paiement intervient au moment où la banque du bénéficiaire est payée pour cet ordre, c'est-à-dire lorsque son compte à la Federal Reserve Bank est crédité, lorsque le règlement final est effectué par un système de transfert de fonds (par exemple CHIPS), ou "à l'ouverture du premier jour où sont effectués des transferts de fonds après la date du paiement de l'ordre si, à ce moment-là, le montant de l'ordre de l'expéditeur est pleinement couvert par un solde créditeur utilisable sur un compte autorisé de l'expéditeur ou si la banque a d'une autre manière été intégralement payée par l'expéditeur, à moins que...". L'expression "à moins que" introduit la possibilité d'un rejet de l'ordre de paiement par la banque du bénéficiaire. Celle-ci ne peut pas rejeter un ordre de paiement reçu par l'intermédiaire de FEDWIRE. S'il s'agit de CHIPS, au regard de l'Article 4A, la banque du bénéficiaire peut rejeter un ordre de paiement tant qu'elle ne l'a pas accepté de l'une des manières indiquées plus haut. Selon l'article 4A-405(d) et (e), la banque d'un bénéficiaire peut contre-passer un ordre de paiement si un système de règlement net n'est pas en mesure d'effectuer le règlement.

#### *Article 8. Obligations de la banque du bénéficiaire*

1) La banque du bénéficiaire qui accepte un ordre de paiement est tenue de placer les fonds à la disposition du bénéficiaire, conformément à l'ordre de paiement et à la loi applicable régissant la relation entre elle et le bénéficiaire.

2) Lorsqu'elle reçoit un ordre de paiement qui contient des éléments d'information indiquant qu'il a été mal dirigé et permettant d'en identifier l'expéditeur, la banque du bénéficiaire donne avis à ce dernier de l'erreur commise, dans le délai prescrit à l'article 9.

3) Lorsqu'une instruction ne contient pas suffisamment de données pour constituer un ordre de paiement, ou que, étant un ordre de paiement, elle ne peut pas être exécutée en raison de l'insuffisance des données, mais que l'expéditeur peut être identifié, la banque bénéficiaire est tenue de donner avis à ce dernier de l'insuffisance constatée, dans le délai prescrit à l'article 9.

4) Si le montant de l'ordre de paiement exprimé en toutes lettres diffère de celui exprimé en chiffres, la banque du bénéficiaire est tenue, dans le délai prescrit à l'article 9, d'en donner avis à l'expéditeur, si celui-ci peut être identifié. Le présent paragraphe ne s'applique pas si l'expéditeur et la banque sont convenus que la banque serait liée soit par le montant en toutes lettres, soit par le montant en chiffres, selon le cas.

5) Si le bénéficiaire est désigné à la fois par des mots et par des chiffres, et si le bénéficiaire réel ne peut être identifié avec une certitude raisonnable, la banque du bénéficiaire est tenue, dans le délai prescrit à l'article 9, d'en donner avis à son expéditeur ainsi qu'à la banque du donneur d'ordre, s'ils peuvent être identifiés.

6) La banque du bénéficiaire est tenue, à la date d'exécution, de donner avis au bénéficiaire qui n'est

pas titulaire d'un compte chez elle qu'elle tient les fonds à sa disposition, si elle dispose de suffisamment d'éléments d'information à cette fin.

#### *Examen antérieur*

A/CN.9/317, par. 62 à 67 et 89 à 92  
A/CN.9/318, par. 64, 66 et 156 à 159  
A/CN.9/328, par. 17 à 20  
A/CN.9/329, par. 148 à 167

#### *Commentaire*

##### *Paragraphe 1*

1. Le Groupe de travail s'est demandé à ses dix-neuvième et vingtième sessions dans quelle mesure la Loi type devrait traiter des relations entre le bénéficiaire et la banque du bénéficiaire (A/CN.9/328, par. 37 à 43; A/CN.9/329, par. 151 à 159; voir A/CN.9/WG.IV/WP.42, par. 58 à 68). Lors de la dix-neuvième session, il s'agissait de savoir, pour l'essentiel, dans quelle mesure la Loi type devrait comporter des règles relatives aux conséquences civiles des virements, comme dans l'article 14 actuel; ce débat revient au fait à se demander si la Loi type devrait comporter des dispositions sur l'obligation qu'a la banque du bénéficiaire vis-à-vis du bénéficiaire en raison du virement. A l'issue des débats de la dix-neuvième session, le Groupe de travail a décidé de ne prendre aucune décision sur cette question tant qu'il n'aurait pas examiné la question du moment où a lieu l'acceptation. Il est revenu sur cette question à la vingtième session à l'issue de laquelle le texte actuel a été adopté.

2. Le paragraphe 1 dispose simplement que les fonds doivent être placés à la disposition du bénéficiaire, conformément à l'ordre de paiement et à la loi applicable régissant la relation entre la banque et le bénéficiaire. Ce paragraphe a principalement pour objet de rappeler que tout virement a pour vocation, en dernière analyse, de mettre des fonds à la disposition du bénéficiaire.

3. La proposition tendant à préciser davantage les obligations de la banque du bénéficiaire vis-à-vis de celui-ci a été rejetée à la vingtième session (A/CN.9/329, par. 151 à 153). L'approche restrictive adoptée au paragraphe 1 était conforme au principe général selon lequel la Loi type doit énoncer les droits et obligations des parties jusqu'au moment où la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement. Toutefois, la Loi type ne doit pas s'immiscer dans la relation de compte existant entre le bénéficiaire et la banque de celui-ci, notamment en ce qui concerne les questions étroitement liées au virement, telles que le point de savoir si la banque doit donner avis au bénéficiaire de la réception du crédit (A/CN.9/329, par. 165 et 166; voir les paragraphes 15 et 16 du commentaire ci-après concernant l'obligation de donner avis lorsqu'il n'y a pas de relation de compte).

4. Le fait pour la banque du bénéficiaire d'informer celui-ci qu'il a le droit de retirer les fonds ou d'utiliser le crédit (ou l'une quelconque des autres possibilités énoncées aux alinéas l c à g de l'article 7) emporterait acceptation de l'ordre de paiement, si celui-ci n'a pas déjà été

accepté de toute autre manière. Dans cette mesure, la Loi type donne une valeur juridique à l'avis, en plus de toute autre valeur juridique qu'il peut avoir en vertu d'autres règles de droit applicables. Toutefois, la Loi type laisse à ces autres règles de droit le soin de déterminer les circonstances dans lesquelles un avis peut être requis.

5. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-404 dispose que la banque du bénéficiaire est tenue de payer à ce dernier le montant d'un ordre qu'elle a accepté. Si les Etats-Unis adoptaient la Loi type, l'article 4A-404 constituerait la loi applicable à laquelle il est fait référence à l'article 8-1.

##### *Paragraphes 2, 3 et 4*

6. La restructuration du texte effectuée par le groupe de rédaction aux dix-neuvième et vingtième sessions du Groupe de travail a conduit à la reprise, aux paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 8, du libellé des paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 6 auxquels ont été apportés des changements relatifs aux banques visées. Aussi le commentaire de ces paragraphes, y compris les références à l'Article 4A, s'applique-t-il aussi aux paragraphes correspondants de l'article 8.

##### *Paragraphe 5*

7. Le paragraphe 5 ne s'applique qu'à l'ordre de paiement reçu par la banque du bénéficiaire dans lequel la désignation du bénéficiaire en toutes lettres diffère de sa désignation en chiffres. Aucune banque venant avant la banque du bénéficiaire ne saurait être supposée disposer de renseignements permettant de détecter ce défaut de concordance.

8. La solution, quelle qu'elle soit, du problème envisagé présente des difficultés de taille. Si le défaut de concordance des deux modes d'identification du bénéficiaire peut être le résultat d'une erreur, il peut aussi être le signe d'une fraude. Plutôt que de risquer de voir créditer le mauvais compte, le Groupe de travail a décidé que le virement devait être suspendu et que la banque du bénéficiaire devrait aviser son expéditeur et la banque du donneur d'ordre, si celle-ci est identifiée sur l'ordre de paiement, de ce défaut de concordance (A/CN.9/318, par. 64).

9. Afin que le délai durant lequel le virement est suspendu soit le plus court possible, l'expéditeur et la banque du donneur d'ordre doivent être avisés dans le délai prescrit au paragraphe 2 de l'article 9, c'est-à-dire le jour où l'ordre de paiement est reçu, sous réserve des paragraphes 3 et 4 de l'article 9. On peut supposer que, dans un délai raisonnable, la banque du bénéficiaire recevra de nouvelles instructions identifiant comme il convient le bénéficiaire, ou sera informée que le virement est frauduleux.

10. Dans une communication qu'elle a adressée au Secrétariat après la vingtième session, la délégation du Royaume-Uni a indiqué que l'on pourrait autoriser les banques à s'affranchir contractuellement de l'obligation de donner avis énoncée au paragraphe 5 en lui ajoutant les mots suivants :

“Le présent paragraphe ne s’applique pas si l’expéditeur et la banque sont convenus que la banque tiendrait compte soit du libellé en toutes lettres, soit des chiffres.”

11. Le texte proposé n’accorderait pas une liberté contractuelle aussi grande que l’article 16, lequel n’existait pas encore lorsque le Royaume-Uni a fait parvenir sa suggestion au Secrétariat.

12. La délégation du Royaume-Uni a en outre noté que le paragraphe 5 était la seule disposition relative aux avis exigeant qu’un avis soit donné directement à la banque du donneur d’ordre. Elle a estimé que si la raison justifiant cette obligation était qu’un défaut de concordance entre les différentes manières d’identifier le bénéficiaire était symptomatique d’une fraude, une telle exigence pourrait figurer dans les autres dispositions relatives aux avis, en particulier au paragraphe 4 de l’article 8. En outre, elle a estimé qu’en tout état de cause il serait sensé de donner avis à la banque du donneur d’ordre lorsque l’expéditeur ne pouvait pas être identifié.

13. La délégation du Royaume-Uni a en outre indiqué qu’il semblait y avoir chevauchement des paragraphes 3 et 5 et qu’on pourrait les rationaliser.

14. *Comparaison avec l’Article 4A.* L’article 4A-207 porte sur les problèmes visés par le paragraphe 5 de l’article 8. Cette disposition est trop complexe pour être convenablement résumée ici, mais, d’une manière générale, la banque du bénéficiaire est autorisée à tenir uniquement compte des chiffres.

#### Paragraphe 6

15. L’obligation, quelle qu’elle soit, de donner avis au bénéficiaire ayant un compte auprès de la banque du bénéficiaire pourrait relever de l’accord entre les parties ou de la loi applicable à la relation de compte. Même si l’expéditeur peut avoir intérêt à ce que la banque du bénéficiaire donne avis au bénéficiaire du crédit, la Loi type ne le reconnaît pas expressément (A/CN.9/329, par. 165).

16. Toutefois, il n’existe vraisemblablement pas de règle quant à l’obligation de la banque du bénéficiaire d’aviser le bénéficiaire n’ayant pas de relation de compte avec elle que les fonds sont à sa disposition. Une telle obligation est énoncée au paragraphe 6, mais ne s’applique que si la banque du bénéficiaire a accepté l’ordre de paiement et si elle a suffisamment d’informations pour donner cet avis (A/CN.9/329, par. 165 et 166). Contrairement à la règle énoncée au paragraphe 2 de l’article 9 concernant le moment où les autres avis requis doivent être donnés, l’avis visé au paragraphe 6 doit être donné à la date d’exécution (A/CN.9/329, par. 172; comparer avec l’obligation de donner avis visé au paragraphe 3 de l’article 5 et au paragraphe 2 de l’article 7, à savoir “au plus tard à la date de l’exécution”).

17. *Comparaison avec l’Article 4A.* L’article 4A-404(b) dispose que le bénéficiaire doit être avisé avant minuit du jour suivant de la réception d’un ordre de paiement donnant instruction de créditer son compte mais que “Si

l’ordre de paiement ne donne pas instruction de créditer un compte du bénéficiaire, la banque n’est tenue d’aviser celui-ci que si l’ordre de paiement l’exige”. Dans les deux cas, l’obligation de donner avis peut être modifiée avec l’accord du bénéficiaire ou en application de la règle du système de transfert de fonds utilisé.

#### Droit du bénéficiaire de rejeter le virement

18. A sa vingtième session, le Groupe de travail a décidé qu’en principe la Loi type devait disposer que le bénéficiaire aurait le droit de rejeter le virement (A/CN.9/329, par. 164). L’un des participants a été prié d’élaborer un texte, qui traiterait du moment auquel le bénéficiaire serait autorisé à agir et du coût de tout virement restituant les fonds. Bien que ce participant n’ait pas soumis de proposition, la disposition ci-après proposée à l’examen du Groupe de travail est inspirée d’un projet informel qu’il a présenté :

“Le bénéficiaire a le droit de rejeter un virement [même si la banque du bénéficiaire a accepté l’ordre de paiement et même si le virement a été effectué sur un compte approprié du bénéficiaire] en avisant la banque du bénéficiaire avant l’heure de fermeture le jour ouvré suivant celui où la banque a accepté l’ordre de paiement, si

a) la banque du bénéficiaire n’a pas utilisé le crédit conformément aux alinéas 1 f ou 1 g;

b) la banque du bénéficiaire n’a pas utilisé le crédit pour acquitter une obligation du bénéficiaire envers elle;

c) au moment où le bénéficiaire rejette le virement, son solde est créditeur d’un montant égal ou supérieur à celui du virement; et

d) la banque du bénéficiaire ne se trouve pas dans l’impossibilité pour des motifs d’insolvabilité ou autres de rembourser le montant du virement à l’expéditeur.”

19. Le bénéficiaire devrait rejeter le virement aussi rapidement que possible de manière à réduire le risque pour le donneur d’ordre. Le moment à partir duquel le bénéficiaire pourrait être autorisé à rejeter le virement pourrait être celui où la banque du bénéficiaire accepte l’ordre de paiement, celui où la banque du bénéficiaire crédite le compte du bénéficiaire ou utilise le crédit d’une autre manière, ou celui où le bénéficiaire est avisé du virement. Le moment le plus logique, du point de vue du bénéficiaire, est celui où il est avisé du virement, mais la Loi type n’exige pas que cet avis soit donné et la législation et la pratique bancaires varient énormément quant au moment où le bénéficiaire est avisé ou même quant à l’existence d’un avis de virement. Selon la proposition, le rejet devrait être annoncé avant la fin du jour ouvré suivant celui où la banque du bénéficiaire accepte l’ordre de paiement. C’est là une période extrêmement longue pour des virements très rapides et qui portent sur des montants importants, mais il est difficile de décider d’une période plus courte qui serait appropriée.

20. La proposition impose plusieurs restrictions au droit du bénéficiaire de rejeter l’ordre de paiement. Il faut que le crédit n’ait pas encore été expressément imputé. Il doit

être encore disponible dans le sens où le compte doit avoir un solde créditeur suffisant. Il se peut que le compte ait un solde créditeur suffisant lorsque l'ordre de paiement est rejeté même si le solde était insuffisant auparavant parce que dans l'intervalle d'autres fonds auront été crédités sur le compte. A moins que le crédit n'ait été expressément imputé, la proposition ne vise pas à retrouver le crédit en appliquant la méthode premier entré premier sorti ou une autre méthode analogue. Le crédit doit être encore disponible dans le sens où la banque du bénéficiaire est en mesure de rembourser le montant du virement à l'expéditeur. Le bénéficiaire ne devrait pas pouvoir rejeter sur le donneur d'ordre le risque que la banque du bénéficiaire soit devenue insolvable après avoir accepté un ordre de paiement au profit du bénéficiaire ou qu'une guerre ou des événements similaires réduisent la valeur du crédit sur le compte du bénéficiaire.

21. Au titre de l'article 11 *b*, la banque du bénéficiaire, comme toutes les banques réceptrices de la chaîne de virement non abouti, devra rembourser à l'expéditeur les fonds reçus de celui-ci.

22. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'Article 4A ne comporte aucune disposition autorisant le bénéficiaire à rejeter un ordre de paiement en avisant la banque du bénéficiaire. On se reportera à l'article 4A-406(b) relatif au droit du bénéficiaire de refuser un paiement provenant du donneur d'ordre lorsque le paiement a été effectué par des moyens interdits par le contrat du bénéficiaire concernant l'obligation.

#### *Obligation de mettre les fonds à disposition à la date de disponibilité*

23. A sa vingtième session, le Groupe de travail a étudié le point de savoir si la banque du bénéficiaire avait, envers son expéditeur ou le donneur d'ordre, l'obligation de mettre les fonds à disposition à une date de disponibilité indiquée dans l'ordre de paiement, mais n'a pas tranché la question (A/CN.9/329, par. 167).

#### *Article 9. Moment où la banque réceptrice doit exécuter l'ordre de paiement et en donner avis*

1) La banque réceptrice est tenue d'exécuter l'ordre de paiement le jour où elle le reçoit, sauf si :

a) une date postérieure est indiquée sur l'ordre, auquel cas l'ordre est exécuté à cette date; ou

b) l'ordre précise une date de disponibilité et cette date indique qu'une exécution postérieure est appropriée afin que la banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement et place les fonds à la disposition du bénéficiaire à la date de disponibilité.

2) L'avis qui doit être donné conformément aux dispositions des paragraphes 3, 4 ou 5 de l'article 6 ou des paragraphes 2, 3, 4 ou 5 de l'article 8 doit l'être le jour où est reçu l'ordre de paiement.

3) La banque réceptrice qui reçoit un ordre de paiement après l'heure limite pour ce type d'ordre de paiement est habilitée à le considérer comme ayant été reçu le jour suivant où elle exécute ce type d'ordre de paiement.

4) Si la banque réceptrice est tenue d'agir un jour où elle n'est pas ouverte pour l'exécution d'ordres de paiement du type en question, elle doit agir le jour suivant où elle exécute ce type d'ordre de paiement.

5) Pour l'application du présent article, les agences d'une banque, même si elles sont situées dans le même Etat, sont des banques distinctes.

#### *Examen antérieur*

A/CN.9/297, par. 65 à 68

A/CN.9/317, par. 94 à 107

A/CN.9/328, par. 76 à 91

A/CN.9/329, par. 168 à 183

#### *Commentaire*

1. Durant la dix-neuvième session du Groupe de travail, à l'issue d'un débat sur l'ancien projet de l'article 7, établi par le Secrétariat pour la dix-huitième session, un nouveau projet a été élaboré par un petit groupe (A/CN.9/328, par. 88). Après examen du projet à la fin de la dix-neuvième session, ce petit groupe a de nouveau révisé le projet d'article pour examen à la vingtième session en tenant compte de la restructuration du projet de loi type entreprise par le groupe de rédaction (A/CN.9/328, par. 89 à 91). L'article 9 a de nouveau été révisé à la vingtième session.

#### *Objet du paragraphe 1*

2. Le paragraphe 1 a pour objet d'indiquer le délai dans lequel la banque réceptrice doit exécuter l'ordre de paiement; il ne vise pas à énoncer une obligation fondamentale d'exécuter cet ordre.

#### *Exécution le jour même*

3. La règle générale énoncée dans la phrase d'introduction du paragraphe 1 est la suivante : l'ordre de paiement doit être exécuté le jour où il est reçu.

4. Le Groupe de travail a toujours considéré comme appropriée cette règle générale. Une telle règle n'aurait peut-être pas été appropriée lorsque les virements, y compris les virements internationaux, étaient sur papier. Toutefois, la vaste majorité des virements internationaux sont maintenant transmis par des moyens électroniques, notamment grâce à des transferts de données en ligne. Dans ce cas, il est légitime d'attendre de la banque réceptrice qu'elle agisse rapidement (A/CN.9/329, par. 176 et 177).

5. Toutefois, cette règle est stricte, et il convient de l'assouplir par diverses dispositions supplémentaires. La première disposition, qui figure dans le paragraphe 1 même, est que l'ordre de paiement peut indiquer qu'une exécution ultérieure est souhaitée, soit en spécifiant une date d'exécution ultérieure, soit en spécifiant une date de disponibilité indiquant qu'une exécution ultérieure est appropriée.

6. La deuxième disposition venant assouplir la règle est que la banque réceptrice n'est pas tenue d'exécuter l'ordre de paiement qu'elle reçoit par le fait même de

cette réception (paragraphe 6 du commentaire de l'article 5). Aussi la banque réceptrice n'est-elle tenue d'exécuter l'ordre de paiement dans un délai donné que si elle l'a accepté en application du paragraphe 2 de l'article 5 ou du paragraphe 1 de l'article 7. L'une des applications particulièrement importantes de cette règle est que, puisque l'acceptation par une banque d'un ordre de paiement faute d'avis de rejet en vertu de l'article 5-2 *a* ou 7-1 *a* ne peut intervenir que "lorsque la banque... a reçu paiement de l'expéditeur conformément aux dispositions de l'article 4-4", la banque réceptrice qui reçoit des fonds suffisants à une date postérieure à la date de réception et qui exécute l'ordre à cette date-là s'est acquittée de ses obligations en vertu de l'article 9-1, ce qui ne serait pas le cas si elle avait convenu avec l'expéditeur qu'elle exécuterait les ordres de paiement dès réception, car, en pareil cas, la banque réceptrice aurait accepté l'ordre de paiement lorsque ce dernier aurait été reçu (art. 5-2 *b* et 7-1 *b*).

7. La troisième disposition venant assouplir la règle, énoncée au paragraphe 3, tient compte du fait que les banques fixent des heures limites pour le traitement des ordres de paiement devant être exécutés le jour même. Ces heures limites peuvent être différentes selon les types d'ordres de paiement, et une banque peut fixer son heure limite pour certains types d'ordres de paiement en souscrivant au règlement intérieur d'un système de transfert de fonds. Tout ordre reçu après l'heure limite est considéré comme ayant été reçu le jour suivant où la banque exécute ce type d'ordre de paiement. Il n'y a pas de restriction quant au pouvoir discrétionnaire de la banque (ou du système de transfert de fonds) de fixer une heure limite et il n'est pas rare que cette heure limite soit midi (A/CN.9/329, par. 178).

8. La quatrième disposition, énoncée au paragraphe 5, est que les agences des banques, même si elles sont situées dans le même Etat, sont en l'occurrence considérées comme des banques distinctes. Lorsque les agences d'une banque traitent des ordres de paiement d'une manière décentralisée et qu'un ordre de paiement est envoyé d'une agence à une autre, il faut autant de temps pour l'exécuter que s'il avait été envoyé à une autre banque (A/CN.9/328, par. 82).

#### Avis

9. Conformément au paragraphe 2, les avis doivent être donnés le jour où est reçu l'ordre de paiement, sauf pour l'avis exigé par les articles 5-3, 7-2 et 8-6. L'avis donné par la banque du bénéficiaire au bénéficiaire qui n'a pas de compte auprès d'elle l'informant qu'elle tient des fonds à sa disposition, exigé par l'article 8-6, doit être donné à la date d'exécution.

10. Dans une communication adressée au Secrétariat après la vingtième session, dans laquelle elle proposait que soient apportés plusieurs changements à la disposition relative aux avis figurant dans l'article 6-3 (voir les paragraphes 8 à 11 du commentaire de l'article 6), la délégation du Royaume-Uni estimait que le délai dans lequel doit être donné avis du fait qu'un ordre de paiement reçu a été mal dirigé, comme l'exige l'article 6-3, risquait d'être

trop court. Lorsqu'un ordre de paiement est reçu, qui indique une date d'exécution très postérieure à la date de réception, le fait qu'il a été mal dirigé risque de ne pas être décelé le jour de la réception. La délégation du Royaume-Uni a suggéré que l'article 9-2 soit modifié comme suit :

"L'avis, qui doit être donné en application de l'article 6-3, doit l'être avant la fermeture le lendemain du jour où l'erreur a été détectée."

11. La délégation du Royaume-Uni a fait à propos de l'article 8-2 la même proposition que pour l'article 6-3. Toutefois, estimant que la banque du bénéficiaire s'assurait en général qu'il s'agit bien de la banque correcte, la délégation britannique a proposé un libellé quelque peu différent, ainsi conçu :

"L'avis qui doit être donné en application de l'article 8-2 doit l'être avant la fermeture le lendemain du jour où le fait que l'ordre de paiement contenait des informations indiquant qu'il avait été mal dirigé a été découvert, ou aurait raisonnablement dû l'être."

#### Date d'exécution

12. Conformément à l'article 2 *k*, on entend par date d'exécution la date à laquelle la banque réceptrice doit exécuter l'ordre de paiement conformément aux dispositions de l'article 9. Trois dates différentes peuvent donc être retenues pour la date d'exécution. En règle générale, la date d'exécution est le jour où l'ordre de paiement est reçu. Si une date d'exécution ultérieure est indiquée dans l'ordre de paiement, la date d'exécution est à cette date. Si une date de disponibilité est indiquée dans l'ordre de paiement, la date d'exécution pour une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire est la date qui permet à la banque du bénéficiaire d'accepter un ordre de paiement et de mettre les fonds à la disposition du bénéficiaire à la date de disponibilité.

13. A sa vingtième session, le Groupe de travail a renvoyé à une session ultérieure la question de savoir s'il fallait accorder un délai particulier à la banque du donneur d'ordre qui recevait un ordre de paiement conditionnel ou si l'on pouvait arriver au résultat souhaité par l'interprétation du paragraphe 1 (A/CN.9/329, par. 173 et 174). Or, il n'est plus nécessaire d'examiner la question, le Groupe de travail ayant décidé à sa vingt et unième session que les ordres de paiement conditionnels ne devraient pas être considérés comme des ordres de paiement aux fins de la Loi type (A/CN.9/341, par. 73).

14. Si la banque réceptrice exécute l'ordre avant la date d'exécution, l'ordre est accepté (art. 5-2 *d* et 7-2 *d*) et l'expéditeur n'a plus la possibilité de le révoquer (art. 10-1 *b* et 10-2 *b*). A la dix-neuvième session, on a avancé que l'expéditeur ne devrait pas perdre la faculté de révoquer son ordre de paiement avant la date d'exécution, même si l'ordre de paiement était exécuté prématurément par la banque réceptrice (A/CN.9/328, par. 78). Toutefois, aucune disposition à cet effet n'a été introduite dans le projet de loi type par le groupe de rédaction. Cette question a été de nouveau soulevée lors de la vingtième session, où on a déclaré qu'une telle règle aurait ses effets les plus

importants en cas d'insolvabilité. Le Groupe de travail a décidé de revenir sur la question lorsqu'il examinerait les articles 10 et 12 (A/CN.9/329, par. 168 et 169). A ce propos, on notera que l'expéditeur n'est pas tenu de payer la banque réceptrice avant la date d'exécution (art. 4-4).

15. Si l'on introduisait dans la Loi type une disposition autorisant l'expéditeur à révoquer son ordre de paiement jusqu'à la date d'exécution, celui-ci pourrait sans doute prétendre au remboursement des fonds déjà versés à la banque réceptrice; le droit de l'expéditeur à obtenir remboursement du bénéficiaire serait alors transféré à la banque (comparer avec les paragraphes 6 et 7 de l'article 10).

16. Le défaut d'exécution d'un ordre de paiement par la banque réceptrice à la date d'exécution engagerait sa responsabilité en vertu de l'article 12. La banque réceptrice peut exécuter l'ordre de paiement tardivement parce que celui-ci a été reçu tardivement. En application de l'article 7-2, tel qu'il avait été adopté à la dix-huitième session (A/CN.9/318, annexe), la banque qui recevait tardivement un ordre de paiement s'acquittait néanmoins de ses obligations si elle l'exécutait le jour où elle l'avait reçu, "quelle que soit la date d'exécution, de valeur ou de disponibilité qui y [était] indiquée". Bien qu'aucune objection n'ait été émise à propos de ce paragraphe lors de la dix-neuvième session (A/CN.9/328, par. 81 et 82), il n'a pas été retenu dans l'article qui a été remanié par le groupe de rédaction. A la vingtième session, le Groupe de travail a décidé que la substance de l'ancien article 7-2 était actuellement couverte par le chapeau de l'article 9 où il est dit que la banque réceptrice est tenue d'exécuter l'ordre de paiement le jour où elle le reçoit (A/CN.9/329, par. 170).

#### *Date de disponibilité*

17. Aux termes de l'alinéa 1 de l'article 2, on entend par date de disponibilité "la date spécifiée sur l'ordre de paiement à laquelle les fonds doivent être placés à la disposition du bénéficiaire". (Voir les paragraphes 58 à 62 du commentaire de l'article 2.) La date de disponibilité est de première importance pour l'ordre de paiement adressé à la banque du bénéficiaire car c'est cette banque qui doit placer les fonds à la disposition du bénéficiaire. Une date de disponibilité figurant dans un ordre de paiement envoyé à la banque du bénéficiaire fait fonction de date d'exécution.

18. Dans une communication adressée au Secrétariat après la vingt et unième session, la délégation du Royaume-Uni a suggéré de remplacer l'expression "date de disponibilité" par "date à laquelle les fonds doivent être mis à la disposition du bénéficiaire". A moins que le Groupe de travail ne décide que l'expression "date de disponibilité" est nécessaire dans l'article 12-4, on pourrait aussi supprimer la définition figurant à l'alinéa 1 de l'article 2.

#### *Dérogation par contrat*

19. En réponse à une proposition avancée lors de la vingtième session tendant à ce que l'expéditeur et la banque réceptrice puissent déroger par voie d'accord aux dispositions du paragraphe 1, on a indiqué qu'une telle

possibilité interdirait à la banque du donneur d'ordre de prévoir combien de temps prendrait un virement international lorsqu'il devait passer par plusieurs banques intermédiaires (A/CN.9/329, par. 180). Cependant, du fait de l'adoption de l'article 16 à la vingt et unième session, les parties sont libres de déroger à toute disposition de l'article 9. Au cas où le Groupe de travail souhaiterait réaffirmer les principes généraux énoncés à la vingtième session pour l'ensemble ou une partie de l'article 9, il lui faudrait le faire expressément.

#### *Comparaison avec l'Article 4A*

20. Les dispositions combinées des articles 4A-301(b) et 4A-302(a) sont identiques quant au fond à celles du paragraphe 1. Comme il n'y a pas de règles concernant les avis à donner qui soient équivalentes à celles qui sont mentionnées au paragraphe 2, il n'y a pas non plus de délais équivalents à ceux dont il est question au paragraphe 2. L'article 4A-106 est semblable aux paragraphes 3 et 4. L'article 4A-209(d) dispose qu'un ordre de paiement émis à l'intention de la banque du donneur d'ordre ne peut être accepté avant la date de disponibilité si ladite banque est celle du bénéficiaire, ou la date d'exécution si ladite banque n'est pas celle du bénéficiaire.

#### *Article 10. Révocation*

1. Un ordre de révocation adressé à une banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire prend effet :

a) s'il émane de l'expéditeur de l'ordre de paiement;

b) s'il a été reçu suffisamment à temps avant l'exécution de l'ordre de paiement pour permettre à la banque réceptrice, si elle y donne suite aussi rapidement que les circonstances le permettent, d'annuler l'exécution de l'ordre de paiement; et

c) s'il a été authentifié de la même manière que l'ordre de paiement.

2) Un ordre de révocation adressé à la banque du bénéficiaire prend effet :

a) s'il émane de l'expéditeur de l'ordre de paiement;

b) s'il a été reçu suffisamment à temps avant l'acceptation de l'ordre de paiement pour permettre à la banque du bénéficiaire, si elle y donne suite aussi rapidement que les circonstances le permettent, de ne pas accepter l'ordre de paiement; et

c) s'il a été authentifié de la même manière que l'ordre de paiement.

3) Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, l'expéditeur et la banque réceptrice peuvent convenir que les ordres de paiement adressés par l'expéditeur à la banque réceptrice seront irrévocables ou qu'un ordre de révocation ne prend effet que s'il est reçu avant le délai indiqué aux paragraphes 1 et 2.

4) Si l'ordre de révocation est reçu par la banque réceptrice trop tard pour prendre effet au titre du paragraphe 1, elle révoque, aussi rapidement que les

circonstances le permettent, l'ordre de paiement qu'elle a adressé à sa propre banque réceptrice, à moins que l'ordre de paiement ne soit irrévocable en vertu d'un accord visé au paragraphe 3.

5) L'expéditeur d'un ordre de révocation d'un ordre de paiement qui n'est pas irrévocable en vertu d'un accord visé au paragraphe 3 n'est pas tenu de payer à la banque réceptrice le montant correspondant à l'ordre de paiement :

a) si, du fait de la révocation, le virement n'est pas opéré; ou

b) si, en dépit de la révocation, le virement a été opéré parce que la banque réceptrice, ou une banque réceptrice suivante, ne s'est pas acquittée des obligations qui lui incombent en vertu des paragraphes 1, 2 ou 4.

6) Si un expéditeur qui, en vertu du paragraphe 5, n'est pas tenu de payer la banque réceptrice l'a déjà fait pour l'ordre de paiement révoqué, il a droit au remboursement des fonds ainsi versés.

7) Si le donneur d'ordre n'est pas tenu de payer le montant correspondant à l'ordre de paiement en vertu du paragraphe 5 b ou s'il a été remboursé en vertu du paragraphe 5 b ou en vertu du paragraphe 6, le droit du donneur d'ordre d'être remboursé par le bénéficiaire est cédé à la banque qui ne s'est pas acquittée des obligations qui lui incombent en vertu des paragraphes 1, 2 ou 4.

8) Le décès, la faillite ou l'incapacité de l'expéditeur ou du donneur d'ordre n'affectent pas la validité juridique d'un ordre de paiement émis avant qu'ils n'interviennent.

9) Aux fins du présent article, une agence de la banque, même si elle est située dans le même pays, constitue une banque distincte.

#### Examen antérieur

A/CN.9/297, par. 79 et 92 à 95

A/CN.9/317, par. 68 et 120 à 133

A/CN.9/328, par. 92 à 116

A/CN.9/329, par. 184 à 186

#### Erreur à l'annexe du document A/CN.9/341

Dans le texte français, on a utilisé par erreur les mots "annulation" ou "annuler" au lieu de "révocation" ou "révoquer".

#### Commentaire

1. L'article 10 présente une règle cadre concernant la révocation des ordres de paiement après qu'ils ont été reçus par la banque réceptrice. A la dix-neuvième session du Groupe de travail, il a été avancé que, puisque les virements internationaux sont presque toujours expédiés par des moyens de télécommunication en direct et traités par ordinateur, l'expéditeur aura bien peu de chances de révoquer l'ordre de paiement avant que cet ordre ne soit exécuté par la banque réceptrice; toute disposition à ce

propos était donc superflue. Il a été répondu que, si la révocation arrivait trop tard parce que les opérations étaient effectuées par des systèmes électroniques très rapides, elle resterait sans effet. Cela n'était toutefois pas une raison pour empêcher le donneur d'ordre de tenter de révoquer cet ordre (A/CN.9/328, par. 93 et 94).

2. Le texte présenté à la dix-neuvième session du Groupe de travail comportait un ensemble de règles régissant tant la révocation que la modification de l'ordre de paiement. A cette session, il a été noté que la modification de l'ordre de paiement pourrait bien soulever d'autres questions d'ordre général, outre celles que posait la révocation des ordres (A/CN.9/328, par. 100). C'est pourquoi l'article 10 ne fait référence qu'à la révocation des ordres de paiement et aucune disposition du projet actuel ne traite de leur modification.

3. Dans une communication adressée au Secrétariat après la vingtième session, la délégation du Royaume-Uni estimait que la règle interdisant toute modification de l'ordre de paiement n'était pas suffisamment claire dans le texte et que l'on pourrait ajouter la formule suivante au paragraphe 2 :

"L'ordre de révocation est sans effet s'il ne vise qu'une partie seulement d'un ordre de paiement."

4. A sa vingtième session, le Groupe de travail a pris note d'une proposition qui supprimerait le droit de révoquer ou de modifier un ordre de paiement une fois qu'il avait été reçu par la banque réceptrice, mais qui permettrait à la banque réceptrice (autre que la banque du bénéficiaire) de donner suite à la demande d'assistance de l'expéditeur, qu'elle ait ou non auparavant accepté l'ordre de paiement, ou à la banque du bénéficiaire de donner suite à cette demande d'assistance, à condition qu'elle n'ait pas encore accepté l'ordre de paiement (A/CN.9/329, par. 184 à 186). Toutefois, aucune décision n'a été prise car il était entendu que l'examen de l'article 10 à cette session n'était que préliminaire.

5. On a également décidé à la vingtième session de placer les mots "ou de la révocation d'un ordre de paiement" entre crochets aux articles 2 j et 4-1 en raison de l'opposition au mécanisme de base prévu à l'article 10 qui s'était manifestée au sein du Groupe de travail (A/CN.9/329, par. 76 et 96).

#### Paragraphes 1 et 2

6. Les paragraphes 1 et 2 prévoient pour l'essentiel les mêmes règles pour la révocation d'un ordre de paiement envoyé à une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire et pour la révocation des ordres envoyés à une banque réceptrice qui est la banque du bénéficiaire. Dans les deux cas, la révocation ne peut être envoyée que par l'expéditeur de l'ordre de paiement; ni le donneur d'ordre, ni une banque antérieure dans la chaîne du virement ne peut révoquer l'ordre, même s'ils y ont intérêt. Dans une communication adressée après la vingtième session au Secrétariat, la délégation du Royaume-Uni a proposé que soient ajoutés les mots "ou de toute autre personne ayant autorité pour lier l'expéditeur" aux alinéas 1 a et 2 a.

7. Dans les deux cas, l'ordre de paiement ne peut être révoqué que si la révocation est reçue à temps par la banque réceptrice. Lorsque la banque réceptrice n'est pas la banque du bénéficiaire, le fait qui met fin au droit de révocation est l'exécution de l'ordre par la banque réceptrice. Bien que le projet de loi type actuel ne définisse pas ce qui constitue l'exécution de l'ordre par la banque réceptrice, on peut supposer qu'il s'agit de l'expédition par cette banque de son propre ordre de paiement ayant pour objet l'exécution de l'ordre de paiement reçu (on comparera l'article 5-2 *d* à l'article 6-2). Si l'envoi par la banque de son propre ordre de paiement valait aussi acceptation de l'ordre reçu, d'autres formes d'acceptation en vertu de l'article 5-2 ne vaudraient pas exécution de l'ordre reçu. Dans le cas de la banque du bénéficiaire, le fait qui met fin au droit de révocation est l'acceptation de l'ordre par la banque de l'une des manières décrites à l'article 7-1.

8. Dans une communication adressée au Secrétariat après la vingtième session, la délégation du Royaume-Uni a proposé que l'alinéa 1 *b* soit ainsi rédigé :

"*b*) s'il a été reçu suffisamment à temps pour permettre à la banque réceptrice, si elle agit aussi rapidement qu'il est raisonnable dans toutes les circonstances, de ne pas accepter l'ordre de paiement, et"

et que l'alinéa 2 *b* soit ainsi rédigé :

"*b*) s'il a été reçu suffisamment à temps pour permettre à la banque du bénéficiaire, si elle agit aussi rapidement qu'il est raisonnable dans toutes les circonstances, de ne pas accepter l'ordre de paiement, et".

9. La banque réceptrice bénéficie d'un certain délai pour donner suite à la révocation reçue. Ce délai doit être "suffisamment" long pour permettre à la banque "si elle y donne suite aussi rapidement que les circonstances le permettent," d'annuler l'exécution de son propre ordre ou de ne pas accepter l'ordre reçu, selon le cas. La durée du délai ainsi définie est de nature indéterminée car elle est fonction de l'aptitude à agir de la banque réceptrice (A/CN.9/328, par. 96 et 116). Le délai requis variera d'une banque à l'autre, même d'une agence à l'autre, et sera fonction de la nature de l'ordre de paiement et du moyen de communication emprunté par la révocation.

10. La révocation doit être authentifiée de la même manière que l'ordre de paiement. Cela signifie qu'elle doit être envoyée par le même moyen de communication que l'ordre de paiement. Lorsque ce libellé a été mis en doute lors de la dix-neuvième session du Groupe de travail, à propos du cas où un ordre de paiement sur papier serait révoqué par télex certifié, il a été répondu que l'on avait essayé de poser comme règle que l'authentification de la révocation devait être aussi bonne ou meilleure que celle de l'ordre de paiement dont la révocation était demandée, mais que cela ne s'était pas révélé possible (A/CN.9/328, par. 114).

11. Dans une communication adressée au Secrétariat après la vingtième session, la délégation du Royaume-Uni a indiqué qu'il serait souhaitable d'ajouter à la fin des alinéas 1 *c* et 2 *c* les mots "ou de toute autre manière convenue par l'expéditeur et la banque réceptrice".

12. Lors des dix-neuvième et vingtième sessions du Groupe de travail, on a noté que l'expéditeur ne devrait pas perdre la faculté de révoquer son ordre de paiement avant la date d'exécution, même si l'ordre avait été exécuté prématurément par la banque réceptrice (A/CN.9/328, par. 78; A/CN.9/329, par. 168 et 169; voir le paragraphe 14 du commentaire de l'article 9).

13. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-211 permet d'annuler ou de modifier l'ordre de paiement tant que celui-ci n'a pas été accepté. Une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire peut convenir d'annuler ou de modifier un ordre qu'elle a reçu, même si elle l'a déjà accepté, ou peut être tenue de l'annuler ou de le modifier en vertu d'une règle régissant le système de transfert de fonds, mais elle doit avoir la possibilité d'annuler tout ordre qu'elle a émis en exécution de l'ordre qu'elle a reçu. La banque du bénéficiaire peut convenir — ou être tenue en application d'une règle régissant le système de transfert de fonds — d'annuler ou de modifier un ordre qui a été émis en exécution d'un ordre de paiement non autorisé ou par suite de telle ou telle erreur commise par l'expéditeur. Ces dispositions de l'Article 4A couvrent pour l'essentiel les problèmes traités aux paragraphes 1 à 4 de l'article 10.

### Paragraphe 3

14. Le paragraphe 3 a été introduit dans le projet de loi type lors de la dix-neuvième session du Groupe de travail (A/CN.9/328, par. 98). Les accords limitant la faculté qu'a l'expéditeur de révoquer un ordre de paiement ne sont pas rares dans les mécanismes de paiement multilatéraux, notamment lorsque les règlements nets sont retardés, ainsi que dans les systèmes de traitement par lots où il serait difficile, sinon impossible, d'extraire du lot un ordre de paiement donné. Le paragraphe 3 ne s'applique sans doute pas à une restriction propre à un système de télécommunications, interdisant le retrait d'un message une fois celui-ci envoyé. Même un message télex ne peut être retiré d'un système de télécommunications public une fois qu'il a été envoyé; toutefois, l'ordre figurant dans le message peut être révoqué en application des paragraphes 1 ou 2.

15. Lorsque le paragraphe 3 a été introduit, à la dix-neuvième session du Groupe de travail, des craintes ont été exprimées au sujet de l'effet qu'aurait ce paragraphe, dans la mesure où le donneur d'ordre pouvait ignorer que certaines banques par lesquelles passerait le virement avaient conclu des accords rendant irrévocables les ordres de paiement qu'elles s'adressaient (A/CN.9/328, par. 115). Un accord d'une chambre de compensation, par exemple, par l'intermédiaire de laquelle la banque du donneur d'ordre aurait envoyé l'ordre de paiement à une banque intermédiaire, qui limiterait le droit à révocation de l'ordre, empêcherait le donneur d'ordre de révoquer le virement, même si la banque du bénéficiaire n'avait pas encore accepté l'ordre. Cette conséquence est explicitement énoncée au paragraphe 4.

16. A sa vingt et unième session, le Groupe de travail a adopté l'article 16 qui prévoit une liberté contractuelle générale "sauf disposition contraire de la présente loi". Si le droit de révoquer un ordre de paiement, prévu à

l'article 10, est maintenu, le Groupe de travail voudra peut-être réexaminer le paragraphe 3 à la lumière de l'article 16. Dans une communication adressée au Secrétariat après la vingt et unième session, la délégation du Royaume-Uni a suggéré, au cas où ledit paragraphe serait conservé, de remplacer "Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2" par "Pour écarter tout risque de doute", afin de ne pas porter atteinte à la portée générale de l'article 16.

#### Paragraphe 4

17. Si une banque réceptrice a déjà émis son propre ordre de paiement visant à donner suite à l'ordre de paiement reçu, le paragraphe 4 dispose qu'elle révoque son propre ordre de paiement adressé à sa banque réceptrice. Cette obligation est automatique et ne suppose pas une demande de l'expéditeur, mais elle est fonction de l'existence ou non d'un accord limitant le droit qu'a la banque réceptrice en tant qu'expéditeur de révoquer son propre ordre, conformément au paragraphe 3. Ce sont les paragraphes 1 ou 2 qui déterminent si la révocation prendra effet. La série de messages peut aller d'une banque à l'autre jusqu'à ce que l'ordre de paiement soit révoqué ou jusqu'à ce que la banque du bénéficiaire soit atteinte. Le virement ne peut plus être interrompu par révocation de l'ordre de paiement, une fois que la banque du bénéficiaire a accepté l'ordre donnant effet au virement.

18. Dans une communication adressée au Secrétariat après la vingtième session, la délégation du Royaume-Uni a suggéré de remanier le paragraphe 4. Le changement le plus important serait qu'il soit révoqué "en toutes circonstances" obligatoirement donné "aussi rapidement qu'il est raisonnable".

#### Paragraphes 5 et 6

19. Ces deux paragraphes disposent que l'expéditeur d'un ordre de révocation qui est opérant ou qui aurait dû être opérant n'est pas tenu de payer le montant correspondant à l'ordre de paiement, comme il le serait normalement en vertu de l'article 4-4, et a droit au remboursement de tous fonds versés. A la dix-neuvième session, on a émis l'avis que l'expéditeur devrait être en droit de recouvrer le montant initial du virement moins les frais. On a fait observer que c'était là une question qui se posait également pour le remboursement des fonds dans le cas d'un virement qui n'avait pas été correctement effectué et qu'il faudrait la traiter à un stade ultérieur (A/CN.9/328, par. 115). On peut estimer que l'expéditeur qui a droit à remboursement en application du paragraphe 6 devrait également avoir droit au versement d'intérêts sur les fonds versés pour la période pendant laquelle il n'a pu utiliser les fonds en question. Par comparaison, voir les paragraphes 25 à 35 du commentaire de l'article 12.

20. Dans une communication adressée au Secrétariat après la vingtième session, la délégation du Royaume-Uni a suggéré de remanier les alinéas *a* et *b* du paragraphe 5 comme suit :

"a) si, du fait de la révocation, l'ordre de paiement n'a pas été accepté par la banque du bénéficiaire; ou

b) si, en dépit de la révocation, l'ordre de paiement a été accepté parce que la banque réceptrice, ou une banque réceptrice suivante, ne s'est pas acquittée des obligations qui lui incombent du fait de l'application des paragraphes 1 et 2 ou en vertu du paragraphe 4."

21. La délégation du Royaume-Uni a aussi suggéré d'insérer les mots "par la banque réceptrice" entre "remboursement" et "des fonds ainsi versés" à la fin du paragraphe 6.

22. *Comparaison avec l'Article 4A.* Les paragraphes 5 et 6 semblent correspondre aux alinéas *c* et *d* de l'article 4A-402 qui, à cet égard, semblent être l'équivalent de l'alinéa *b* de l'article 11.

#### Paragraphe 7

23. Si une banque a exécuté un ordre de paiement bien qu'elle ait reçu une révocation valide, il est probable que les fonds seront portés au crédit du compte du bénéficiaire. Le paragraphe 7 donne à la banque qui a fait l'erreur et qui est tenue de rembourser l'expéditeur le moyen de récupérer les fonds en se voyant céder le droit du donneur d'ordre à obtenir remboursement du bénéficiaire.

24. Dans certaines circonstances, le paragraphe 7 ne donnera pas à la banque la pleine protection qui était envisagée et le donneur d'ordre pourra tirer un profit injustifié. Bien que l'expéditeur ait un droit absolu à obtenir remboursement de la banque qui a commis l'erreur en application du paragraphe 6, le donneur d'ordre n'aura peut-être pas le droit d'obtenir remboursement du bénéficiaire, s'il lui doit par exemple ce montant. Le droit cédé à la banque qui a commis l'erreur ne peut être supérieur au droit dont jouit le donneur d'ordre.

25. Dans une certaine mesure, le paragraphe 7 remplace l'ancien article 8-7, que le Groupe avait adopté à sa dix-huitième session (A/CN.9/318, annexe) et supprimé à sa dix-neuvième session (A/CN.9/328, par. 106). Cette disposition aurait donné à la banque du bénéficiaire le droit de contre-passer le crédit porté au compte du bénéficiaire, si ce crédit répondait à certains critères objectifs permettant de déterminer qu'il était le résultat d'une erreur ou d'une fraude. Pour ce qui est de l'origine de l'ancien article 8, on se reportera au paragraphe 79 du document A/CN.9/297 et au paragraphe 68 du document A/CN.9/317. Le libellé actuel du paragraphe 7 a un champ d'application fortement restreint par rapport à la disposition antérieure.

26. Afin d'éviter les problèmes mentionnés au paragraphe 24 du commentaire et parce que le renvoi qui, dans le paragraphe 7 de l'article 10, est fait au paragraphe 6 a été jugé incorrect, l'argument avancé étant que le paragraphe 6 renvoie au paragraphe 5 et que le paragraphe 7 ne peut s'appliquer si le paragraphe 5 *a* s'applique, la délégation du Royaume-Uni a, dans une communication adressée au Secrétariat après la vingtième session, suggéré le remaniement suivant :

"7) Si le donneur d'ordre a été remboursé en vertu du paragraphe 5 *b*, la banque dont le non-acquittement des

obligations qui lui incombent en vertu des paragraphes 1, 2 ou 4 a entraîné l'achèvement du virement aura des droits à remboursement par le bénéficiaire égaux à ceux qu'aurait eu le donneur d'ordre s'il n'avait pas été remboursé. Si le donneur d'ordre n'a pas payé le montant correspondant à l'ordre de paiement et n'est, en vertu du paragraphe 5 b, pas tenu de le faire, ladite banque a, en vertu de ce paragraphe, des droits égaux à ceux qu'elle aurait eus si le donneur d'ordre avait payé le montant en question et avait été remboursé."

27. *Comparaison avec l'Article 4A.* Il n'y a pas de disposition directement équivalente dans l'Article 4A. On pourra cependant se reporter à l'article 4A-211(c)(2).

#### Paragraphe 8

28. Afin de rendre la disposition plus claire et d'éviter que le mot "*bankruptcy*" ("faillite") ne puisse être interprété dans un sens restrictif (comme en droit anglais où il ne correspond qu'à la faillite personnelle), la délégation du Royaume-Uni a, dans une communication adressée au Secrétariat, suggéré la révision ci-après :

"8) Le décès, la faillite ou l'incapacité de l'expéditeur ou du donneur d'ordre n'emportent pas automatiquement la révocation de l'ordre de paiement ou la fin des pouvoirs de l'expéditeur. Par 'faillite' on entend toutes formes d'insolvabilité qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales."

29. On notera que l'article 52-1 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux traite comme suit d'un problème similaire :

"1) Le porteur est dispensé de la présentation obligatoire ou facultative de la lettre à l'acceptation lorsque :

a) Le tiré est décédé ou n'a plus la libre administration de ses biens, notamment en raison de son insolvabilité, ou est une personne fictive, ou une personne qui n'a pas la capacité d'être obligée par la lettre en tant qu'accepteur; ou

b) Le tiré est une société, une association ou une autre personne morale qui a cessé d'exister."

30. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-211(g) dispose que :

"Le décès ou l'incapacité légale de l'expéditeur n'emporte la révocation de l'ordre de paiement que si la banque réceptrice a connaissance du décès ou de l'incapacité prononcée par un tribunal compétent et a une possibilité raisonnable d'agir avant l'acceptation de l'ordre."

#### Paragraphe 9

31. Il faudrait réviser ce paragraphe de manière à aligner sa formulation sur celle des articles précédents.

#### Nouvelle proposition

32. L'ancien article 8-8 disposait qu'une banque n'est pas tenue de libérer les fonds reçus si cela lui est interdit

par un tribunal compétent. Lorsqu'il a supprimé ce paragraphe, à sa dix-neuvième session, le Groupe de travail a décidé d'examiner une proposition, qui lui serait soumise par la suite, prévoyant que les tribunaux pourraient ordonner à une banque de ne pas donner suite à un ordre de paiement si la justification à cela était établie (A/CN.9/328, par. 109).

33. Une proposition, présentée à la dix-neuvième session, mais non encore examinée alors par le Groupe de travail, énonçait ce qui suit :

"Pour des raisons dûment fondées et conformément à la législation en vigueur, un tribunal peut interdire :

a) à une personne d'émettre un ordre de paiement visant à opérer un premier virement;

b) à la banque du donneur d'ordre d'exécuter l'ordre de paiement donné par celui-ci; ou

c) à la banque du bénéficiaire de remettre des fonds au bénéficiaire ou à celui-ci de retirer des fonds.

Un tribunal ne peut, hormis ces cas, interdire à une personne d'adresser un ordre de paiement, d'effectuer ou de recevoir un paiement au titre d'un ordre de paiement, ou d'accomplir toute autre opération relative à un virement, mais une banque n'a pas d'obligation si elle agit conformément à l'ordre donné par un tribunal compétent."

34. *Comparaison avec l'Article 4A.* Le texte de la proposition est identique à celui de l'article 4A-503, sauf la dernière clause qui ne figure pas dans ledit article.

### CHAPITRE III. CONSÉQUENCES DES INCIDENTS, ERREURS OU RETARDS DANS LES VIREMENTS

#### Article 11. [Assistance et remboursement]

La banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire et qui accepte un ordre de paiement est tenue en vertu de celui-ci :

a) lorsqu'un ordre de paiement est émis à l'intention de la banque du bénéficiaire pour un montant inférieur à celui figurant sur l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre à l'intention de sa propre banque, d'aider le donneur d'ordre et toute banque expéditrice ultérieure — et de solliciter à cette fin le concours de sa propre banque réceptrice — à obtenir l'émission à l'intention de la banque du bénéficiaire d'un ordre de paiement couvrant la différence entre le montant versé à la banque du bénéficiaire et le montant indiqué dans l'ordre de paiement que le donneur d'ordre a émis à l'intention de sa propre banque;

b) lorsqu'un ordre de paiement conforme au contenu de l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre et comportant les instructions nécessaires pour donner suite au virement de manière appropriée n'est pas émis à l'intention de la banque du bénéficiaire ou n'est pas accepté par celle-ci, de rembourser à son expéditeur tous fonds reçus de celui-ci, la banque réceptrice ayant par ailleurs le droit à la restitution de tous fonds qu'elle a pu verser à sa propre banque réceptrice.

*Examen antérieur*

- A/CN.9/318, par. 151 à 154  
 A/CN.9/328, par. 54 à 58  
 A/CN.9/341, par. 56

*Commentaire*

1. L'article 11 énonce les obligations fondamentales de la banque réceptrice en cas de problèmes liés à l'exécution d'un virement. Il reprend les anciens alinéas *b* et *c* de l'article 5-3, tels qu'ils ont été rédigés à la dix-huitième session, l'ordre de ces alinéas étant inversé. A la dix-neuvième session, le groupe de rédaction n'a pu décider d'un titre pour ce nouvel article; aussi a-t-il placé le titre provisoire entre crochets. L'article 11 n'a été examiné ni à la vingtième ni à la vingt et unième session.

*Alinéa a*

2. La première obligation de la banque réceptrice, lorsque le virement n'a pas été effectué comme il convient, est de faire le nécessaire pour qu'il soit exécuté. Si la banque réceptrice est à l'origine des difficultés, elle s'acquittera des obligations que lui confère l'alinéa *a* en prenant elle-même les mesures requises. Si les difficultés se sont produites dans une banque ultérieure de la chaîne du virement, la banque réceptrice est tenue de contribuer à l'exécution appropriée du virement, par exemple en déterminant où le problème s'est posé ou en envoyant de nouvelles instructions à la banque ultérieure.

3. L'alinéa *a* a été adopté à la dix-huitième session du Groupe de travail et n'a pas été examiné à la dix-neuvième session. Toutefois, le groupe de rédaction a modifié légèrement le texte à la dix-neuvième session en faisant référence à l'émission d'un ordre de paiement pour un montant "inférieur à" plutôt que "différent de" celui figurant dans l'ordre de paiement du donneur d'ordre. Cette modification visait à préciser la disposition, mais n'en modifiait pas pour l'essentiel l'application, puisque le libellé antérieur n'aurait pu être appliqué que lorsque l'ordre de paiement était d'un montant inférieur au montant correct. On pourrait envisager d'étendre cet alinéa au cas où aucun ordre de paiement n'a été émis à l'intention de la banque du bénéficiaire, ce qui ne serait pas possible en interprétant le texte actuel.

4. *Comparaison avec l'Article 4A.* Il n'y a pas de disposition équivalente dans l'Article 4A.

*Alinéa b*

5. L'alinéa *b* énonce une des règles les plus importantes du projet de loi type; si le virement n'est pas exécuté conformément à l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre, l'expéditeur est habilité à obtenir remboursement de tous fonds qu'il aura versés à la banque réceptrice. Ce droit revient en dernière analyse au donneur d'ordre, en tant qu'expéditeur du premier ordre de paiement dans la chaîne du virement.

6. Deux situations différentes sont envisagées à l'alinéa *b* : aucun ordre de paiement n'a été accepté par la banque du bénéficiaire (peut-être parce qu'aucun ne lui a

été envoyé), ou un ordre de paiement a été accepté qui n'était pas conforme à celui du donneur d'ordre, mais pas parce que son montant était insuffisant. L'alinéa *b*, tel que rédigé actuellement, s'appliquerait également au cas où l'ordre de paiement porte sur un montant insuffisant mais, dans un tel cas, il ne s'appliquerait normalement qu'au montant manquant et seulement à condition que l'alinéa *a* ne permette pas de remédier à cette situation. Il pourrait s'appliquer à l'intégralité du montant dans les rares cas où le virement d'un montant insuffisant ôte toute valeur commerciale à l'opération.

7. Un virement peut ne pas être exécuté comme il convient parce que l'indication du bénéficiaire ou de la banque du bénéficiaire est incorrecte sur un des ordres de paiement de la chaîne du virement, en raison d'une erreur ou d'une fraude. Il peut y avoir d'autres explications : l'imposition de restrictions en matière de change peut empêcher le virement; pour une raison ou une autre, le virement ne peut être effectué vers la banque du bénéficiaire ou vers le pays où est située la banque du bénéficiaire; la banque du bénéficiaire refuse l'ordre de paiement qui lui est adressé, ou le compte du bénéficiaire n'est plus ouvert aux virements. Dans la plupart des cas où l'indication incorrecte du bénéficiaire ou de la banque du bénéficiaire est le résultat d'une erreur, on peut supposer que l'erreur sera corrigée et que le virement sera effectué comme il convient, bien que tardivement. Si le virement porté au compte du bénéficiaire porte sur un montant supérieur au montant spécifié dans le paiement original, il faudrait interpréter l'alinéa *b* comme autorisant l'expéditeur à obtenir le remboursement des fonds versés en sus du montant correct. Peut-être serait-il bon de l'indiquer explicitement.

8. Bien qu'il soit toujours possible de remettre en cause la décision de caractère général que le Groupe de travail a prise à sa seizième session et affirmée à plusieurs occasions, selon laquelle le donneur d'ordre doit pouvoir tenir sa banque responsable de la bonne exécution du virement (A/CN.9/297, par. 55 à 60; voir A/CN.9/328, par. 66 à 74 et 144, A/CN.9/329, par. 188, question 4 et A/CN.9/341, par. 56), l'application de ce principe à la restitution de la somme principale lorsque le virement a échoué a reçu un accueil très favorable lors de la dix-neuvième session (A/CN.9/328, par. 54 à 58). L'obligation de la banque réceptrice est absolue et les exonérations prévues à l'article 13 ne s'appliquent pas. A sa dix-huitième session, le Groupe de travail a rejeté une proposition aux termes de laquelle l'obligation de la banque réceptrice consisterait à céder à son expéditeur le droit à remboursement qu'elle aurait sur sa propre banque réceptrice (A/CN.9/318, par. 153). Cette proposition aurait eu pour conséquence d'obliger le donneur d'ordre à adresser sa demande de remboursement à une banque ultérieure dans la chaîne du virement et à supporter le risque d'un remboursement incomplet. Ainsi, en vertu de l'article 11 *b*, si un virement n'est pas réalisé et si une banque réceptrice quelconque n'est pas en mesure de rembourser sa banque expéditrice, en raison peut-être de l'insolvabilité de ladite banque réceptrice ou de la cessation des paiements entre les deux Etats intéressés, c'est la banque ayant expédié l'ordre de paiement à la banque réceptrice incapable de rembourser qui supporterait le préjudice. Cette dernière serait normalement

une banque intermédiaire. Ce ne pourrait être la banque du bénéficiaire que si celle-ci n'avait pas accepté l'ordre de paiement tout en ayant reçu de son expéditeur le paiement correspondant, situation qui ne se produirait que rarement.

9. Dans une communication adressée au Secrétariat après la vingtième session, la délégation du Royaume-Uni a suggéré de réviser l'article comme suit :

"1) Lorsqu'aucun ordre de paiement conforme à l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre et comportant les instructions nécessaires pour donner suite au virement de manière appropriée n'est émis à l'intention de la banque du bénéficiaire, toute banque réceptrice doit :

a) aider le donneur d'ordre et toute banque expéditrice ultérieure — et solliciter à cette fin le concours de sa propre banque réceptrice — à obtenir l'émission à l'intention de la banque du bénéficiaire d'un ordre de paiement qui soit conforme et qui comporte lesdites instructions;

b) rembourser à son expéditeur tous fonds reçus de celui-ci au titre d'un ordre de paiement ou, lorsque des fonds excédentaires ont été reçus, rembourser le surplus.

2) Le paragraphe 1 b s'applique aussi lorsqu'un ordre de paiement est rejeté par la banque du bénéficiaire."

10. Dans une communication adressée au Secrétariat après la vingt et unième session, la délégation du Royaume-Uni réaffirmait sa conviction que la banque du bénéficiaire devrait être mentionnée dans l'article 11 b en tant que banque pouvant avoir à rembourser les fonds qu'elle a reçus. Cependant, elle estime maintenant que, lorsque la banque du bénéficiaire ne détient plus les fonds, une disposition complémentaire est nécessaire pour limiter le montant que ladite banque est tenue de rembourser au montant qu'elle peut, en vertu de la loi applicable, recouvrer auprès de la personne à laquelle les fonds ont été remis.

11. Lors de la dix-neuvième session, il a été proposé que le montant des fonds à rembourser soit le montant initial du virement moins les frais. Il a été déclaré que cette question devrait être traitée ultérieurement (A/CN.9/328, par. 115). Conformément à la décision qu'il a prise à sa vingt et unième session, selon laquelle l'article 14 ne devrait pas préciser si c'est au donneur d'ordre ou au bénéficiaire qu'il incombe en dernier ressort de prendre en charge les frais de virement (A/CN.9/341, par. 20), le Groupe de travail considérera peut-être que la Loi type ne devrait pas non plus préciser qui doit prendre en charge les frais de virement du montant à rembourser en vertu de l'article 11 b.

12. A la vingt et unième session, il a été déclaré que, lorsque le virement n'était pas achevé et que l'expéditeur d'un ordre de paiement avait le droit de récupérer ses fonds en application de l'article 11 b, l'expéditeur devrait aussi recouvrer les intérêts (A/CN.9/341, par. 118). On pourrait appliquer cette décision en insérant les mots "avec les intérêts" après "rembourser à son expéditeur" dans le texte de l'article 11-1 b proposé par la

délégation du Royaume-Uni (paragraphe 9 du commentaire de l'article 11). On se reportera aussi au paragraphe 31 du commentaire de l'article 12. La période pour laquelle la banque réceptrice aurait à payer les intérêts n'est pas indiquée, mais elle devrait aller de la date à laquelle la banque a reçu le paiement de l'expéditeur au titre de l'ordre de paiement jusqu'à celle à laquelle elle rembourse les fonds. Si la banque réceptrice en question a elle-même expédié l'ordre de paiement à une banque réceptrice ultérieure, elle aurait le droit d'être remboursée avec les intérêts correspondant au temps pendant lequel sa banque réceptrice aurait détenu les fonds, de sorte qu'elle-même n'aurait en définitive à payer d'intérêts que pour le temps pendant lequel elle aurait détenu les fonds correspondants au virement qui a échoué.

13. *Comparaison avec l'Article 4A.* Les dispositions 402 c, 402 d et 402 e de l'Article 4A sont équivalentes aux dispositions de l'alinéa b de l'article 11. Dans l'Article 4A, la disposition 402(e) redéfinit la répartition des risques de préjudice découlant de l'incapacité dans laquelle se trouve une banque intermédiaire de rembourser les fonds parce qu'elle n'y est pas autorisée par la loi applicable ou parce qu'elle suspend les paiements lorsque son expéditeur a agi conformément à une instruction figurant sur l'ordre de paiement qu'elle a reçu. Cette disposition n'apparaît pas dans la Loi type.

#### Article 12. *Responsabilité et dommages-intérêts*

1) *Supprimé.*

2) La banque du donneur d'ordre et chaque banque intermédiaire qui accepte un ordre de paiement répondent envers l'expéditeur et le donneur d'ordre des préjudices visés au paragraphe 5 du présent article imputables à la non-exécution ou à l'exécution incorrecte du virement au vu des instructions figurant dans l'ordre de paiement du donneur d'ordre. Le virement est correctement exécuté si un ordre de paiement conforme à l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre est accepté par la banque du bénéficiaire dans le délai prescrit à l'article 9.

3) Une banque intermédiaire n'est pas responsable en vertu du paragraphe 2 si l'ordre de paiement reçu par la banque du bénéficiaire est conforme à l'ordre de paiement reçu par ladite banque intermédiaire et si cette dernière exécute l'ordre de paiement qu'elle a reçu dans le délai prescrit à l'article 9.

4) La banque du bénéficiaire est responsable :

a) envers le bénéficiaire, de l'exécution incorrecte ou de la non-exécution d'un ordre de paiement qu'elle a accepté dans la mesure prévue par les règles de droit régissant [le fonctionnement du compte] [la relation entre le bénéficiaire et la banque]; et

b) envers l'expéditeur et le donneur d'ordre, de tout préjudice imputable au fait que la banque n'a pas mis les fonds à la disposition du bénéficiaire conformément à une date de disponibilité ou date d'exécution spécifiée dans l'ordre, comme il est prévu à l'article 9.

5) Si une banque est responsable en vertu du présent article envers le donneur d'ordre ou l'expéditeur, elle est tenue de le dédommager

- a) Des pertes d'intérêts;
- b) *Supprimé*;
- c) Des dépenses encourues pour l'établissement d'un nouvel ordre de paiement [et des dépenses raisonnablement encourues au titre de la représentation en justice]\*;
- [d) [De tout autre préjudice] pouvant en résulter, si l'exécution incorrecte [ou tardive] ou la non-exécution [résulte d'un acte ou d'une omission de la banque commis soit avec l'intention de provoquer cette exécution incorrecte [ou tardive] ou cette non-exécution, soit témérement et sachant que l'exécution incorrecte [ou tardive] ou la non-exécution en résulterait probablement]].
- 6) Si la banque réceptrice ne notifie pas à l'expéditeur conformément à l'article 6-3 et à l'article 8-2 qu'un ordre de paiement a été mal dirigé et que le virement est retardé, la banque réceptrice est tenue de payer :

a) si des fonds sont disponibles, des intérêts sur ces fonds pour la période où elle en dispose; ou

b) s'il n'y a pas de fonds disponibles, des intérêts sur le montant de l'ordre de paiement pour une période appropriée, ne dépassant pas 30 jours.

7) Les banques peuvent modifier par convention les dispositions du présent article, dans la mesure où ladite convention augmente ou réduit la responsabilité de la banque réceptrice envers une autre banque et dans la mesure où l'acte ou omission en question ne figureait pas au paragraphe 5 d. Une banque peut convenir d'augmenter sa responsabilité envers un donneur d'ordre qui n'est pas une banque, mais ne peut réduire sa responsabilité envers un tel donneur d'ordre.

[8) Les moyens de recours prévus dans le présent article ne sont pas fonction de l'existence d'une relation préalable entre les parties, qu'elle soit contractuelle ou autre. Ces moyens de recours sont exclusifs et aucun autre moyen issu d'autres doctrines juridiques ne pourra être invoqué.]

#### *Examen antérieur*

- A/CN.9/297, par. 55 à 63 et 70 à 72  
 A/CN.9/317, par. 137 à 150  
 A/CN.9/328, par. 66 à 74 et 117 à 144  
 A/CN.9/329, par. 187 et 188  
 A/CN.9/341, par. 105 à 131

#### *Erreurs dans l'annexe du document A/CN.9/341*

Dans le texte du paragraphe 6, il est fait référence par erreur aux articles 6-2 et 8-1, au lieu des articles 6-3 et 8-2.

\*On peut envisager d'autoriser le recouvrement des dépenses raisonnablement encourues au titre de la représentation en justice même s'il n'est pas prévu par la procédure civile.

#### *Commentaire*

1. Le texte actuel de l'article 12 est, pour l'essentiel, identique au texte que le Secrétariat a établi pour la dix-huitième session (A/CN.9/WG.IV/WP.39), sur la base du débat qui a eu lieu à la dix-septième session (A/CN.9/317). Certains amendements présentés à la dix-neuvième session sont mentionnés ci-après aux endroits appropriés. A la vingtième session, un petit groupe composé de quatre délégations a été prié d'examiner les dispositions relatives à la responsabilité en général et d'essayer d'élaborer une position commune qui pourrait être examinée par le Groupe de travail, mais ces efforts concernant ce dernier point n'ont pas abouti. Au lieu de cela, il a formulé quatre grandes questions et chaque délégation a présenté ses vues séparément pour que le Groupe de travail les examine (A/CN.9/329, par. 187 et 188). Le Groupe de travail n'a pas eu la possibilité d'examiner la question plus avant à sa vingtième session.

2. A sa vingt et unième session, le Groupe de travail était saisi d'un nouveau libellé de l'article proposé par la délégation du Royaume-Uni dans une communication adressée au Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.46, paragraphe 28 du commentaire de l'article 12). Toutefois, "Le Groupe de travail a décidé qu'il serait préférable qu'il examine le texte initial de l'article 12, y compris son paragraphe 2, et s'inspire de la version remaniée pour améliorer le texte" (A/CN.9/341, par. 106). On trouvera ci-après un résumé des débats de la vingt et unième session, ainsi que les modifications apportées au texte.

#### *Paragraphe 1*

3. Le paragraphe 1 disposait que la banque réceptrice répondait de la non-exécution de ses obligations en vertu de l'article 5. Puisqu'il était fait référence à l'article 5, la banque réceptrice envisagée n'était pas la banque du bénéficiaire. La responsabilité de cette dernière est traitée au paragraphe 4. A sa dix-neuvième session, le Groupe de travail a décidé de retenir le principe énoncé au paragraphe 1, mais de le placer entre crochets jusqu'à ce qu'il ait achevé d'examiner l'ensemble de l'article sur la responsabilité et les dommages-intérêts, car il supposait que celui-ci serait fortement remanié (A/CN.9/328, par. 131). Le Groupe de travail a supprimé le paragraphe à sa vingt et unième session, "puisque la question dont il traitait est couverte par les dispositions du paragraphe 2" (A/CN.9/341, par. 104).

#### *Paragraphe 2*

4. Le système général de responsabilité énoncé au paragraphe 2 est le suivant : le donneur d'ordre peut tenir la banque du donneur d'ordre pour responsable de la bonne exécution du virement. Cela signifie que la banque répond envers le donneur d'ordre du préjudice, où que celui-ci se soit produit. Les types de préjudice et l'ampleur du préjudice qui sont requis pour que la banque du donneur d'ordre soit tenue responsable sont énoncés au paragraphe 5. Pour ne pas être tenue responsable, la banque du donneur d'ordre devra démontrer qu'une des conditions exonératoires énoncées à l'article 13 est applicable. Si le préjudice dont la banque du donneur d'ordre est

responsable envers le donneur d'ordre a été causé par des faits qui se sont produits dans une banque ultérieure de la chaîne du virement, la banque du donneur d'ordre peut être dédommée par sa banque réceptrice et ainsi de suite, jusqu'à ce que, en application du paragraphe 3, une banque puisse démontrer que l'ordre de paiement reçu par la banque du bénéficiaire était conforme à l'ordre de paiement qu'elle avait reçu.

5. Ce système de responsabilité est basé sur l'idée selon laquelle la banque du donneur d'ordre fournit un service au donneur d'ordre, fondé sur le fait qu'elle a établi des relations de correspondance avec d'autres banques. C'est un système de responsabilité qui est bien connu dans d'autres types d'activités économiques, par exemple le transport international de marchandises, où il n'est pas rare que le transport soit effectué par plusieurs transporteurs différents. Dans certaines conventions sur le transport international de marchandises, mais pas dans toutes, l'action peut être intentée soit contre le transporteur qui a conclu le contrat initial, soit contre le transporteur chez lequel le dommage s'est produit. La procédure envisagée au paragraphe 2, similaire à celle qui est prévue dans ces conventions, simplifierait les problèmes de procédure du donneur d'ordre, car celui-ci n'aurait pas à se retourner contre une banque d'un pays étranger avec laquelle il n'aurait pas de relations d'affaires. Elle permettrait à la banque du donneur d'ordre de se retourner contre sa banque réceptrice, banque avec laquelle elle aurait normalement des relations d'affaires continues (A/CN.9/341, par. 111).

6. Le principe selon lequel nul ne devrait être responsable du fait d'autrui est un des arguments avancés contre ce système de responsabilité. La banque du donneur d'ordre n'est pas toujours à même de connaître — et encore moins de contrôler — l'itinéraire que suivra un virement international vers la banque du bénéficiaire. Lorsque le donneur d'ordre prie sa banque de virer des fonds dans un pays étranger, il doit savoir qu'il faudra sans doute recourir à des banques intermédiaires indépendantes (A/CN.9/341, par. 108).

7. A la vingt et unième session, des déclarations contradictoires ont été faites quant à la norme d'exécution opposable à la banque du donneur d'ordre lorsque le dommage est imputable aux actes d'une banque intermédiaire dans un pays étranger. Selon un avis, la banque du donneur d'ordre serait responsable si la banque intermédiaire n'avait pas agi conformément aux normes d'exécution énoncées dans la Loi type. Dans l'exemple donné, la banque intermédiaire n'exécutait pas l'ordre de paiement le jour où elle le recevait, parce que la norme, dans son pays, prévoyait une exécution le lendemain. Selon un autre avis, en application de l'article 15-1, les actes de la banque réceptrice et donc la norme d'exécution opposable à la banque du donneur d'ordre, seraient mesurés à l'aune des règles en vigueur dans l'Etat de la banque réceptrice, c'est-à-dire de la banque intermédiaire (A/CN.9/341, par. 109 et 110). Voir le paragraphe 10 du commentaire de l'article 15.

8. Il a été décidé à la dix-septième session du Groupe de travail que le donneur d'ordre devrait également avoir le

droit de tenir directement responsable une banque intermédiaire pour le préjudice subi car, dans certains cas, il pourrait ne pas lui être possible de recouvrer ses fonds auprès de sa banque (A/CN.9/317, par. 139).

9. Ce système de responsabilité a été examiné en détail lors de la dix-neuvième session, sans que le Groupe de travail décide s'il devrait être conservé, abandonné ou modifié (A/CN.9/328, par. 66 à 74 et 144). A la vingtième session, les quatre délégations qui avaient été priées d'élaborer une position commune pour l'article 12 se sont, de manière générale, accordées à penser que la responsabilité de la perte devait incomber à la banque où se sont produits les événements qui ont causé la perte (A/CN.9/329, par. 188, question 4). A la vingt et unième session, le Groupe de travail, notant que les divergences n'avaient pas été aplanies, a décidé de conserver ce paragraphe. Il a été noté que le maintien du paragraphe 2 n'impliquait aucun jugement sur les autres paragraphes de l'article 12, notamment le paragraphe 5, bien qu'il ait été admis qu'il y avait une relation entre le type et l'ampleur des dommages-intérêts qui pouvaient être réclamés et les règles appropriées permettant de déterminer quelle banque ou quelles banques devraient être tenues de dédommager le donneur d'ordre (A/CN.9/341, par. 105 et 114).

10. D'autres décisions prises par le Groupe de travail à propos de la responsabilité et des dommages-intérêts pourraient avoir des incidences sur la portée de cette disposition. A sa dix-neuvième session, le Groupe de travail a décidé qu'il envisagerait de disposer dans la Loi type que, lorsqu'il y avait retard dans le virement, le bénéficiaire serait directement habilité à recouvrer auprès de la banque ayant causé le retard les intérêts de ce chef (A/CN.9/328, par. 131 et 132). A la vingt et unième session, il a été noté qu'aucun texte n'avait été adopté, mais le Groupe de travail est parti de l'hypothèse que le paiement des intérêts au bénéficiaire constituerait la pratique normale (A/CN.9/341, par. 118 et 119; voir également les paragraphes 25 à 33 du commentaire). A la vingt et unième session, l'alinéa 5 b prévoyant que les dommages-intérêts peuvent englober les pertes au change a été supprimé et il a été décidé que le recouvrement éventuel de ces pertes serait considéré dans le cadre de la question des dommages indirects (A/CN.9/341, par. 124; voir les paragraphes 38 à 42 du commentaire). A la dix-septième session, la possibilité d'obtenir un dédommagement d'un préjudice indirect a été limitée aux cas où le préjudice était causé par des actes délibérés ou imprudents, alors qu'à la vingt et unième session, il a été décidé que seule la banque dans laquelle ces actes s'étaient produits pourrait être tenue responsable (A/CN.9/317, par. 115 à 117; A/CN.9/328, par. 140 à 143; A/CN.9/341, par. 114 et 126). Ainsi, les seuls préjudices qui seraient soumis aux procédures envisagées au paragraphe 2 seraient les pertes d'intérêts et les dépenses encourues pour l'établissement d'un nouvel ordre de paiement, ainsi que les dépenses raisonnablement encourues au titre de la représentation en justice en vertu de l'alinéa c du paragraphe 5.

11. Il a également été décidé que, lorsqu'un virement n'était pas exécuté de la manière voulue, le donneur d'ordre avait le droit de recouvrer la somme principale virée, quel que soit le motif de la défaillance [alinéa b de

l'article 11]. Bien que l'on puisse considérer que l'alinéa *b* de l'article 11 a pour objet de donner effet au paragraphe 2, il n'est pas considéré comme une disposition relative à la responsabilité (voir le paragraphe 8 du commentaire de l'article 11).

12. A la vingt et unième session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de proposer au Groupe de travail un nouveau libellé du paragraphe, et notamment de la deuxième phrase (A/CN.9/341, par. 115). Le Secrétariat propose que le paragraphe soit modifié comme suit :

“Une banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire et qui accepte un ordre de paiement répond envers son expéditeur et le donneur d'ordre des préjudices, visés au paragraphe 5 du présent article, imputables à un retard dans l'exécution du virement, au non-achèvement du virement ou à une exécution non conforme aux instructions figurant dans l'ordre de paiement du donneur d'ordre. Une banque réceptrice n'est responsable en vertu de l'alinéa *d* du paragraphe 5 que dans la mesure où ses actes ont causé le préjudice.”

13. Les premiers mots de la première phrase du nouveau libellé reprennent les mots utilisés aux articles 5 et 6. Référence est faite à un retard dans l'achèvement du virement, plutôt qu'à l'achèvement du virement dans les délais prévus à l'article 9, car le texte de l'article 9, tel qu'il a été modifié, énonce des dispositions relatives au délai dans lequel des mesures doivent être prises en ce qui concerne un ordre de paiement qui a été reçu, mais non au délai dans lequel un virement doit être achevé. Bien que l'exécution d'un virement non conforme aux instructions figurant dans l'ordre de paiement du donneur d'ordre ait le plus souvent pour conséquence un retard dans l'exécution, il semble approprié d'en faire un cas séparé engageant la responsabilité de la banque. La deuxième phrase de la version antérieure a été supprimée plutôt que modifiée, car elle semble maintenant superflue. La nouvelle deuxième phrase vise à donner effet à la décision prise par le Groupe de travail selon laquelle seule la banque dans laquelle l'erreur s'est produite devrait être responsable des préjudices visés à l'alinéa *d* du paragraphe 5.

### Paragraphe 3

14. Le paragraphe 3 impose une limite au champ du paragraphe 2 lorsque le virement est achevé d'une manière non conforme à l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre. Aucune banque qui intervient dans la chaîne du virement après que s'est produite l'erreur ou la fraude à l'origine de cette non-conformité n'est responsable du fait que le virement n'a pas été exécuté comme il convient. Toutefois, une telle banque aura l'obligation, en vertu de l'article 11, de contribuer à remédier à cette situation. A la vingt et unième session, on a fait remarquer qu'il s'agissait là d'une disposition d'ordre technique, mais que la nouvelle version proposée dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.46 (paragraphe 28 du commentaire de l'article 12) posait des problèmes de forme et de fond que le Groupe de travail devrait réexaminer à une date ultérieure. La disposition en question énonçait ce qui suit :

“Une banque réceptrice n'est pas responsable en vertu du paragraphe 2 si l'ordre de paiement reçu par chaque

banque réceptrice suivante est conforme à l'ordre de paiement qu'elle a elle-même reçu et s'il y a eu, de sa part comme de la part de l'une quelconque des banques réceptrices suivantes, ni défaut d'exécution dans le délai prescrit par l'article 9 de l'ordre de paiement reçu ni défaut d'exécution de l'une quelconque des obligations de notification mentionnées au paragraphe 6 [de la proposition]. Une banque réceptrice qui n'accepte pas un ordre de paiement n'est responsable en vertu du paragraphe 2 que pour n'avoir pas donné avis du rejet conformément à l'article 5-3.”

### Paragraphe 4

15. La banque du bénéficiaire peut être cause d'un préjudice pour le bénéficiaire si, par exemple, elle ne s'acquitte pas de ses obligations en vertu de l'article 8-4, si elle n'accepte pas un ordre de paiement qu'elle est tenue d'accepter par contrat avec le bénéficiaire ou si elle accepte un ordre de paiement que le bénéficiaire lui a ordonné de ne pas accepter.

16. On peut discuter la question de savoir si la Loi type devrait ou non comporter des dispositions relatives à ces préjudices. D'une part, ces préjudices sont imputables à un défaut d'exécution lié au virement. D'autre part, on peut juger qu'il n'est pas nécessaire d'établir des règles relatives à la responsabilité de la banque du bénéficiaire envers le bénéficiaire, notamment si ces règles risquent d'être différentes des règles nationales régissant la responsabilité dans le cas d'un manquement de la banque identique à tous autres égards. L'alinéa *a* du paragraphe 4 prend une position médiane en faisant référence à l'existence d'une telle responsabilité, mais en laissant aux règles de droit régissant la relation de compte entre le bénéficiaire et sa banque le soin de la déterminer. A sa dix-septième session, le Groupe de travail a indiqué qu'il ne prendrait pas de décision quant au maintien ou à la suppression de cet alinéa avant d'avoir une vision plus complète de l'ensemble du texte (A/CN.9/317, par. 150). A sa vingtième session, il a examiné un problème similaire lors du débat sur l'article 8 (voir article 8, paragraphes 1 à 4 du commentaire).

17. A la vingt et unième session, le Groupe de travail a exprimé une préférence pour la première des deux variantes entre crochets à savoir “le fonctionnement du compte” (A/CN.9/341, par. 117). Il a également décidé que l'alinéa *a* devrait inclure une référence aux cas où la banque du bénéficiaire ne s'acquitterait pas de l'une des obligations prévues à l'article 8. Dans la proposition présentée par la délégation du Royaume-Uni au Secrétariat avant la vingtième session, le paragraphe 6C comprenait le texte actuel de l'alinéa 4 *a* et ajoutait “ou, si le bénéficiaire n'est pas titulaire d'un compte chez elle, pour ne pas avoir donné avis au bénéficiaire, conformément à l'article 8-6, qu'elle tient des fonds à sa disposition.” (A/CN.9/WG.IV/WP.46, par. 28). Cependant, cela ne semble pas avoir été l'intention du Groupe de travail. Bien que le rapport ne soit pas clair sur ce point, il semble que la référence à l'article 8 ait été destinée à remplacer les mots “de l'exécution incorrecte ou de la non-exécution d'un ordre de paiement qu'elle a accepté”. Le chapeau et l'alinéa *a* pourraient donc être rédigés comme suit :

“La banque du bénéficiaire est responsable

a) envers le bénéficiaire du fait de la non-exécution de ses obligations en vertu de l'article 8 dans la mesure prévue par les règles de droit régissant la relation de compte; et”.

18. Ce libellé présente l'avantage de faire référence aux obligations définies par la Loi type elle-même, mais il pose un problème en ce sens qu'aucun Etat n'appliquerait de règle engageant la responsabilité de la banque si celle-ci ne s'acquitte pas d'une obligation en vertu de l'article 8. Il ne conviendrait pas non plus de dire que

“La banque du bénéficiaire est responsable

a) envers le bénéficiaire du fait de la non-exécution de l'un des types d'obligations définis à l'article 8 dans la mesure prévue par les règles de droit régissant la relation de compte; et”.

19. Si la référence à l'article 8 n'était pas destinée à remplacer le libellé actuel, la disposition pourrait être formulée comme suit :

“La banque du bénéficiaire est responsable

a) envers le bénéficiaire, dans la mesure prévue par les règles de droit régissant la relation de compte, de l'exécution incorrecte ou de la non exécution d'un ordre de paiement qu'elle a accepté conformément aux dispositions de l'article 8; et”.

20. La banque du bénéficiaire peut causer un préjudice à l'expéditeur ou au donneur d'ordre en ne donnant pas une des notifications requises à l'article 8. Pour le dédommagement de ce préjudice, voir le paragraphe 6 et les paragraphes 43 et 44 du commentaire. Le défaut de notification d'un refus, conformément au paragraphe 2 de l'article 7, n'entraînerait pas de préjudice pour l'expéditeur ou pour le donneur d'ordre, puisqu'il conduirait à l'acceptation de l'ordre de paiement par la banque du bénéficiaire.

21. En outre, comme il est indiqué à l'alinéa b du paragraphe 4, la banque du bénéficiaire peut être cause d'un préjudice pour l'expéditeur ou le donneur d'ordre si elle ne met pas les fonds à la disposition du bénéficiaire, conformément à une date de disponibilité ou date d'exécution. Voir par comparaison le paragraphe 23 du commentaire de l'article 8.

22. Lors d'un remaniement éventuel de l'article 12, on pourrait envisager d'inverser l'ordre des alinéas a et b ou de les placer dans des paragraphes distincts.

#### Paragraphe 5

23. En substance, le paragraphe 5 s'applique aux préjudices causés par une exécution tardive ou la non-exécution d'un virement. En ce sens, l'exécution à temps d'un virement pour un montant inférieur au montant intégral peut être considérée comme revenant à un virement tardif pour la différence entre le montant approprié et le montant effectivement viré.

24. La responsabilité en cas de préjudices imputables à l'exécution d'ordres de paiement non autorisés est régie par les paragraphes 2 et 3 de l'article 4. Pour ce qui est des préjudices dus au fait que les notifications visées aux articles 6-3 et 8-2 n'ont pas été envoyées, c'est le paragraphe 6 qui s'applique. L'obligation qu'a chaque banque réceptrice de rembourser à son expéditeur les fonds reçus de ce dernier lorsque le virement n'est pas exécuté de la manière convenue est énoncée à l'alinéa b de l'article 11.

#### Intérêts, alinéa a

25. Des pertes d'intérêts peuvent survenir de diverses manières lorsqu'un virement n'est pas effectué comme prévu. Si la banque réceptrice reçoit des fonds de l'expéditeur, mais retarde l'exécution de l'ordre de paiement, l'expéditeur (qui peut être soit le donneur d'ordre, soit une banque expéditrice) peut être considéré comme ayant subi une perte d'intérêts, car il a été privé de ces fonds plus tôt qu'il n'était nécessaire pour que la banque puisse exécuter l'ordre de paiement. Si la banque réceptrice reçoit tardivement des fonds de son expéditeur, mais exécute l'ordre sans attendre ces fonds, c'est elle qui subit une perte d'intérêts, mais aucune partie ultérieure dans la chaîne du virement (bénéficiaire compris) ne subit de perte. Si un retard ou une erreur de quelque sorte que ce soit à la banque réceptrice a pour conséquence de retarder l'ensemble du virement, on pourra considérer que le bénéficiaire a subi la perte d'intérêts.

26. Si le bénéficiaire a droit à dédommagement de ce préjudice par le donneur d'ordre du fait du paiement tardif de l'obligation sous-jacente, le donneur d'ordre pourrait demander à la banque où s'est produit le retard ou à la banque du donneur d'ordre de lui rembourser les intérêts qu'il a versés au bénéficiaire. Dans de nombreux cas, le montant des intérêts que le bénéficiaire peut exiger du donneur d'ordre du fait du paiement tardif de l'obligation sous-jacente serait supérieur au montant des intérêts dus par la banque en raison de l'exécution tardive du virement. A la vingt et unième session, lorsqu'il a été suggéré que la banque à laquelle le retard est imputable devrait être tenue de verser au bénéficiaire ou au donneur d'ordre (si ce dernier a remboursé le bénéficiaire) un montant supplémentaire égal aux intérêts dus par suite du paiement tardif de l'obligation sous-jacente, déduction faite du montant déjà versé pour le retard survenu dans le virement, on a fait observer que le complément en question relevait des dommages indirects et devait être traité en tant que tel dans la Loi type (A/CN.9/341, par. 120; voir le paragraphe 41 du commentaire).

27. Le Groupe de travail a examiné ce problème des intérêts en détail à ses dix-neuvième et vingt et unième sessions (A/CN.9/328, par. 122 à 131; A/CN.9/341, par. 118 à 123). Il a convenu que, dans tous les cas où le bénéficiaire a été crédité plus tard qu'il n'aurait dû l'être en raison d'un retard dans le virement, la banque réceptrice à l'origine du retard ne devrait pas pouvoir tirer profit de ces fonds pendant la durée du retard (A/CN.9/328, par. 122). Il a noté que souvent, dans de nombreux centres bancaires importants, la banque dans laquelle un virement avait été retardé ajoutait des intérêts appropriés au montant du virement. La banque recevant le virement tardif

percevrait donc automatiquement les intérêts. On a fait valoir que c'était là une pratique efficace et rapide, pour laquelle aucune information concernant l'opération sous-jacente n'était nécessaire et qui apportait un remède qui, normalement, serait approximativement égal au préjudice subi; la loi devrait donc consacrer cette pratique (A/CN.9/328, par. 126).

28. En conclusion du débat, à la dix-neuvième session, le Groupe de travail a décidé qu'il serait utile d'envisager de disposer dans la Loi type que le bénéficiaire serait directement habilité à recouvrer auprès de la banque ayant causé le retard les intérêts dus de ce chef. La proposition soulevant un certain nombre de questions exigeant des consultations, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un projet de disposition qu'il examinerait à sa vingtième session (A/CN.9/328, par. 131). Une disposition a été suggérée dans le document de travail présenté par le Secrétariat à la vingtième session (A/CN.9/WG.IV/WP.44, paragraphe 17 du commentaire de l'article 12), mais elle n'a pas été examinée à cette session.

29. A la vingt et unième session, on a fait observer que, lorsque le virement n'était pas achevé et que le donneur d'ordre avait le droit de récupérer ses fonds en application de l'article 11 *b*, le donneur d'ordre devrait aussi recouvrer les intérêts (A/CN.9/341, par. 118).

30. On a aussi noté que la manière classique dont les banques se dédommagent l'une l'autre au titre des intérêts dus consistait à ajuster la date où le compte est crédité, en inscrivant dans celui-ci la date à laquelle le crédit aurait dû être enregistré (A/CN.9/341, par. 119). Par cette modification de date, le montant des intérêts irait automatiquement à la banque réceptrice. On a relevé que, dans la pratique, les retards dans l'exécution d'un ordre de paiement étaient presque toujours imputables à l'exécution incorrecte de l'ordre de paiement. Dès que l'erreur était portée à l'attention de la banque, cette dernière procéderait immédiatement à l'exécution correcte de l'ordre, pour le montant prévu à l'origine. Les ajustements au titre des intérêts étaient effectués ultérieurement, généralement par le biais d'un ajustement de date, encore que cette méthode soit moins souvent utilisée lorsque la personne bénéficiant de l'ajustement n'a pas de compte auprès de la banque.

31. Que les intérêts dus en raison d'un retard fassent l'objet d'un virement au compte de la banque réceptrice ou que ladite banque reçoive effectivement les intérêts en étant créditée "à compter" d'une date antérieure, rien ne garantit que la banque réceptrice fera de même pour la banque suivante dans la chaîne du virement ou pour le bénéficiaire. D'une part, la banque réceptrice peut ne pas se sentir légalement tenue de le faire, d'autre part, il se peut qu'elle soit la seule partie à avoir subi une perte d'intérêts. Il a été signalé à la vingt et unième session que, pour résoudre ce problème, un projet de règle aux Etats-Unis disposait que l'expéditeur (dans le cas où les fonds étaient remboursés au titre d'une disposition équivalant à l'article 11 *b*) ou la banque réceptrice qui bénéficiait d'un ajustement de date, mais qui n'était pas la partie ayant droit à des intérêts, était tenu de transmettre le bénéfice de l'ajustement au donneur d'ordre ou au bénéficiaire final sous forme d'intérêts (A/CN.9/341, par. 119; projet de

règle J, sect. 210.32 *b* 2). Il est suggéré au paragraphe 12 du commentaire de l'article 11 que, si la banque réceptrice était tenue de rembourser "avec intérêts" le montant d'un virement qui n'a pas été effectué, les intérêts reviendraient automatiquement au donneur d'ordre.

32. Un ajustement du taux d'intérêt entre les banques se ferait automatiquement au taux interbanques dans la monnaie concernée lorsqu'il était effectué par le biais d'un ajustement de la date à laquelle le compte était crédité. Si le compte d'un bénéficiaire autre qu'une banque était crédité sur la base de la date à laquelle il aurait dû l'être, l'ajustement n'aurait pas le même effet automatique. Le montant effectif des intérêts portés à ce compte serait différent selon que ce dernier était débiteur ou créateur au cours de la période considérée, le taux appliqué à un solde débiteur étant toujours supérieur au taux qui serait accordé au bénéficiaire dont le compte est créateur.

33. En conséquence, bien qu'on ait proposé que la Loi type indique le taux des intérêts qu'il conviendrait de verser et dispose que les intérêts seront calculés au taux interbanques, dans la monnaie dans laquelle l'ordre de paiement était libellé, le Groupe de travail a décidé que seul le versement des intérêts serait prévu, sans indication de la manière dont ces intérêts seraient calculés (A/CN.9/341, par. 121 et 123).

34. Dans une communication qu'elle a adressée au Secrétariat avant la vingtième session, la délégation du Royaume-Uni a proposé plusieurs dispositions ayant trait au paiement des intérêts. Ces dispositions sont exposées dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.46, au paragraphe 28 du commentaire de l'article 12, paragraphes 6A, 6B et 6D. En ce qui concerne le droit du bénéficiaire de recouvrer des intérêts, le paragraphe proposé 6B est libellé comme suit :

"Si un virement est retardé du fait de l'exécution incorrecte d'un ordre de paiement qui a été accepté par une banque réceptrice autre que celle du bénéficiaire, la banque est tenue de dédommager le bénéficiaire des pertes d'intérêts. L'obligation de la banque envers le bénéficiaire est acquittée dans la mesure où la banque transfère à sa banque réceptrice un montant en sus de celui qu'elle a reçu de l'expéditeur."

35. On pourrait ajouter à la seconde phrase les mots "ou ajuste de manière appropriée la date à laquelle le virement a été effectué". En outre, conformément au projet de règle américain (mentionné au paragraphe 31 du commentaire), on pourrait envisager d'ajouter le nouveau paragraphe ci-après :

"Si la banque réceptrice qui reçoit des intérêts versés au titre du retard [y compris grâce à un ajustement de la date de débit ou de crédit du compte] n'est pas le bénéficiaire du virement, elle transmet les intérêts à sa banque réceptrice."

#### *Pertes de change, alinéa b*

36. L'alinéa *b* du paragraphe 5 disposait que la banque était responsable des pertes de change découlant d'un retard dans un virement international. Après un débat lors

des dix-neuvième et vingtième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/328, par. 133 à 136; A/CN.9/329, par. 188), l'alinéa a été supprimé à la vingt et unième session (A/CN.9/341, par. 125).

*Dépenses encourues pour l'établissement d'un nouvel ordre de paiement et pour la représentation en justice, alinéa c*

37. Il a été avancé à la dix-neuvième session du Groupe de travail que la première partie de l'alinéa c n'était pas très importante, car les sommes en jeu étaient mineures et que la banque réceptrice devrait sans doute prendre en charge les dépenses encourues pour l'établissement d'un nouvel ordre de paiement dans le cadre des obligations qui lui incombent en vertu de l'alinéa a de l'article 11, à savoir contribuer à rectifier un virement qui n'a pas été exécuté correctement. La deuxième partie de l'alinéa a été mise entre crochets et une note de bas de page ajoutée en raison des difficultés qu'il y a à énoncer une règle tenant compte des diverses méthodes par lesquelles les frais de représentation en justice sont répartis dans les différents systèmes juridiques (A/CN.9/328, par. 137 à 139). A la vingt et unième session, le Groupe de travail a estimé que les questions soulevées dans cet alinéa avaient une importance secondaire et qu'on devrait en reporter l'examen à un stade ultérieur (A/CN.9/341, par. 125).

*Autres préjudices, alinéa d*

38. Pour ce qui est de l'alinéa d, le Groupe de travail a décidé à sa dix-septième session, pour assouplir un régime relativement strict de responsabilité, que la banque dont la responsabilité est engagée ne serait pas responsable des préjudices indirects, à moins que ne soient réunies des conditions plus strictes que pour les autres types de préjudice (A/CN.9/317, par. 115 à 117). Cette décision a été réaffirmée dans un autre contexte, lors de la dix-huitième session du Groupe de travail (A/CN.9/318, par. 146 à 150). Comme il avait été proposé à la dix-septième session, la formule utilisée dans le texte actuel est reprise de l'article 8 de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg). Pour pouvoir être dédommagé du préjudice indirect, le demandeur devra prouver que la banque a causé le préjudice par un acte délibéré ou imprudent.

39. Lors de la dix-neuvième session, on a réaffirmé qu'il fallait conserver dans son essence cette disposition (A/CN.9/328, par. 140 à 143). Toutefois, on a reproché à l'alinéa sa formulation imprécise. Il n'indiquait pas clairement quels types de préjudices devaient être couverts, ni que ces préjudices devaient résulter directement d'un défaut d'exécution de la part de la banque. On a jugé que la formule reprise de l'article 8 des Règles de Hambourg restreignant le droit de recouvrement ne tenait pas compte comme il convient des problèmes liés aux opérations de virement (A/CN.9/328, par. 142). Après un débat, le Groupe de travail a décidé de placer entre crochets les mots "de tout autre préjudice" et les mots extraits des Règles de Hambourg, afin d'indiquer son intention de remanier cette disposition.

40. A la vingtième session, trois des quatre délégations qui avaient été priées d'élaborer une position commune se

sont prononcées en faveur du maintien, sous une forme ou une autre, de la disposition en question, tandis que la quatrième était favorable à sa suppression (A/CN.9/329, par. 188, question 3).

41. A la vingt et unième session, le Groupe de travail a décidé de restreindre l'application de l'alinéa d de manière à ce que seule la banque réceptrice ayant commis l'erreur à l'origine du dommage puisse être tenue pour responsable envers le donneur d'ordre ou son expéditeur (A/CN.9/341, par. 114 et 126). A la suite de cette décision, le Groupe de travail s'est longuement demandé s'il convenait vraiment de conserver la disposition (A/CN.9/341, par. 127 à 131). A l'issue de la discussion, on a proposé de supprimer à la fois l'alinéa d du paragraphe 5 et le paragraphe 8. Selon cette proposition, la Loi type ne prévoirait aucune forme de dommages indirects, mais rien n'empêcherait une partie de réclamer un dédommagement à ce titre en se fondant sur d'autres doctrines juridiques qu'elle pourrait trouver dans le système juridique applicable. Une proposition analogue consistait à combiner l'alinéa d du paragraphe 5 et le paragraphe 8 pour faire en sorte que les banques soient soumises aux autres doctrines juridiques pertinentes, lorsque leur comportement relevait de l'alinéa d du paragraphe 5 dans son libellé actuel. Le Groupe de travail a décidé qu'il lui faudrait plus de temps pour étudier les incidences des propositions avancées. Il a décidé de mettre les deux textes entre crochets et d'en reprendre l'examen à sa prochaine session.

42. Dans une communication qu'elle a fait parvenir au Secrétariat après la vingt et unième session, la délégation du Royaume-Uni a émis l'idée que, si le remaniement de l'alinéa 5 d qu'elle avait suggéré n'était pas accepté (A/CN.9/WG.IV/WP.46, paragraphe 28 du commentaire de l'article 12), la proposition tendant à combiner l'alinéa 5 d et le paragraphe 8 pourrait être mise en œuvre par l'adjonction des mots suivants à la fin du texte actuel du paragraphe 8 :

"à l'exception de tout moyen en vertu duquel une banque est tenue de réparer le préjudice du fait que l'exécution incorrecte ou tardive, ou la non-exécution, résultait d'un acte ou d'une omission de la banque commis soit avec l'intention de provoquer ce préjudice, soit témérairement et sachant qu'un tel préjudice pourrait en résulter."

*Paragraphe 6*

43. Dans la plupart des cas de non-respect d'une obligation imposée par la Loi type, le préjudice subi est raisonnablement clair et le recours ouvert à la partie lésée peut être fondé sur les dispositions générales du paragraphe 5. Lorsque le Groupe de travail a adopté la disposition énonçant que la banque réceptrice doit aviser l'expéditeur qu'un ordre de paiement a été mal dirigé (c'est-à-dire les articles 6-3 et 8-2 du projet actuel), il a noté que le préjudice subi ne serait pas toujours facile à mesurer. Il a néanmoins estimé qu'il faudrait sanctionner la non-notification par la banque, lorsque cette omission a retardé le virement (A/CN.9/318, par. 122). Lorsque la banque réceptrice était en possession des fonds durant la période pendant laquelle elle aurait dû aviser l'expéditeur, l'obligation de payer un intérêt correspond à une restitution de

ce que la banque peut être supposée avoir gagné en étant en possession des fonds et de ce que l'expéditeur peut être supposé avoir perdu. Lorsque la banque réceptrice n'était pas en possession des fonds, l'obligation de payer des intérêts ne dépassant pas 30 jours ne constitue qu'une mesure du préjudice que l'expéditeur peut être supposé avoir subi.

44. Dans le nouveau libellé de l'ensemble de l'article que la délégation du Royaume-Uni a proposé dans une communication adressée au Secrétariat après la vingtième session (A/CN.9/WG.IV/WP.46, par. 28 du commentaire de l'article 12), les dispositions ci-après se rapportaient aux problèmes généraux soulevés au paragraphe 6 :

"6) Le présent paragraphe s'applique à une banque réceptrice qui n'est responsable que pour le fait qu'elle-même ou une banque réceptrice suivante ne s'est pas acquittée de l'une des obligations de notification ci-après :

a) notifier le rejet de l'ordre de paiement conformément aux articles 5-3 ou 7-2, lorsque le paiement n'a pas été reçu de l'expéditeur;

b) notifier, conformément aux articles 6-3 ou 8-2, que l'ordre de paiement a été mal dirigé;

c) notifier l'insuffisance des données conformément aux articles 6-4 ou 8-3;

d) notifier, conformément aux articles 6-5 ou 8-4, une discordance entre les chiffres et les lettres par lesquels est exprimé le montant de l'ordre de paiement.

Si une banque à laquelle le présent paragraphe s'applique est responsable en vertu du présent article envers le donneur d'ordre ou l'expéditeur, elle n'est tenue de le dédommager que des pertes d'intérêts pour une période maximale de sept jours ou pour la période pendant laquelle elle a eu les fonds à sa disposition, la plus longue de ces deux périodes étant retenue."

#### Paragraphe 7

45. Le paragraphe 7 énonce une règle importante en indiquant dans quelle mesure les dispositions de l'article peuvent être modifiées par convention entre les parties. Il limiterait le droit général des parties à modifier par voie contractuelle leurs droits et obligations, droit qui est énoncé à l'article 16 adopté par le Groupe de travail à la vingt et unième session (A/CN.9/341, par. 52).

#### Paragraphe 8

46. Le paragraphe 8, qui énonce que les dispositions de cet article relatives à la responsabilité ne sont pas fonction de l'existence d'une relation contractuelle préalable et sont exclusives, a été ajouté sur la suggestion du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/317, par. 119). Sans cette disposition, certains systèmes juridiques pourraient permettre d'autres moyens de recours fondés sur les théories générales de l'obligation, ce qui serait préjudiciable à l'uniformisation du droit que vise la Loi type.

47. A la vingt et unième session, on a proposé de supprimer à la fois l'alinéa *d* du paragraphe 5 et le paragraphe 8

ou de les combiner (A/CN.9/341, par. 130, voir les paragraphes 41 et 42 du commentaire). A cette même session, le Groupe de travail a décidé de mettre ces deux paragraphes entre crochets et d'en reporter l'examen à la session suivante.

#### Comparaison avec l'Article 4A

48. L'article 4A-305 dispose qu'une banque réceptrice doit répondre d'une exécution incorrecte ou tardive ou de la non-exécution d'un ordre de paiement. Dans le cas d'une exécution tardive, la banque "est tenue de payer un intérêt soit au donneur d'ordre, soit au bénéficiaire...". Pour les autres cas d'exécution incorrecte ou de non-exécution, la banque "est responsable envers le donneur d'ordre des dépenses qu'il a encourues lors du virement et des dépenses accessoires et pertes d'intérêt... résultant de l'exécution incorrecte". Si une banque réceptrice n'exécute pas un ordre de paiement qu'elle était tenue d'exécuter par accord exprès, elle est responsable envers l'expéditeur des dépenses qu'il a encourues lors de l'opération et des dépenses accessoires et pertes d'intérêts résultant de la non-exécution de l'ordre. Dans tous les cas, les autres "dommages, y compris les dommages indirects, sont réparables [uniquement] dans la mesure prévue par accord écrit exprès de la banque réceptrice".

#### Nouveau paragraphe proposé

49. Dans une communication qu'elle a fait parvenir au Secrétariat après la vingt et unième session, la délégation du Royaume-Uni a indiqué que l'article 12 posait un autre problème que n'avait pas abordé jusqu'ici le Groupe de travail, à savoir qu'une banque qui est tenue de dédommager son expéditeur ou le donneur d'ordre et qui est en droit de recouvrer le montant du dédommagement auprès de sa banque réceptrice, mais ne peut le faire parce que cette banque est insolvable, n'a pas le droit de recouvrer le montant du dédommagement auprès d'une banque située en aval dans la chaîne. Si la banque en aval dans la chaîne a déjà versé le dédommagement à la banque insolvable ou à une banque intermédiaire, elle ne devrait pas avoir à le verser une nouvelle fois mais, si elle ne l'a pas encore fait, rien ne semble s'opposer à ce qu'elle paie directement la banque en amont dans la chaîne, sans passer par la banque insolvable. Pour faire face à cette situation, la délégation du Royaume-Uni a proposé le paragraphe ci-après, qui s'inscrit dans la structure du texte remanié de l'article 12 figurant dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.46, paragraphe 28 du commentaire de l'article 12 :

"Une banque qui est en droit de recouvrer le montant du dédommagement auprès de sa banque réceptrice en vertu du présent article, mais qui ne peut le faire par suite de l'insolvabilité de cette dernière, a droit, conformément au paragraphe 6E, à recouvrer le montant du dédommagement auprès de toute banque ultérieure, dans la mesure où ladite banque n'a pas déjà versé de dédommagement à son expéditeur en vertu du présent article et l'obligation de cette banque ultérieure de verser un dédommagement à son expéditeur est acquittée dans la mesure où elle verse ce dédommagement à la banque susmentionnée."

### Article 13. *Exonérations de responsabilité*

La banque réceptrice et toute banque envers laquelle elle est directement ou indirectement obligée en vertu de l'article 12 sont exonérées de leur responsabilité en cas de défaut d'exécution de l'une quelconque de leurs obligations si elles prouvent que cette inexécution est due à une décision de justice ou à une interruption de moyens de communication ou une panne matérielle, à la suspension des paiements par une autre banque, à la guerre, à une situation d'urgence ou à toute autre circonstance si l'on ne pouvait attendre de ces banques qu'elles puissent raisonnablement les prendre en considération au moment du virement ou si lesdites banques prouvent qu'elles ne pouvaient raisonnablement prévenir un tel fait, le surmonter ou en prévenir ou surmonter les conséquences.

#### *Examen antérieur*

A/CN.9/297, par. 60  
A/CN.9/317, par. 151 à 156

#### *Commentaire*

1. Puisque la responsabilité de la banque réceptrice se verra engagée en cas de perte d'intérêts et de dépenses pour l'établissement d'un nouvel ordre de paiement du simple fait que le virement n'a pu être effectué, l'article 13 offre à la banque réceptrice le seul moyen de défense possible dans de tels cas.

2. L'article 13 ne s'applique pas à l'obligation qu'a la banque réceptrice, en vertu de l'alinéa *b* de l'article 11, de rembourser à l'expéditeur les fonds reçus de ce dernier lorsqu'un ordre de paiement conforme dans sa teneur à l'ordre émanant du donneur d'ordre n'a pas été émis ou n'a pas été accepté par la banque du bénéficiaire. Il ne semble en outre pas s'appliquer à la responsabilité de la banque pour "tout autre préjudice" en vertu de l'alinéa *d* de l'article 12, car cette disposition comporte une stricte limitation de responsabilité (voir les paragraphes 38 à 42 du commentaire de l'article 12). En outre, on peut se demander si l'application de l'article 13 à la perte d'intérêts serait conforme à la décision prise par le Groupe de travail à sa dix-neuvième session, selon laquelle une banque ayant causé un retard dans le virement ne devrait pas être autorisée à toucher des intérêts sur les fonds qui sont restés à sa disposition du fait du retard (A/CN.9/328, par. 122), ou avec la décision prise par le Groupe de travail à sa dix-septième session, selon laquelle une banque réceptrice qui n'aviserait pas son expéditeur qu'un ordre de paiement a été mal dirigé devrait être tenue de verser des intérêts. (Pour la situation actuelle en ce qui concerne le devoir de la banque de payer des intérêts du fait qu'elle n'a pas exécuté l'une de ses obligations, voir les paragraphes 25 à 35 du commentaire de l'article 12 au sujet de l'alinéa *a* et les paragraphes 43 et 44 au sujet du paragraphe 6.)

3. En vertu de l'article 13, la banque doit prouver l'existence d'une condition exonératoire. Bien qu'il y ait une liste de circonstances données pouvant exonérer la banque, il ressort de l'emploi de l'expression "ou à toute autre

circonstance" que ladite liste n'est pas exhaustive. Le projet actuel d'article 13 n'a pas été examiné par le Groupe de travail.

4. Dans une communication adressée au Secrétariat après la vingtième session, la délégation du Royaume-Uni a suggéré le remaniement ci-après :

"La banque réceptrice et toute banque envers laquelle elle est obligée en vertu de l'article 12 sont exonérées de leur responsabilité en cas de défaut d'exécution de l'une quelconque des obligations qui leur incombent en vertu dudit article si elles prouvent que cette inexécution est due à des circonstances qui échappaient à leur contrôle et qu'elles ne pouvaient ni prévenir ni surmonter."

5. *Comparaison avec l'Article 4A.* Il n'existe pas de disposition équivalente dans l'Article 4A.

## CHAPITRE IV. CONSÉQUENCES CIVILES DU VIREMENT

Article 14. *Paiement et acquittement d'obligations pécuniaires : obligation de la banque envers le titulaire du compte*

1) *Supprimé.*

2) Si le virement avait pour objet l'acquittement d'une obligation du donneur d'ordre envers le bénéficiaire pouvant être effectué par virement au compte indiqué par le donneur d'ordre, l'obligation est acquittée lorsque la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement et dans la mesure où elle serait acquittée par le versement d'une somme équivalente en espèces.

2 bis) Le virement s'achève lorsque la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement. A l'achèvement du virement, la banque du bénéficiaire est redevable au bénéficiaire du montant de l'ordre de paiement accepté par ladite banque.

3) Si une ou plusieurs banques intermédiaires ont déduit des frais du montant du virement, l'obligation est acquittée par le montant de ces frais en sus du montant de l'ordre de paiement tel que reçu par la banque du bénéficiaire. Sauf convention contraire, le débiteur est tenu de rembourser au créancier le montant de ces frais.

4) *Supprimé.*

#### *Examen antérieur*

A/CN.9/317, par. 157 à 164  
A/CN.9/328, par. 37 à 43  
A/CN.9/329, par. 189 à 192  
A/CN.9/341, par. 11 à 23

#### *Commentaire*

##### *Paragraphe 1*

1. Le paragraphe 1 disposait que les obligations pécuniaires pouvaient être acquittées au moyen de virements

interbancaires à l'issue desquels un compte était crédité. Ce paragraphe a été supprimé à la vingt et unième session (A/CN.9/341, par. 12). Pour les raisons suivantes : si nombre de systèmes juridiques considéraient déjà le virement comme un moyen de paiement légal, il revenait à chaque Etat de décider si une obligation pécuniaire pouvait être acquittée de cette manière et le fait d'attribuer à un montant porté au crédit d'un compte bancaire la même valeur juridique qu'à la monnaie émise par la banque centrale pouvait aller à l'encontre de la politique monétaire de certains pays.

### Paragraphe 2

2. Avant la vingt et unième session, le paragraphe 2 disposait que l'obligation du débiteur était acquittée lorsque la banque du bénéficiaire acceptait l'ordre de paiement. La banque du bénéficiaire devenait en même temps redevable au bénéficiaire. Les étapes de la rédaction de cette disposition sont exposées dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.46, paragraphes 5 à 9 du commentaire de l'article 14. Le texte actuel a été adopté à la vingt et unième session (A/CN.9/341, par. 13 à 17).

3. De l'avis de nombre de membres du Groupe de travail, la Loi type ne devrait disposer ni que le débiteur a le droit de s'acquitter d'une obligation en effectuant un virement au compte que le créancier détient auprès de sa banque ni que, si ce virement est effectué, l'obligation sera acquittée à hauteur de l'ordre du paiement reçu; on a toutefois reconnu qu'il serait utile de prévoir une règle régissant certains aspects de l'acquittement d'une obligation dans les cas où les parties étaient convenues que l'obligation pouvait être acquittée au moyen d'un virement. On a estimé en particulier qu'il serait utile que la Loi type indique le moment où l'obligation était acquittée.

4. Le paragraphe 2 ne s'applique que si le virement avait pour objet l'acquittement d'une obligation du donneur d'ordre/débiteur envers le bénéficiaire/créancier et si cette obligation pouvait être acquittée au moyen d'un virement au compte indiqué par le donneur d'ordre. Bien qu'il soit peu probable qu'un Etat interdise systématiquement les virements, en particulier les virements internationaux, il est possible que certaines obligations ne puissent être acquittées que par versement d'espèces ou par quelque autre moyen spécifié. Il est plus vraisemblable que, dans certains Etats, l'obligation ne soit acquittée par un virement au compte du bénéficiaire que si ledit virement est fait avec son consentement. Il se peut que le consentement n'ait pas à être exprès, qu'il découle du simple fait de détenir un type de compte particulier, de la mention de l'intitulé d'un compte bancaire sur une facture ou d'autres circonstances analogues.

5. Si le paragraphe 2 s'applique, l'obligation est acquittée lorsque la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement. Bien que cela ne soit pas explicitement indiqué au paragraphe 2, l'ordre de paiement accepté par la banque du bénéficiaire doit avoir été adressé au compte auquel il était destiné. Si l'ordre de paiement a été adressé à ce compte, mais que la banque du bénéficiaire n'a pas crédité le compte ou a crédité un autre compte, le donneur d'ordre est libéré de son obligation envers le bénéficiaire; si le

bénéficiaire a subi un préjudice résultant de cette imputation erronée, il doit s'adresser à sa banque pour obtenir réparation en vertu de la loi applicable à la relation de compte.

6. Le paragraphe 2 dispose que l'obligation est acquittée dans la mesure où elle le serait par le versement d'une somme équivalente en espèces. La somme en question est le montant de l'ordre de paiement accepté par la banque du bénéficiaire. Si la banque du bénéficiaire perçoit des frais pour la réception et le traitement de l'ordre de paiement, ces frais sont à la charge du bénéficiaire. Toutefois, si l'ordre de paiement accepté par la banque du bénéficiaire est d'un montant inférieur au montant de l'ordre de paiement envoyé par la banque du donneur d'ordre par suite des frais perçus par les banques intermédiaires, le donneur d'ordre n'est pas libéré de son obligation envers le bénéficiaire en ce qui concerne ces frais. A rapprocher du paragraphe 8 du commentaire.

7. Dans la plupart des cas, lorsqu'une somme inférieure au montant total de l'obligation est versée, l'obligation est acquittée dans les limites de la somme versée. Toutefois, dans certains cas, l'obligation est indivisible et le versement d'une somme inférieure au montant total ne peut pas constituer un acquittement partiel de l'obligation (A/CN.9/328, par. 39). Ces questions ne relèvent pas de la législation des virements. Cependant, pour indiquer les effets du virement d'une somme inférieure au montant total de l'obligation, le paragraphe 2 précise que l'obligation est acquittée dans la mesure où elle serait acquittée par le versement d'une somme équivalente en espèces.

8. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-406 énonce pour l'essentiel la même règle en ce qui concerne le moment de l'acquittement, à cela près que l'article 4A-209(b) diffère quelque peu de l'article 7 pour ce qui est des actes d'acceptation d'un ordre de paiement par la banque du bénéficiaire. L'article 4A-406(c) dispose que l'obligation est acquittée par le versement du montant de l'ordre émanant du donneur d'ordre "sauf si, à la demande du bénéficiaire, le donneur d'ordre ne paie pas au bénéficiaire le montant des frais qui ont été déduits".

### Paragraphe 2 bis

9. Certaines versions précédentes du projet de loi type laissaient entendre que le virement s'achevait au moment où la banque du bénéficiaire acceptait l'ordre de paiement mais une règle portant expressément sur le moment où le virement s'achevait a été introduite pour la première fois dans le projet de loi type à la vingtième session : elle a été intégrée dans la définition du "virement" à l'article 2 a (A/CN.9/329, par. 31 à 33). A la vingt et unième session, elle a été transférée à l'article 14 (A/CN.9/341, par. 17). Comme c'était le cas précédemment, le virement s'achève lorsque la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement.

10. Bien que la Loi type ait pour principe général de ne pas s'ingérer dans les relations entre le bénéficiaire et la banque du bénéficiaire, la suite du paragraphe 2 bis indique qu'à l'achèvement du virement la banque du bénéficiaire est redevable au bénéficiaire du montant de l'ordre

de paiement accepté par ladite banque. Cette disposition ne précise pas quand ni comment la banque du bénéficiaire doit mettre les fonds à la disposition du bénéficiaire, ni la mesure dans laquelle la banque du bénéficiaire peut imputer au bénéficiaire les frais de réception et de traitement du virement. Ces questions doivent être réglées par la loi applicable à la relation de compte.

11. Les paragraphes 2 et 2 *bis* sont complémentaires en ce sens que, si le virement avait pour objet l'acquittement d'une obligation, la créance du bénéficiaire sur le donneur d'ordre/débiteur est éteinte au moment et dans la mesure où naît une créance du bénéficiaire sur la banque du bénéficiaire.

12. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-104(a) dispose que "le virement s'achève lorsque la banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement au profit du bénéficiaire de l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre". L'article 4A-209(b) diffère quelque peu de l'article 8 en ce qui concerne les actes d'acceptation d'un ordre de paiement par la banque du bénéficiaire.

#### *Examen de la notion d'acceptation*

13. A sa vingt et unième session, le Groupe de travail a noté qu'en adoptant les paragraphes 2 et 2 *bis* sous leur forme actuelle, il avait décidé que le moment où le virement s'achevait, avec les conséquences juridiques qui en découlaient, était celui où la banque du bénéficiaire acceptait l'ordre de paiement qui lui était adressé. En conséquence, le Groupe de travail n'a pas exclu la possibilité d'un réexamen de la question de l'acceptation de l'ordre de paiement telle qu'elle est énoncée aux articles 5 et 7 (A/CN.9/341, par. 17).

14. Dans une communication adressée au Secrétariat avant la vingtième session, la délégation française a proposé de remplacer la première phrase du paragraphe 2 *bis* par le libellé suivant :

"Sauf convention contraire entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, le virement est achevé lorsque la banque du bénéficiaire place les fonds à la disposition du bénéficiaire ou lui notifie qu'elle tient les fonds à sa disposition, conformément aux paragraphes 1 et 6 de l'article 8."

Si la proposition de la délégation française était acceptée, il faudrait remanier en conséquence le paragraphe 2 et la deuxième phrase du paragraphe 2 *bis*.

#### *Paragraphe 3*

15. Le paragraphe 3 traite du difficile problème qui se pose — même si les montants en jeu ne sont pas importants — lorsque le virement passe par plusieurs banques. On pourrait s'attendre à ce que le donneur d'ordre soit responsable de tous les frais jusqu'à la banque du bénéficiaire. Dans la mesure où les frais sont transférés au donneur d'ordre, il n'y a pas de problème. Lorsque cela ne peut être aisément fait, une banque peut déduire ses frais du montant des fonds transférés. Comme il sera sans doute

impossible au donneur d'ordre de savoir si de tels frais seront déduits, ni quel sera leur montant, notamment dans un virement international, il ne peut prendre de dispositions pour parer à cette éventualité. Aussi le paragraphe 3 tel que libellé ci-dessus dispose-t-il que l'obligation est acquittée par le montant des frais qui ont été déduits, ainsi que par le montant reçu par la banque du bénéficiaire; ainsi le donneur d'ordre ne sera pas considéré comme ayant effectué un paiement tardif ou insuffisant. Toutefois, à moins que le bénéficiaire ne convienne de payer les frais, ce qui est souvent le cas, le donneur d'ordre sera tenu d'en rembourser le montant au bénéficiaire.

16. A sa vingt et unième session, le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 3 devrait être remanié pour indiquer que le virement s'achevait et que la banque du donneur d'ordre s'était acquittée de ses obligations envers le donneur d'ordre même si le montant de l'ordre de paiement accepté par la banque du bénéficiaire était inférieur au montant de l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre en raison des frais déduits par diverses banques intermédiaires. Le paragraphe 3 devrait aussi disposer que l'achèvement du virement ne restreint pas le droit que pourrait avoir le bénéficiaire en vertu d'autres dispositions de la loi de recouvrer la différence entre le montant perçu et le montant de l'ordre de paiement initialement donné par le donneur d'ordre, sans préciser toutefois si c'est au donneur d'ordre ou au bénéficiaire qu'il incombe en dernier ressort de prendre en charge les frais de virement (A/CN.9/341, par. 20).

17. En application de cette décision, le Secrétariat propose le nouveau libellé ci-après pour les paragraphes 2 *bis* et 3 :

"2 *bis*) Le virement s'achève lorsque la banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement conforme à l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre. L'ordre de paiement adressé à la banque du bénéficiaire est conforme à l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre même si le montant du virement a été diminué des frais prélevés par une ou plusieurs banques intermédiaires. A l'achèvement du virement, la banque du bénéficiaire est redevable au bénéficiaire du montant de l'ordre de paiement accepté par elle.

3) Les dispositions du paragraphe 2 *bis* s'entendent sans préjudice de tout droit que le bénéficiaire pourrait avoir de recouvrer auprès du donneur d'ordre le montant des frais déduits du montant du virement."

18. Il n'est pas précisé que la banque du donneur d'ordre s'est acquittée de ses obligations envers le donneur d'ordre une fois le virement achevé, car cela semble la conséquence normale de l'achèvement du virement.

19. Dans une communication adressée au Secrétariat après la vingt et unième session, la délégation du Royaume-Uni a suggéré, pour donner suite à la décision du Groupe de travail, de libeller le paragraphe 3 de la manière suivante :

"Un virement est considéré comme achevé même si le montant de l'ordre de paiement accepté par la banque

du bénéficiaire est inférieur au montant de l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre du fait qu'une banque réceptrice a prélevé des frais. L'achèvement du virement ne porte pas atteinte à tout droit que pourrait avoir le bénéficiaire en vertu de la loi applicable de recouvrer le montant de ces frais auprès du donneur d'ordre."

20. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-302(d) contient une disposition interdisant de percevoir des frais "en émettant un ordre de paiement d'un montant égal au montant de l'ordre de l'expéditeur diminué du montant des frais . . .", à moins que l'expéditeur n'ait donné instruction de le faire. L'article 4A-406(c) dispose que, si les frais d'une ou de plusieurs banques réceptrices ont été déduits (peut-être par une banque étrangère) "le montant versé au bénéficiaire est réputé correspondre au montant de l'ordre émis par le donneur d'ordre, sauf si, à la demande du bénéficiaire, le donneur d'ordre ne verse pas à ce dernier le montant des frais qui ont été déduits".

#### Paragraphe 4

21. Le paragraphe 4 disposait que le compte d'un expéditeur — y compris, mais non exclusivement, le donneur d'ordre — devrait être considéré comme débité et le montant dû par la banque à l'expéditeur réduit — ou le montant dû par l'expéditeur à la banque augmenté — lorsque la banque réceptrice acceptait l'ordre de paiement. L'application la plus importante du paragraphe 4 aurait consisté à déterminer si le compte du titulaire du compte était toujours créditeur au cas où une procédure judiciaire aurait été instituée contre ledit compte ou une procédure de faillite ouverte contre l'expéditeur. A la vingt et unième session, le Groupe de travail a supprimé ce paragraphe (A/CN.9/341, par. 22).

#### Ordre des paragraphes

22. Compte tenu du nouveau libellé du paragraphe 3, le Groupe de travail pourrait estimer plus logique de replacer les paragraphes constituant l'article 15 dans l'ordre suivant : 2 bis, 3, 2 et de les renuméroter en conséquence. Une autre solution serait de faire de l'actuel paragraphe 2 un article distinct.

#### Modification du titre de l'article et du chapitre

23. A la vingt et unième session, le Groupe de travail a estimé que le titre de l'article devrait être modifié étant donné le nouveau contenu de cet article (A/CN.9/341, par. 23). Si l'article 14 est scindé en deux articles comme il a été suggéré plus haut, l'article 14 pourrait être intitulé "Achèvement du virement" et l'article 14 bis "Moment où l'obligation est acquittée et mesure dans laquelle elle est acquittée". Si l'article 14 n'est pas scindé, le titre pourrait être "Achèvement du virement et acquittement de l'obligation".

24. Que l'actuel article 14 soit scindé ou non, le titre du chapitre pourrait devenir "Achèvement du virement et acquittement de l'obligation".

## CHAPITRE V. CONFLIT DE LOIS

### Article 15. *Conflit de lois*

[1] Les personnes qui envisagent d'envoyer ou de recevoir des ordres de paiement peuvent convenir que la loi de l'Etat de l'expéditeur ou du récepteur ou de l'Etat dans la monnaie duquel les ordres de paiement sont libellés régira leurs droits et obligations mutuels issus des ordres de paiement. Faute d'une telle convention, la loi de l'Etat de la banque réceptrice régira les droits et obligations issus de l'ordre de paiement.

2) Sauf convention contraire, la loi de l'Etat où l'obligation doit être acquittée régir les droits et obligations mutuels du donneur d'ordre et du bénéficiaire d'un virement. Si l'obligation entre les parties peut être acquittée par virement à un compte dans l'un quelconque de plusieurs Etats, ou si le transfert n'a pas pour objet l'acquittement d'une obligation, la loi de l'Etat où est située la banque du bénéficiaire régir les droits et obligations mutuels du donneur d'ordre et du bénéficiaire.]

#### Examen antérieur

A/CN.9/297, par. 34 à 36

A/CN.9/317, par. 165

A/CN.9/WG.IV/WP.42, par. 69 à 80

A/CN.9/341, par. 24 à 49

#### Commentaire

1. A sa dix-septième session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer un projet de disposition sur les conflits de lois (A/CN.9/317, par. 165). Le projet ci-dessus a été élaboré pour la dix-huitième session du Groupe de travail. Le problème des conflits de lois a été examiné en détail dans le rapport du Secrétaire général à la dix-neuvième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/WP.42, par. 69 à 80). Ce rapport traitait de ces questions, notamment à la lumière des décisions prises par le Groupe de travail à sa dix-huitième session : le texte élaboré devrait prendre la forme d'une Loi type en vue de son adoption par les organes législatifs nationaux et il devrait être limité aux virements internationaux. A la vingt et unième session, le Groupe de travail a pris un certain nombre de décisions de fond qui n'ont pas encore été incorporées au texte. Il a également décidé de mettre l'ensemble du texte entre crochets en attendant son examen final lors d'une session ultérieure (A/CN.9/341, par. 49).

#### *Inclusion des dispositions relatives aux conflits de lois dans la Loi type*

2. A la vingt et unième session, le Groupe de travail a longuement débattu de la question de savoir s'il fallait conserver dans la Loi type une disposition relative aux conflits de lois (A/CN.9/341, par. 33 à 37). A l'encontre du maintien de cette disposition, il a été dit qu'un certain nombre d'Etats étaient déjà parties à des conventions bilatérales ou multilatérales relatives aux conflits de lois et en particulier à la Convention de Rome sur la Loi

applicable aux obligations contractuelles entre les Etats membres des Communautés européennes et qu'ils pourraient difficilement adopter des dispositions de ce genre, quelles qu'elles soient, contenues dans la Loi type. Deuxièmement, on a également fait remarquer qu'aucune règle concernant les conflits de lois ne pouvait s'appliquer à la fois aux virements électroniques à grande vitesse et aux virements effectués par les moyens habituels. Troisièmement, étant donné la complexité des questions en jeu, le texte actuel n'était pas suffisamment détaillé pour pouvoir être accepté par la majorité des Etats.

3. Le Groupe de travail a décidé de conserver une disposition relative aux conflits de lois, essentiellement au motif que l'on ne pouvait pas s'attendre à ce que la loi régissant les virements internationaux soit la même dans le monde entier parce que tous les Etats auraient adopté intégralement la Loi type. Il était donc nécessaire que les parties, dans les Etats ayant adopté la Loi type, sachent quelle loi régirait les diverses relations dans un virement international. Il était certes possible que des Etats adoptant la Loi type éprouvent des difficultés à adopter les dispositions relatives aux conflits de lois parce qu'ils étaient parties à des conventions bilatérales ou multilatérales, mais cela n'était pas une raison pour ne pas inclure de telles dispositions dans la Loi type, pas plus que l'existence dans le droit national de dispositions de fond régissant les virements ne justifierait la non-inclusion de dispositions de fond équivalentes dans la Loi type.

#### *Paragraphe 1*

4. Une des premières difficultés à laquelle le Groupe de travail s'est heurté dans l'élaboration d'un régime juridique pour les virements internationaux est la dichotomie existant entre le point de vue du donneur d'ordre et du bénéficiaire d'un virement (en particulier lorsqu'aucune de ces deux parties n'est une banque) et celui des banques effectuant l'opération. Du point de vue du donneur d'ordre et du bénéficiaire, le virement constitue une seule opération et leurs droits et obligations issus du virement lui-même devraient être régis par une loi unique. Du point de vue des banques, un virement international est effectué au moyen de plusieurs ordres de paiement, chacun d'entre eux créant des droits et obligations pour l'expéditeur et la banque réceptrice. De ce point de vue, chaque relation bilatérale dans la chaîne du virement constitue une transaction bancaire distincte. La loi applicable à une relation peut donc être différente de celle applicable aux autres relations bilatérales qui, considérées dans leur ensemble, constituent la chaîne du virement. Cette situation n'est toutefois pas satisfaisante, dans la mesure où il faut que les droits et obligations de toutes les parties soient compatibles pour qu'un virement international s'effectue sans problème.

5. La proposition ci-après, visant à surmonter ces difficultés, a été présentée à la vingt et unième session.

“Un système de transfert de fonds peut choisir la loi d'un Etat particulier pour régir les droits et obligations de toutes les parties à un virement électronique à grande vitesse. Au cas où il y aurait divergence entre toute disposition de la loi de l'Etat retenu par le système de transfert de fonds et toute disposition de la présente Loi

type, les dispositions de la loi de l'Etat retenu par le système de transferts de fonds prévaudront.”

6. A l'appui de cette proposition, il a été dit qu'il était particulièrement important qu'un seul ensemble de règles régisse les droits et obligations de toutes les parties dans le cas d'un virement à grande vitesse (A/CN.9/341, par. 24 à 32). On a fait remarquer qu'il fallait que les parties puissent opter pour une loi unique, ce qui était le cas dans la proposition ci-dessus, faute de quoi la règle générale du choix de la loi énoncée au paragraphe 1 de l'article 15 aurait pour effet que les différentes phases du virement seraient régies par la loi de différents Etats, au lieu que l'ensemble de l'opération soit régi par une seule et même loi. On a fait observer que cette technique avait déjà été appliquée par CHIPS dans sa nouvelle règle 3 et que la loi de New York avait été choisie pour régir l'ensemble du virement lorsqu'une partie quelconque de celui-ci était effectuée par le système CHIPS (la règle de CHIPS est énoncée dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.47).

7. La proposition a été rejetée par le Groupe de travail au motif que si elle paraissait raisonnable quand elle était appliquée exclusivement aux relations interbancaires, en revanche elle semblait excessive dans le cas des donneurs d'ordre et des bénéficiaires qui n'étaient pas des banques, dans la mesure où elle tendait à imposer à ces derniers une loi qui était différente de celle régissant normalement leurs droits et obligations et qu'ils n'auraient pas eux-mêmes choisie. La proposition revenait à donner au système de transfert de fonds, autrement dit aux banques elles-mêmes, une liberté illimitée quant au choix de la loi à appliquer. On pouvait donc redouter que le système de transfert de fonds ne choisisse une loi particulièrement favorable aux banques et défavorable aux donneurs d'ordre et aux bénéficiaires qui n'étaient pas des banques.

8. A la vingt et unième session, le Groupe de travail s'est efforcé d'élaborer d'autres règles qui auraient également conduit à l'application d'une seule loi à l'ensemble de l'opération. Il a été proposé que les dispositions de fond de la Loi type applicables aux relations entre le donneur d'ordre et sa banque soient régies par la loi de l'Etat de la banque du donneur d'ordre, mais que le reste du virement soit régi par la loi de l'Etat de la banque du bénéficiaire (A/CN.9/341, par. 38). Enfin, il a été décidé que seule l'adoption de la Loi type par les divers Etats concernés pouvait garantir l'application de ladite loi à l'ensemble du virement (A/CN.9/341, par. 39).

9. Le Groupe de travail n'était pas disposé à permettre à un groupe quelconque de banques de décider que la Loi type ou toute autre loi s'appliquerait à des parties aux virements qui n'étaient pas parties à l'accord concernant le choix de la loi, mais il était favorable à ce que les parties soient autorisées à choisir la loi qui régirait leurs relations (A/CN.9/341, par. 44 et 45).

10. Le Groupe de travail a décidé que, si les parties ne choisissaient pas la loi applicable, la loi de l'Etat de la banque réceptrice devait s'appliquer au segment du virement en question (A/CN.9/341, par. 46 et 47). Il fallait cependant préciser que la Loi type ne devait pas essayer

de prévoir quelle serait la loi à appliquer pour déterminer le pouvoir de l'expéditeur effectif de lier l'expéditeur apparent au titre de l'article 4-1.

#### Paragraphe 2

11. Bien qu'à la vingt et unième session le Groupe de travail ait été dans l'ensemble favorable à la suppression de la totalité du paragraphe 2, celui-ci a été conservé provisoirement puisqu'on avait conservé au paragraphe 2 de l'article 14 une règle relative au moment où une obligation serait acquittée par un virement (A/CN.9/341, par. 48).

#### Comparaison avec l'Article 4A

12. L'article 4A-507 est dans l'ensemble conforme au paragraphe 1 tel qu'il a été modifié par le Groupe de travail à la vingt et unième session, et à la deuxième phrase du paragraphe 2; cependant, l'Article 4A semblerait appliquer la loi de l'Etat de la banque réceptrice pour déterminer si un expéditeur effectif avait pouvoir d'envoyer un ordre de paiement. L'article 4A-507(c) constitue une version légèrement plus complexe de la disposition citée au paragraphe 5 du commentaire qui a été rejetée par le Groupe de travail à la vingt et unième session.

#### Remaniement proposé de l'article 15

13. Dans une communication qu'elle a fait parvenir au Secrétariat après la vingt et unième session, la délégation du Royaume-Uni a proposé de remanier l'article 15 comme suit :

"1) Les droits et obligations découlant d'un ordre de paiement sont régis par la loi choisie par les parties. En l'absence d'une convention, la loi de l'Etat de la banque réceptrice est applicable.

2) La deuxième phrase du paragraphe 1 n'a pas d'incidences sur le choix de la loi qui déterminera si l'expéditeur effectif avait pouvoir de lier l'expéditeur apparent au regard de l'article 4-1.

3) Lorsque les droits et obligations mentionnés au paragraphe 1 sont incorporés dans un contrat, ledit paragraphe n'a pas d'incidences sur l'application d'une règle de droit donnée

a) pour la détermination de la loi régissant la validité formelle du contrat; ou

b) entraînant l'application de la loi d'un autre Etat s'il apparaît, compte tenu des circonstances, que le contrat est plus directement lié à cet Etat.

4) Le paragraphe 1 ne s'applique pas dans la mesure où son application serait manifestement incompatible avec les règles d'ordre public en vigueur.

5) L'application de la loi d'un Etat donné prévue par le présent article signifie l'application des règles de droit en vigueur dans cet Etat, autres que les règles de droit international privé.

6) Aux fins du présent article

a) Lorsqu'un Etat se compose de plusieurs unités territoriales ayant des règles de droit différentes, chaque unité territoriale est considérée comme un Etat distinct; et

b) Les agences d'une banque situées dans différents Etats sont considérées comme des banques distinctes."

14. La délégation du Royaume-Uni a fait observer que le paragraphe 3 avait pour objectif de rendre l'article 15 compatible avec la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Elle a également fait remarquer que le remaniement proposé supprimait l'actuel paragraphe 2.

#### Article 16

Sauf disposition contraire de la présente loi, les droits et obligations d'une partie à un virement peuvent être modifiés avec l'accord de la partie intéressée.

#### Examen antérieur

A/CN.9/318, par. 34  
A/CN.9/WG.IV/WP.47  
A/CN.9/341, par. 50 à 52

#### Commentaire

1. A la dix-huitième session, le Groupe de travail avait décidé d'examiner séparément pour chaque disposition la question de savoir dans quelle mesure les parties intéressées pourraient déroger d'un commun accord aux dispositions de la Loi type (A/CN.9/318, par. 34). Ainsi, plusieurs articles comportaient une disposition autorisant les parties à déroger à une disposition donnée ou limitant ce droit. Une partie de la proposition présentée par les Etats-Unis avant la vingt et unième session, distribuée sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.47, contenait deux paragraphes concernant le droit de modifier les dispositions de la Loi type. Le premier paragraphe de la proposition a été adopté par le Groupe de travail en tant qu'article 16 (A/CN.9/341, par. 52). Le second paragraphe, qui a été retiré par la délégation des Etats-Unis après le rejet d'une proposition équivalente relative à l'article 15 (voir le paragraphe 7 du commentaire de l'article 15), disposait que le règlement d'un système de transfert de fonds peut être applicable entre les banques participantes, "même s'il est contraire à la présente loi et exerce indirectement des effets sur une autre partie au virement qui n'accepte pas l'application dudit règlement".

2. Au titre de l'article 16, l'accord de la partie intéressée n'est pas obligatoirement avec la partie au virement qui invoque l'accord. Ainsi, un accord entre le donneur d'ordre et sa banque prévoyant que la banque du bénéficiaire dans un autre Etat pouvait exécuter l'ordre de paiement reçu en s'en tenant uniquement au numéro de compte serait contraignant pour le donneur d'ordre par rapport à la banque du bénéficiaire.

3. Lorsque le Groupe de travail a adopté l'article 16, il a décidé de réexaminer chacun des articles de fond pour déterminer si les dispositions antérieures concernant l'effet d'un accord devraient être maintenues ou supprimées (A/CN.9/341, par. 52). Dans le projet de texte actuel, il est fait référence aux effets des règles contractuelles dans les

articles 2 j, 4-4, 5-2 b, 6-5, 7-1 b, 8-4, 10-3, 10-4, 10-5, 12-7, 14-1, 14-3, 15-1 et 15-2. Voir les commentaires de ces dispositions quant à l'effet de l'article 16.

4. *Comparaison avec l'Article 4A.* L'article 4A-501(a) est identique à l'article 16. L'article 4A-501(b) constitue une version plus longue de la disposition mentionnée au paragraphe 1 du commentaire et présentée dans le

document A/CN.9/WG.IV/WP.47, qui a été rejetée par le Groupe de travail à la vingt et unième session.

*Titre proposé et emplacement de l'article*

5. Il est suggéré d'intituler l'article 16 "Modification par accord". Il est proposé de faire passer l'article 16 à l'article 3.

## II. PASSATION DES MARCHÉS

### A. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa douzième session (Vienne, 8-19 octobre 1990) (A/CN.9/343) [Original : anglais]

#### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION .....	1-10
DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS .....	11-229
<i>Chapitres</i>	
I. EXAMEN DU DEUXIÈME PROJET DE TEXTE DES ARTICLES 1 <sup>er</sup> A 27 DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS (A/CN.9/WG.V/WP.28)* .....	11-228
Article 1 <sup>er</sup> Application de la Loi .....	11-14
Article 2 Définitions .....	15-52
Article 3 Objectifs généraux .....	53-58
Article 3 bis Accords internationaux ou autres obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés ...	59-63
Article 4 Réglementation des marchés .....	64
Article 5 Publicité de la loi sur la passation des marchés, de la réglementation des marchés et des autres textes juridiques relatifs aux marchés .....	65
Article 6 Contrôle et supervision des marchés .....	66-67
Article 7 Méthodes de passation des marchés et conditions d'application de ces méthodes .....	68-92
Article 8 Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs .....	93-110
Article 10 Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs .....	111-113
Article 11 Procédure d'appel d'offres international .....	114-121
Article 12 Sollicitation des offres et demandes de présélection .....	122-131
Article 14 Teneur de l'avis de projet de marché .....	132-135
Article 16 Procédure de présélection .....	136-161
Article 17 Fourniture aux entrepreneurs et fournisseurs du dossier d'appel d'offres .....	162
Article 18 Teneur du dossier d'appel d'offres .....	163-188
Article 19 Prix facturé pour le dossier d'appel d'offres .....	189
Article 20 Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier d'appel d'offres; langue de la documentation de présélection et du dossier d'appel d'offres .....	190-194
Article 22 Clarification et modification du dossier d'appel d'offres ...	195-201
Article 23 Langue des offres .....	202
Article 24 Soumission des offres .....	203-207
Article 25 Période de validité des offres; modification et retrait des offres .....	208-213
Article 26 Garanties de soumission .....	214-223
Article 27 Ouverture des offres .....	224-228
II. TRAVAUX FUTURS ET QUESTIONS DIVERSES .....	229

\* La numérotation du deuxième projet de texte des articles 1<sup>er</sup> à 27 présente des lacunes en raison de la suppression et du regroupement de plusieurs articles du premier projet décidés par le Groupe de travail à sa onzième session.

## INTRODUCTION

1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission a décidé que priorité serait donnée aux travaux sur la passation des marchés et a confié cette tâche au Groupe de travail du nouvel ordre économique international<sup>1</sup>. A sa dixième session, tenue à Vienne du 17 au 25 octobre 1988, le Groupe de travail a commencé ses travaux sur ce sujet par l'examen d'une étude de la passation des marchés établie par le Secrétariat<sup>2</sup>. Il a prié le Secrétariat d'établir le premier projet d'une loi type sur la passation des marchés, accompagné d'un commentaire, compte tenu des débats et décisions de sa dixième session<sup>3</sup>.

2. Le Groupe de travail a examiné à sa onzième session (5-16 février 1990) un projet de loi type sur la passation des marchés et son commentaire établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.24 et A/CN.9/WG.V/WP.25). Il a prié le Secrétariat de modifier le texte de la Loi type en tenant compte des débats et décisions de ladite session. Il a été convenu qu'en apportant ces modifications le Secrétariat ne devait pas chercher à améliorer la structure ou le libellé du texte. Il a aussi été convenu que le commentaire ne serait pas modifié tant que le texte de la Loi type n'aurait pas été définitivement arrêté et qu'aucune modification ne serait apportée au commentaire pour la douzième session du Groupe de travail. En outre, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir pour la douzième session une ébauche des dispositions concernant les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique<sup>4</sup>.

3. A sa vingt-troisième session (25 juin-6 juillet 1990), la Commission s'est félicitée des travaux accomplis par le Groupe de travail et l'a prié de les poursuivre avec diligence<sup>5</sup>.

4. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa douzième session à Vienne du 8 au 19 octobre 1990. Les Etats membres ci-après du Groupe de travail étaient représentés à la session : Allemagne, Argentine, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Egypte, Etats-Unis d'Amérique, France, Inde, Iran (République islamique d'), Jamahiriya arabe libyenne, Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Tchécoslovaquie, Union des Républiques socialistes soviétiques et Yougoslavie.

5. Les observateurs des Etats ci-après ont participé à la session : Arabie saoudite, Finlande, Koweït, Liban, Oman, Pakistan, Philippines, République de Corée, Roumanie, Suisse, Thaïlande et Turquie.

6. Les organisations internationales ci-après étaient également représentées par des observateurs :

a) *Organismes des Nations Unies* : Banque internationale pour la reconstruction et le développement, Organisation internationale du Travail, Centre (CNUCED/GATT) du commerce international, Organisation des Nations Unies pour le développement industriel;

b) *Organisations intergouvernementales* : Ligue des Etats arabes, Office central des transports internationaux ferroviaires (OTIF);

c) *Organisations internationales non gouvernementales* : Association internationale du barreau.

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

*Président* : M. Robert Hunja (Kenya)

*Rapporteur* : Mme Jelena Vilus (Yougoslavie).

8. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après :

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.V/WP.26);

b) Passation des marchés : procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique dans le cadre de la Loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.27);

c) Passation des marchés : deuxième projet de texte des articles premier à 35 de la Loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.28).

9. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après :

a) Election du bureau;

b) Adoption de l'ordre du jour;

c) Passation des marchés;

d) Questions diverses;

e) Adoption du rapport.

10. En ce qui concerne l'examen du point c, le Groupe de travail a décidé d'examiner d'abord le deuxième projet de texte des articles 1<sup>er</sup> à 35 de la Loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.28) et d'attendre pour se pencher sur les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique dans le cadre de la Loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.27) que l'examen du deuxième projet de texte des articles 1<sup>er</sup> à 35 ait été mené à terme.

## DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

### I. Examen du deuxième projet de texte des articles 1<sup>er</sup> à 27 de la loi type sur la passation des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.28)

#### *Article premier* *Application de la Loi*

11. De l'avis général, l'application de la Loi type devait être la plus large possible de manière à assurer la plus

<sup>1</sup>Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-neuvième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément n° 17 (A/41/17)*, par. 243.

<sup>2</sup>A/CN.9/WG.V/WP.22.

<sup>3</sup>A/CN.9/315, par. 125.

<sup>4</sup>A/CN.9/331, par. 222.

<sup>5</sup>*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/45/17)*, par. 29.

grande uniformité possible à la législation régissant la passation des marchés. A cette fin, le Groupe de travail a décidé d'ajouter le mot "toute" à la première disposition de l'article premier, qui serait ainsi rédigée : "La présente loi s'applique à toute passation de marchés par des entités adjudicatrices".

12. On a estimé, toutefois, que certains Etats hésiteraient peut-être à adopter la Loi type s'ils n'avaient pas la possibilité d'exclure de son champ d'application certains marchés. En particulier, on a indiqué que les Etats devaient pouvoir exclure la passation de marchés dans les cas où la défense nationale ou la sécurité nationale étaient engagées, voire dans d'autres cas mettant en jeu d'importants intérêts nationaux. Selon un avis opposé, la faculté de restreindre le champ d'application de la Loi type était contraire à l'objectif d'uniformisation du droit.

13. La clause d'exclusion relative à la sécurité nationale figurant au paragraphe 2 de l'article premier a été jugée trop étroite, car elle ne visait que la passation de marchés "touchant" ("*for . . . purposes*") la sécurité nationale ou la défense nationale et ne couvrait pas d'autres cas ayant des incidences sur ("*involving*") la sécurité nationale ou la défense nationale (voir plus loin les paragraphes 225 et 226).

14. On est convenu qu'un Etat devait pouvoir exclure du champ d'application de la Loi type certaines procédures particulières de passation de marchés d'une manière générale; par exemple, en énonçant des restrictions dans l'article premier de la Loi type qu'il promulguerait ou dans la réglementation des marchés, ou au cas par cas. Il ne fallait pas que les restrictions au cas par cas se fissent de manière confidentielle ou informelle. On est en outre convenu que, si elle le souhaitait, l'entité adjudicatrice devait pouvoir appliquer la Loi type à un marché qui était exclu. Par souci de transparence, il fallait que de telles applications de la Loi type soient portées à la connaissance des entrepreneurs et fournisseurs à travers le dossier d'appel d'offres.

## *Article 2* *Définitions*

15. On a fait observer que plusieurs des définitions énoncées dans cet article avaient pour objet de délimiter le champ d'application de la Loi type. On est convenu que ces définitions devaient être rédigées de la manière la plus large possible afin d'étendre au maximum le champ d'application de la Loi type et de promouvoir ainsi l'uniformisation du droit.

16. On a indiqué qu'il fallait s'interroger avec tout le sérieux requis sur la nécessité de conserver certaines des définitions énoncées dans l'article 2. On a dit que les définitions qui ne faisaient que renvoyer à d'autres articles de la Loi type étaient inutiles. On a déclaré qu'en principe des définitions ne devaient être énoncées que si elles aidaient l'utilisateur de la Loi type à en comprendre les dispositions, ou bien pour définir des termes techniques qui pourraient être mal interprétés faute d'une définition.

17. On a fait observer qu'il importait d'aligner les définitions énoncées à l'article 2 sur les dispositions de fond de

la Loi type où étaient traités les termes définis afin d'éviter tout conflit entre les définitions et les dispositions de fond. Pour pouvoir faire face à cette éventualité, on a proposé que soit ajoutée une disposition indiquant qu'en cas de conflits soit la définition, soit l'article de fond l'emporterait. Cette proposition n'a pas été adoptée. Une disposition de cette nature était, a-t-on dit, inconnue dans la pratique législative de nombreux Etats. On a en outre fait observer que les définitions devaient être rédigées de manière à ne pas entrer en conflit avec les articles de fond. On a précisé qu'au dernier stade de l'élaboration de la Loi type, il faudrait réexaminer les définitions afin de s'assurer qu'elles étaient conformes aux articles de fond.

18. Selon un avis, le chapeau de l'article 2 devrait être remplacé par la formule suivante : "Dans la présente Loi".

### *"Passation d'un marché" (nouvel alinéa a)*

19. On est convenu que la définition de la "passation d'un marché" serait modelée sur le texte suivant :

"Les mots 'passation d'un marché' désignent l'acquisition par tous moyens, y compris l'achat, la location, la concession ou la location-vente, de biens ou de travaux, y compris les services connexes à la fourniture des biens ou aux travaux si la valeur de ces services ne dépasse pas celles des biens ou des travaux eux-mêmes, mais non de services proprement dits."

20. Le Groupe de travail a réaffirmé ses décisions antérieures (A/CN.9/331, par. 20; A/CN.9/315, par. 25) de ne traiter au stade actuel que la passation de marchés de biens et de travaux et non de services, hormis les services connexes aux biens ou travaux faisant l'objet du marché. Il a été indiqué que les services étaient un enjeu important des négociations commerciales d'Uruguay qui se tenaient sous l'égide de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et qu'il était inopportun d'essayer de traiter des services dans la Loi type avant l'aboutissement de ces négociations. En outre, on a fait observer que la passation de marchés de services ne reposant pas sur la même base ou ne respectant pas les mêmes procédures que la passation de marchés de biens et de travaux, des dispositions supplémentaires devraient être élaborées pour la Loi type si les services y étaient inclus. Conformément à sa décision de ne pas traiter des services, le Groupe de travail a décidé que les mots "et l'acquisition de services de télécommunications, de transport ou d'assurance" figurant à la fin de la définition de la "passation d'un marché", et les références aux services figurant ailleurs dans le texte, ne devaient pas être conservés.

21. Selon un avis, le commentaire de la Loi type devait indiquer si l'acquisition de biens ou de travaux dans le cadre de coentreprises, d'accords de licence et autres arrangements, qui n'étaient pas expressément visés dans la définition de la "passation d'un marché", était ou non couverte par la définition.

### *"Entité adjudicatrice" (alinéa a)*

22. Il a été proposé que les termes "entité adjudicatrice" ne soient pas définis dans la Loi type mais que chaque Etat qui l'adopterait soit tenu d'énoncer dans une annexe les

entités auxquelles elle s'appliquerait. Cette proposition n'a pas été adoptée. Selon l'avis qui a prévalu, il était utile de conserver la définition des mots "entité adjudicatrice" énoncée à l'alinéa *a* car elle précisait que les organes du gouvernement (mentionnés au sous-alinéa *a* i, ainsi que des entités publiques et autres entités ne faisant pas partie du gouvernement (mentionnées au sous-alinéa *a* ii étaient visés par la Loi type. En outre, en englobant tous les organes du gouvernement à l'exception de ceux qui étaient expressément exclus, le sous-alinéa *a* i correspondait, a-t-on estimé, à la politique consistant à étendre au maximum le champ d'application de la Loi type. On a fait observer, en réponse à une opinion selon laquelle un Etat ne devrait pouvoir exclure aucun organe du gouvernement central du champ d'application de la Loi type, que cette faculté était importante pour certains Etats et qu'ils pourraient hésiter à appliquer la Loi type si ces exclusions étaient proscrites.

23. De l'avis général, il convenait de supprimer, au sous-alinéa *a* i, la référence à "l'administration" dont le sens n'était pas clair et qui semblait ne rien ajouter à la disposition.

24. Il a été noté que le sous-alinéa *a* i posait un problème tout au moins à un pays où les organes gouvernementaux ne passaient pas eux-mêmes de marchés mais recouraient plutôt pour ce faire à des entreprises commerciales qu'ils contrôlaient. Cette situation, a-t-il été convenu, pourrait être traitée dans le commentaire accompagnant la Loi type.

25. Selon une opinion, le sous-alinéa *a* i devrait viser non seulement les organes de gouvernement de l'Etat qui appliqueraient la Loi type, mais aussi les organes de gouvernement des subdivisions de l'Etat (tels que les organes de gouvernement des différentes unités constituant une fédération ou des collectivités locales). Il a été noté à ce propos que dans certains systèmes fédéraux le gouvernement fédéral ne pouvait légiférer en matière de passation de marchés ni pour les unités constitutives de la fédération, ni pour les collectivités locales. Par contre, les différentes unités constitutives de la fédération pouvaient adopter elles-mêmes la Loi type.

26. Le Groupe de travail a envisagé différentes manières d'inclure au sous-alinéa *a* i les organes de gouvernement de tous niveaux et de tenir compte des besoins des Etats fédéraux qui ne pouvaient légiférer pour les organes de gouvernement de leurs subdivisions, mais aucune solution satisfaisante n'a été trouvée. Finalement, les membres du Groupe de travail sont convenus de proposer deux variantes du sous-alinéa. La première engloberait tous les organes de gouvernement, y compris ceux des subdivisions des Etats fédéraux. Il serait adopté par les Etats non fédéraux et par les Etats fédéraux qui pouvaient légiférer pour leurs subdivisions. La seconde ne viserait que les organes du gouvernement central; elle serait adoptée par les Etats fédéraux ne pouvant légiférer pour leurs subdivisions.

27. On a fait valoir que pour savoir si une entité devait ou non être régie par le sous-alinéa *a* ii, il fallait déterminer si elle passait ou non des marchés avec les fonds de l'Etat. Dans certains Etats, a-t-on fait remarquer, il existait des entreprises qui passaient des marchés parfois avec les fonds de l'Etat et parfois avec leurs fonds propres. De l'avis

général, il convenait donc d'examiner dans le commentaire les critères sur lesquels on devait se fonder pour déterminer quelles entités devaient être couvertes par le sous-alinéa *a* ii.

28. Il a été noté qu'un Etat pourrait soit préciser des catégories d'entités, soit énoncer directement les entités devant être couvertes par le sous-alinéa *a* ii.

#### "Biens" (alinéa b)

29. Il a été proposé de ne mentionner à l'alinéa *b* que les biens mobiliers afin d'écartier les biens immobiliers. Cependant, le terme biens mobiliers avait, a-t-on fait remarquer, un sens juridique propre à chaque système juridique et son utilisation pourrait avoir des conséquences imprévues dans tel ou tel système.

30. S'agissant des mots entre crochets à la fin de l'alinéa *b*, les membres du Groupe de travail sont convenus qu'il fallait garder la référence aux biens sous forme solide, liquide ou gazeuse. S'agissant de l'énergie, il a été décidé de ne faire référence qu'à l'électricité et non à l'énergie nucléaire ou autre forme d'énergie. On a déclaré à ce propos que seuls l'électricité elle-même et le matériel qui servait à la produire pouvaient faire l'objet d'une passation de marchés.

31. Selon une opinion, le pétrole devrait aussi être exclu dans la mesure où il n'était pas acheté par les procédures visées dans la Loi type. On a noté que les Etats où des règles particulières étaient nécessaires pour le pétrole pourraient, lorsqu'ils appliqueraient la Loi type, déterminer comment considérer ce produit.

#### "Travaux" (alinéa c)

32. De l'avis général, l'alinéa *c* devait être reformulé de la façon suivante :

"Le mot 'travaux' désigne toutes les activités associées à la construction, la reconstruction, la démolition, la réparation ou la rénovation d'un bâtiment, d'une structure ou d'installations, telles que la préparation d'un chantier, l'excavation, l'érection, le montage, l'installation d'équipement ou de matériel, la décoration et le finissage, ainsi que le forage, la cartographie, la photographie par satellite, les études sismiques et les activités similaires liées à ces travaux."

33. On a fait valoir que des activités telles que le forage, la cartographie, la photographie par satellite et les études sismiques devraient être incluses, même si elles n'étaient pas liées aux travaux, puisqu'elles faisaient en général l'objet de marchés comme les biens et travaux et selon les mêmes procédures. Selon l'avis qui a prévalu toutefois, sans le lien avec les travaux, ces activités pouvaient être considérées comme des services qui, au stade actuel, n'étaient pas traités dans la Loi type; elles ne devraient donc être incluses que lorsqu'elles étaient liées aux travaux.

#### "Procédure de passation des marchés" (alinéa d)

34. Des doutes ont été exprimés quant au bien-fondé de la définition des termes "procédure de passation des marchés". On a noté que dans sa formulation actuelle, elle

serait trop restrictive si le Groupe de travail décidait d'ajouter dans la Loi type des procédures autres que celles qui sont actuellement énoncées dans la définition. Il a donc été décidé de la supprimer, étant entendu qu'il serait possible de revenir sur cette décision si l'on jugeait utile, lors de l'examen d'autres dispositions de la Loi type, de réintroduire une définition.

*"Procédure d'appel d'offres international" (alinéa e)*

35. On a noté que plusieurs problèmes se posaient à propos de la définition de la "procédure d'appel d'offres international", figurant entre crochets à l'alinéa e de l'article 2. Cette définition posait par exemple des problèmes pour ce qui est de son application dans les cas où un entrepreneur ou un fournisseur aurait pris résidence dans un Etat à la seule fin de bénéficier des dispositions fiscales avantageuses dudit Etat et dans les cas où un entrepreneur ou un fournisseur aurait des établissements dans plus d'un Etat. Dans le cas des entrepreneurs ou fournisseurs constitués en société, on pouvait se demander si la définition faisait référence à l'Etat où la société était constituée, ou aux Etats dans lesquels les dirigeants ou actionnaires avaient leur résidence ou leur établissement. On a également noté que certains Etats imposaient des règles différentes, lorsqu'il s'agissait de déterminer qui était un national de l'Etat, selon l'objet pour lequel la nationalité devait être déterminée. En outre, on a jugé que les mots "encouragée et favorisée" constituait une déclaration de principe plutôt qu'une norme juridique. Diverses propositions ont été faites afin d'améliorer la définition, notamment une proposition tendant à supprimer la référence au "lieu de résidence habituel" et des propositions visant à rendre plus précise la référence à l'établissement.

36. On s'est demandé si, en fait, une définition de la "procédure d'appel d'offres international" était nécessaire. A ce propos, le Groupe de travail a examiné la place de ce terme dans la Loi type et les relations entre les articles 2 e, 3 b et 11. Il a été noté que, comme l'indiquait l'alinéa b de l'article 3, l'un des objectifs généraux de la Loi type était de promouvoir et encourager la participation aux procédures de passation des marchés d'entrepreneurs et fournisseurs compétents et notamment, le cas échéant, d'entrepreneurs et fournisseurs désignés en général comme "étrangers". On a noté que la Loi type prévoyait diverses procédures spéciales applicables dans le cadre de la procédure d'appel d'offres lorsque la participation d'entrepreneurs et fournisseurs "étrangers" à cette procédure devait être promue et encouragée. L'article 11 avait pour fonction de déterminer quand ces procédures spéciales devaient être appliquées.

37. L'expression "procédure d'appel d'offres international" était utilisée à l'article 11 comme moyen pratique de faire référence aux procédures d'appel d'offres pour lesquelles on appliquait ces procédures spéciales. Cet emploi de l'expression "procédure d'appel d'offres international" servait de base à la définition énoncée à l'alinéa e de l'article 2.

38. Vu les relations étroites entre l'alinéa e de l'article 2 et l'article 11, le Groupe de travail a décidé de réexaminer cet alinéa lorsqu'il en serait à l'article 11; ainsi, les deux

textes seraient traités conjointement. La question de savoir si une définition de la "procédure d'appel d'offres international" était requise et, dans l'affirmative, quel en serait le contenu, pourrait alors être réexaminée. Le débat du Groupe de travail à ce propos est résumé plus loin aux paragraphes 118 à 120.

*"Garantie de soumission" (alinéa f)*

39. Selon une proposition, il fallait supprimer la définition de la "garantie de soumission" car une telle définition était superflue, la nature de la garantie requise par l'entité adjudicatrice étant énoncée dans le dossier d'appel d'offres. Toutefois, la définition a été jugée acceptable quant au fond, sous réserve de certaines modifications et de certains éclaircissements.

40. On s'est demandé si les exemples de garantie de soumission énumérés dans la définition étaient vraiment nécessaires. Selon l'avis qui a prévalu, ces exemples étaient utiles. Il a été convenu que référence serait faite à d'autres types d'instruments utilisés comme garanties, tels que lettres de crédit stand-by, cautionnements, billets à ordre et lettres de change. Il a également été convenu que la référence aux institutions financières serait supprimée, car certains types de garantie de soumission étaient émis par des institutions qui, dans certains Etats, pouvaient ne pas être considérées comme des institutions financières (par exemple, des compagnies d'assurances).

41. Compte tenu de ce qui précède, la définition ci-après de la garantie de soumission a été jugée acceptable :

"Les mots 'garantie de soumission' désignent une garantie donnée pour l'exécution des obligations d'un soumissionnaire, notamment des mécanismes tels que les garanties, les cautionnements, les lettres de crédit, les lettres de crédit stand-by, les chèques engageant au premier chef la responsabilité d'une banque, les dépôts en espèces, les billets à ordre et les lettres de change."

*"Monnaie" (alinéa g)*

42. Le Groupe de travail a jugé que la définition de "monnaie" était acceptable.

*"Procédure d'appel d'offres" (alinéa g bis)*

43. Le Groupe de travail a jugé que la définition de la "procédure d'appel d'offres" était acceptable.

*"Procédure de négociation avec appel à la concurrence" (alinéa h)*

44. Selon un avis, la définition figurant actuellement entre crochets risquait d'entrer en conflit avec l'article 34 et il fallait supprimer les mots entre crochets et faire simplement référence à l'article 34 dans la définition. Selon un avis contraire, une telle définition serait sans objet.

45. Selon l'avis qui a prévalu, la définition figurant entre crochets contenait des renseignements utiles pour l'utilisateur de la Loi type. Il a toutefois été convenu que son libellé serait élargi, afin de faire référence aux négociations avec appel à la concurrence entre l'entité adjudicatrice et "au moins deux" entrepreneurs et fournisseurs.

*"Sollicitation d'une source unique" (alinéa i)*

46. Le Groupe de travail a jugé que la définition de la "sollicitation d'une source unique" était acceptable.

*"Entrepreneur ou fournisseur" (alinéa i bis)*

47. On s'est demandé si le mot "entrepreneur" était approprié, car une personne ou une entreprise ne deviendrait "entrepreneur" qu'après avoir conclu le marché. Il a toutefois été convenu que, puisque la définition faisait référence à "toute partie potentielle" à un marché, cette définition était satisfaisante.

*"Offre conforme" (alinéa j)*

48. De l'avis général, le début de la définition devait être modifié comme suit : "les mots 'offre conforme' désignent une offre qui . . .".

49. On a fait observer qu'en disposant qu'une offre est conforme si elle correspond aux conditions fixées dans le dossier d'appel d'offres, la définition était en contradiction avec l'article 28-4, qui énonce une exception à la nécessité de conformité au dossier d'appel d'offres. Pour remédier à cette contradiction, il a été convenu d'ajouter dans la définition une référence à l'article 28-4. Il a également été convenu que la définition serait modifiée afin de faire référence à la conformité à "toutes les" conditions fixées dans le dossier d'appel d'offres.

50. Il a été proposé que la définition fasse référence aux conditions "impératives" du dossier d'appel d'offres, afin que soit établie une distinction entre les spécifications ou dispositions du dossier d'appel d'offres auxquelles les offres doivent se conformer et celles auxquelles les offres n'ont pas à se conformer et à propos desquelles les soumissionnaires peuvent faire des propositions afin d'améliorer leur offre. Cette proposition n'a pas été retenue parce que l'on pouvait déduire du mot "condition" lui-même que la conformité était impérative.

51. Il a été convenu que le dernier membre de phrase de la définition ("y compris les conditions relatives . . .") était superflu et devait être supprimé.

52. A la lumière de ce débat, il a été convenu que la définition devait être formulée comme suit :

"Les mots 'offre conforme' désignent une offre qui correspond à toutes les conditions fixées dans le dossier d'appel d'offres, sous réserve des dispositions de l'article 28-4."

### Article 3 Objectifs généraux

53. Il a été convenu que le mot "objectifs" figurant entre crochets dans le titre et dans le chapeau de l'article 3 devait être conservé.

54. Selon un avis, l'énoncé des objectifs devait être conservé à l'article 3. Toutefois, il a été dans l'ensemble convenu que, puisque l'énoncé des objectifs de la Loi type

figurant à l'article 3 ne créait pas de droits ou obligations de fond pour les parties, il devait figurer dans un préambule à la Loi type, plutôt que dans le corps de la Loi elle-même.

55. Il a été noté que, vu le libellé actuel de l'article 3, le souci de favoriser l'économie dans le processus de passation des marchés, énoncé à l'alinéa *a*, était subordonné au souci d'efficacité, énoncé dans le chapeau. Il a été dans l'ensemble convenu que les objectifs d'économie et d'efficacité devaient se voir accorder un statut identique; pour ce faire, il fallait supprimer la référence à l'efficacité dans le chapeau et la placer à l'alinéa *a*, qui serait libellé comme suit : "Favoriser au maximum l'économie et l'efficacité dans le processus de passation des marchés".

56. Selon un avis, le mot "économie" utilisé dans l'expression "l'économie dans le processus de passation des marchés" à l'alinéa *a* et le mot "économique" utilisé dans l'expression "l'offre la plus économique" à l'alinéa *7 c* de l'article 28 n'étaient pas clairs et l'on s'est demandé s'il était entendu que ces mots avaient le même sens. On a également avancé que ces deux mots devraient être définis. Il a été répondu que "l'économie dans le processus de passation des marchés" était un terme général faisant référence au fait que l'entité adjudicatrice devait obtenir le meilleur rapport coût-efficacité dans le cadre de la passation du marché, alors que "l'offre la plus économique", définie à l'alinéa *7 c* de l'article 28, faisait référence aux deux critères optionnels devant être appliqués par l'entité adjudicatrice pour sélectionner l'offre à retenir, à savoir l'offre présentant le prix le plus bas ou l'offre évaluée la plus basse. On a en outre estimé qu'il n'y aurait sans doute pas de confusion entre les mots "l'économie dans le processus de passation des marchés" et "l'offre la plus économique", en particulier une fois que l'objectif d'économie aurait été déplacé dans le préambule.

57. Il a été convenu que l'énoncé des objectifs de la Loi type devait être élargi et comporter une référence au développement du commerce international.

58. Il a été convenu que la référence, à l'alinéa *b*, à la participation d'entrepreneurs et fournisseurs dont l'établissement ou le lieu habituel de résidence est situé hors de l'Etat adoptant la Loi type devrait être alignée sur les résultats de l'examen par le Groupe de travail de la définition des mots "procédure d'appel d'offres international" à l'alinéa *e* de l'article 2. Pour ce qui est de l'alinéa *c*, selon un avis, les mots "promouvoir la concurrence entre les entrepreneurs et les fournisseurs" devaient être remplacés par les mots "promouvoir une concurrence équitable entre les entrepreneurs et les fournisseurs".

### Article 3 bis

#### Accords internationaux ou autres obligations internationales du présent Etat touchant la passation des marchés

59. On a dans l'ensemble approuvé la règle énoncée à l'article 3 bis selon laquelle, en cas de conflit entre la Loi type et un traité conclu par un Etat adoptant la Loi type, le traité prévaudrait. Toutefois, des objections ont été émises

quant à la règle selon laquelle, en cas de conflit entre la Loi type et des accords conclus entre l'Etat adoptant ladite Loi et des organes d'autres Etats ou des accords conclus entre l'Etat adoptant la Loi type et des institutions internationales de financement, lesdits accords prévaudront sur la loi type. Il a été avancé que de tels accords ne devaient pas être mis sur le même plan que les traités. On a noté que la règle selon laquelle les accords devraient prévaloir contredisait le principe appliqué dans certains systèmes juridiques, selon lequel les tribunaux doivent appliquer la législation nationale, même si ladite législation n'est pas conforme aux obligations internationales de l'Etat. On a également avancé que cette règle aurait pour effet d'autoriser des administrations à conclure des accords abrogeant des lois adoptées par le parlement, ce qui ne serait pas acceptable dans certains pays. Enfin, on a déclaré qu'il serait souvent possible aux Etats, lors de la négociation d'accords avec les institutions de financement, d'éviter des conflits entre lesdits accords et la Loi type adoptée par eux.

60. Selon l'avis qui a prévalu, la règle disposant que les accords internationaux prévaudront devait être conservée. On a indiqué que cette règle était conforme aux principes constitutionnels et juridiques de nombreux systèmes juridiques et reflétait la pratique suivie en matière de financement par les institutions internationales de financement. Il n'était pas rare qu'un Etat emprunteur convienne que l'accord de prêt conclu avec une institution internationale de financement prévaudrait sur des dispositions non conformes de sa législation nationale. De tels accords de prêt étaient en général ratifiés par le parlement des Etats emprunteurs et étaient considérés comme des traités. Ainsi, sur le plan juridique, les accords prévaudraient normalement sur des dispositions non conformes de la législation nationale. Néanmoins, la règle expresse énoncée à cette fin à l'article 3 *bis* était souhaitable, car elle écarterait toute incertitude de la part des agents de l'entité adjudicatrice quant à la question de savoir si l'accord ou la Loi type prévaudrait, ce qui permettrait d'éviter des retards dans la passation d'un marché. On a déclaré que les préoccupations que pourrait susciter dans certains Etats le fait que l'exécutif puisse conclure un accord qui prévaudrait sur une loi adoptée par le Parlement seraient peut-être quelque peu atténuées si les Etats désignaient dans leur réglementation des marchés les organes officiels autorisés à conclure des accords avec des institutions de financement.

61. Il a été noté que, conformément au dernier membre de phrase de l'article 3 *bis*, les accords conclus avec des organes d'autres Etats et avec des institutions internationales de financement ne remplaceraient pas complètement la Loi type, mais ne s'appliqueraient que dans la mesure où il y avait conflit avec ladite Loi type. Selon un avis, si l'on voulait renforcer la présomption d'applicabilité de la Loi type, il fallait remanier l'article 3 *bis* afin qu'il disposât que tous les marchés seraient régis par la Loi type, sauf en cas de conflit entre ladite Loi et des traités ou autres obligations internationales de l'Etat l'ayant adoptée.

62. Il a été convenu que l'article 3 *bis* serait modifié, afin qu'il y soit précisé que seuls les accords conclus avec des institutions internationales de financement gouvernementales, et non les accords conclus avec des institutions non

gouvernementales, prévaudraient sur des dispositions non conformes de la Loi type. Une proposition tendant à élargir l'article aux accords avec toutes les institutions internationales n'a pas été acceptée. Il a en outre été convenu que l'article ferait référence, non seulement aux obligations "en vertu" de traités ou d'accords conclus par les Etats, mais aussi aux obligations "découlant" de tels traités et accords, afin qu'il soit bien clair que, par exemple, les directives de la Communauté européenne (CE), promulguées en application du Traité de la CE, prévaudraient sur des dispositions non conformes de la Loi type.

63. On s'est demandé s'il était approprié que l'article 3 *bis* dispose que non seulement les traités et accords existants, mais aussi les traités et accords futurs prévaudraient sur des dispositions non conformes de la Loi type. Cet aspect de l'article 3 *bis* a été dans l'ensemble jugé acceptable.

#### Article 4

##### *Réglementation des marchés*

64. Il a été convenu que l'article 4 devait être modifié, afin de tenir compte des dispositions de la réglementation des marchés excluant l'application de la Loi type à certains types de passation de marchés (voir plus haut le paragraphe 4).

#### Article 5

##### *Publicité de la loi sur la passation des marchés, de la réglementation des marchés et des autres textes juridiques relatifs aux marchés*

65. Le Groupe de travail a jugé que l'article 5 était acceptable dans l'ensemble.

#### Article 6

##### *Contrôle et supervision des marchés*

66. Il a été noté que, dans certains Etats, l'organe chargé d'approuver les actes et décisions de l'entité adjudicatrice ne serait pas toujours le même, selon l'acte ou la décision en question. Aussi le Groupe de travail a-t-il décidé de supprimer l'article 6, qui conférerait à un seul organe la tâche d'approuver tous les actes et décisions soumis à approbation. Il a en outre décidé que chaque article traitant d'un acte ou d'une décision soumis à approbation désignerait l'organe devant exercer la fonction d'approbation. Afin qu'un Etat puisse désigner un nouvel organe sans avoir à modifier la Loi type adoptée par lui, il a été proposé qu'il soit possible de le faire en désignant ce nouvel organe dans la réglementation des marchés.

67. Il a été noté que l'approbation des actes et décisions de l'entité adjudicatrice par une autre autorité administrative était contraire à la pratique dans certains Etats. On a accepté que les Etats en question puissent supprimer les références à la fonction d'approbation lorsqu'ils adopteraient la Loi type.

### Article 7

#### *Méthodes de passation des marchés et conditions d'application de ces méthodes*

68. Le Groupe de travail a approuvé l'approche que traduisait le libellé actuel du paragraphe 1, à savoir que l'appel d'offres était la méthode privilégiée de passation de marchés.

69. S'agissant du paragraphe 2, les points de vue ont divergé quant à l'opportunité d'inclure dans la Loi type la négociation avec appel à la concurrence. Selon une opinion, il était dangereux d'envisager cette méthode, car elle laissait à l'entité adjudicatrice la totale liberté de négocier, comme elle l'entendait, avec les entrepreneurs et les fournisseurs. En l'absence de toute procédure cadre permettant de contrôler le processus de négociation, l'entité adjudicatrice pouvait engager des négociations d'une manière commercialement inappropriée. En outre, aucun critère objectif n'était prévu pour la sélection de l'entrepreneur ou du fournisseur avec lequel le marché devait être passé. De tels critères étaient importants, a-t-on déclaré, car ils constituaient une base sur laquelle pouvait se fonder l'entité adjudicatrice pour mener les négociations et ils servaient de normes pour l'évaluation de la décision de ladite entité par une autorité de tutelle ou dans le cadre d'une procédure de recours contre cette décision. En bref, cette méthode manquait de transparence et permettait des abus. Selon une autre opinion, il existait d'autres méthodes de passation de marchés qui convenaient davantage dans les cas où on envisageait le recours à la négociation avec appel à la concurrence.

70. Selon l'avis qui a prévalu, il fallait maintenir la négociation avec appel à la concurrence dans la Loi type. Cette méthode était, a-t-on déclaré, utilisée dans plusieurs pays. Elle constituait, a-t-on en outre affirmé, le mode de passation de marchés le plus approprié dans certains cas, notamment pour l'acquisition de biens ou l'exécution de travaux pour lesquels l'aspect technologique était important; il fallait donc donner aux entités adjudicatrices la possibilité d'y recourir. On pouvait exercer un contrôle sur son utilisation en imposant à l'entité adjudicatrice d'obtenir au préalable l'autorisation d'une autorité de tutelle ou en prévoyant d'autres méthodes de contrôle et de supervision. On a noté que dans certains pays la procédure de passation de marchés faisait l'objet d'un contrôle administratif sous forme de vérification des comptes au terme de la procédure. Toutefois, ce genre de contrôle n'était peut-être pas approprié dans ce cas. De l'avis général, les conditions d'utilisation de la procédure de négociation avec appel à la concurrence, énoncées au paragraphe 2, n'étaient pas appropriées et devraient être modifiées.

71. Les participants sont convenus que la sollicitation d'une source unique, prévue au paragraphe 3, devait être maintenue dans la Loi type. La méthode énoncée actuellement à l'article 31 sous le nom de procédure d'appel d'offres en deux étapes devait aussi être conservée mais devait constituer, dans la Loi type, une méthode séparée de passation de marchés et ne pas être traitée dans la section ayant trait à la procédure d'appel d'offres.

72. De l'avis général, l'actuel projet de texte ne prévoyait pas des méthodes de passation de marchés suffisamment variées et différenciées pour répondre aux besoins des entités adjudicatrices. Il a donc été convenu d'y inclure d'autres méthodes, à savoir la sollicitation de propositions, qui pourrait être utilisée lorsque l'entité adjudicatrice souhaitait recevoir diverses propositions pour répondre à ses besoins, et la sollicitation de prix pour l'acquisition de biens facilement identifiables et d'une valeur relativement faible.

73. S'agissant de la structure de l'article 7, le Groupe de travail a examiné deux approches possibles. La première consisterait à énumérer toutes les méthodes de passation de marchés prévues par la Loi type et à décrire les conditions dans lesquelles chacune d'entre elles pourrait être utilisée. La seconde consisterait à énoncer les conditions d'utilisation des diverses méthodes dans les articles de la Loi type régissant chacune de ces méthodes.

74. Le Groupe de travail a chargé un groupe de travail spécial d'examiner la teneur et la structure de l'article 7 en tenant compte de ses débats et de ses décisions. Le groupe de travail spécial a été prié de définir les conditions d'utilisation des méthodes de passation de marchés, autres que l'appel d'offres, et la procédure à suivre dans chaque cas. Il est rendu compte, dans les paragraphes qui suivent, des débats et des décisions du Groupe de travail, fondés sur les recommandations du groupe de travail spécial. Le Secrétaire a été prié de tenir compte de ces débats et de ces décisions lorsqu'il établirait le prochain projet de texte.

75. Les membres du Groupe de travail sont convenus que l'article 7 devait comporter une liste de toutes les méthodes de passation de marchés envisagées dans la Loi type, à savoir : l'appel d'offres, l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions, la négociation avec appel à la concurrence, la sollicitation de prix et la sollicitation d'une source unique. Les conditions d'utilisation de ces méthodes et la procédure à suivre dans chaque cas seraient énoncées dans les articles de la Loi type régissant chacune d'entre elles. Il a été aussi convenu de disposer que, sous réserve de la décision du Groupe de travail concernant la façon de traiter la question de la fonction d'approbation, la décision de l'entité adjudicatrice d'utiliser une méthode de passation de marchés autre que l'appel d'offres serait soumise à approbation. Il incomberait à chaque Etat de décider quel organe devait donner cette approbation.

76. On a fait observer que la question de savoir si la procédure d'appel d'offres devait être ouverte aux entrepreneurs et fournisseurs quelle que soit leur nationalité était traitée à l'article 11. Il a été décidé que la question d'une telle participation à d'autres modes de passation de marchés serait traitée dans les articles régissant chacun de ces modes.

77. On a fait remarquer que les conditions dans lesquelles une entité adjudicatrice serait habilitée à ouvrir une procédure d'appel d'offres restreinte étaient énoncées à l'article 12-2. Le Groupe de travail a décidé que la Loi type traiterait aussi des conditions dans lesquelles la participation à d'autres modes de passation de marchés pourrait être

restreinte à certains entrepreneurs et fournisseurs choisis par l'entité adjudicatrice.

#### *Procédures d'appel d'offres*

78. En ce qui concerne la procédure d'appel d'offres, il a été convenu de conserver l'article 7-1 quant au fond.

79. On a noté que, dans les cas où l'emploi d'une méthode de passation de marchés autre que la procédure d'appel d'offres était justifié, les circonstances propres à un marché particulier pouvaient autoriser le recours à l'une ou l'autre de ces méthodes. Il a été convenu qu'en pareil cas, l'ordre de préférence suivant serait établi entre les différentes méthodes : i) procédure d'appel d'offres en deux étapes; ii) sollicitation de propositions; iii) négociation avec appel à la concurrence; iv) sollicitation de prix; v) sollicitation d'une source unique.

#### *Procédure d'appel d'offres en deux étapes*

80. Il a été décidé que les conditions de recours à la procédure d'appel d'offres en deux étapes et les méthodes à suivre dans ce domaine seraient essentiellement celles qui étaient actuellement prévues à l'article 31, une fois apportées certaines modifications appropriées en vue de tenir compte du fait que la méthode devait être employée indépendamment de toute autre.

#### *Sollicitation de propositions*

81. Il a été convenu que l'entité adjudicatrice devait être habilitée à recourir à la formule de la sollicitation de propositions quand elle n'avait pas identifié de solution particulière répondant à ses besoins et souhaitait qu'on lui soumette des propositions quant aux diverses solutions possibles. Le Groupe de travail n'a pas retenu une proposition tendant à ce que cette formule ne soit utilisée que dans le cas où la procédure d'appel d'offres en deux étapes ne conviendrait pas.

82. En ce qui concerne les procédures à suivre dans le cadre de la formule de la sollicitation de propositions, l'entité adjudicatrice demanderait aux entrepreneurs et fournisseurs de formuler des propositions quant aux moyens de répondre à ses besoins. Le choix de l'entrepreneur ou du fournisseur serait fondé non seulement sur le prix, mais aussi sur d'autres critères objectifs et quantifiables. L'évaluation des propositions serait faite sur la base d'une liste de critères pondérés dont les entrepreneurs et fournisseurs seraient clairement informés. Ceux-ci seraient aussi informés de l'importance relative de ces divers critères, lesquels mesureraient à la fois la compétence de l'entrepreneur ou du fournisseur et l'efficacité de la solution qu'il proposerait pour répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice. L'efficacité de la proposition serait évaluée séparément du prix.

83. On a contesté la nécessité de n'employer que des critères objectifs et quantifiables pour choisir l'entrepreneur ou le fournisseur. On a noté que, dans le cas de marchés concernant certains types de biens tels que les

systèmes informatiques, il n'était pas possible d'établir des critères quantifiables. Dans les circonstances où la formule de la sollicitation de propositions était appelée à servir, le processus d'évaluation contenait souvent un élément subjectif. En réponse à la proposition tendant à adapter la formule de la sollicitation de propositions aux systèmes informatiques, on a fait remarquer qu'en raison de la nature particulière desdits systèmes, des règles et procédures spéciales étaient actuellement élaborées pour les marchés correspondants.

84. On a aussi contesté le fait, mentionné dans la formulation retenue par le Groupe de travail, que, dans le cadre de la formule de la sollicitation de propositions, la compétence des entrepreneurs et fournisseurs devait être évaluée en même temps que l'efficacité de leur proposition. On a affirmé que la compétence des entrepreneurs et fournisseurs devait être évaluée séparément et en fonction de critères précis et objectifs, du type de ceux qui étaient actuellement énoncés à l'article 8. On a estimé qu'en donnant à l'entité adjudicatrice la possibilité d'évaluer en même temps la compétence des entrepreneurs et fournisseurs et l'efficacité de leur proposition, on risquait d'introduire un élément subjectif dans l'évaluation de l'efficacité desdites propositions, ce qui n'était pas souhaitable.

#### *Négociation avec appel à la concurrence*

85. Il a été convenu qu'une entité adjudicatrice serait habilitée à engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence dans les circonstances suivantes :

a) Lorsque, du fait de la nature, de l'ampleur ou du volume des biens ou des travaux et afin d'obtenir la solution la plus satisfaisante compte tenu de ses besoins, l'entité adjudicatrice devait négocier avec des entrepreneurs ou fournisseurs, afin de pouvoir évaluer la manière dont ils répondraient à ses besoins et d'obtenir la solution ayant le meilleur rapport coût-efficacité;

b) Lorsqu'il était urgent d'obtenir les biens et que le recours à la procédure d'appel d'offres serait de ce fait impossible ou imprudent;

c) Lorsque l'entité adjudicatrice souhaitait conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, conduisant à l'acquisition d'un prototype, sauf lorsque le contrat prévoyait la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement; ou

d) Lorsque, pour des raisons de défense nationale ou de sécurité nationale, les besoins de l'entité adjudicatrice devaient rester secrets.

86. Un désaccord s'est fait jour quant aux circonstances visées aux alinéas a et b du paragraphe 85 ci-dessus. Il a été proposé que ces circonstances soient davantage circonscrites, afin que la procédure de négociation avec appel à la concurrence soit autorisée :

a) Lorsque aucune autre méthode de passation de marchés n'était applicable, ou que le recours à une autre méthode de passation de marchés n'avait pas permis d'aboutir à un marché, faute d'offres conformes ou d'offres

présentées par des entrepreneurs ou des fournisseurs qualifiés, ou parce que l'entrepreneur ou fournisseur retenu ne concluait pas le marché;

b) Lorsqu'il y avait une situation d'urgence particulière, ni suscitée ni subie par l'entité adjudicatrice, du fait de laquelle il était urgent d'obtenir les biens ou les travaux et qu'il ne serait pas possible de répondre à ce besoin par d'autres méthodes de passation de marchés.

87. Il a été indiqué qu'une telle formulation permettait de définir plus concrètement et plus clairement les circonstances dans lesquelles on pouvait recourir à la négociation avec appel à la concurrence et de veiller à ce que cette méthode de passation de marchés, qui était soumise à trop peu de contrôles, ne soit utilisée que lorsqu'elle était appropriée. Il a en outre été indiqué que la formulation proposée était conforme aux critères stricts d'utilisation de la procédure de négociation avec appel à la concurrence énoncés dans les directives de la Commission des Communautés européennes régissant la passation des marchés publics de fournitures et de travaux. Cette proposition n'a pas été adoptée. La formulation, dans cette proposition, des circonstances dans lesquelles on pouvait recourir à la négociation avec appel à la concurrence a été jugée trop restrictive. Les circonstances énumérées au paragraphe 85 ci-dessus ont été jugées plus conformes à la pratique observée dans plusieurs pays, et l'on a estimé qu'elles répondaient de manière plus satisfaisante aux besoins des entités adjudicatrices. Pour ce qui est des circonstances énoncées à l'alinéa a du paragraphe 86 ci-dessus, il a été noté que, dans certains cas, la négociation avec appel à la concurrence pouvait ne pas être la seule méthode de passation de marchés applicable, mais être la méthode la plus appropriée. Il a été jugé plus souhaitable que, dans de tels cas, on se conforme à l'ordre de préférence mentionné au paragraphe 79, plutôt que d'interdire le recours à la méthode de négociation avec appel à la concurrence. Il a également été avancé que les conditions permettant l'ouverture d'une procédure de négociation avec appel à la concurrence devraient être liées à la nature du marché, plutôt qu'à l'échec d'une autre méthode de passation de marchés.

88. Une objection a également été soulevée quant à la "situation d'urgence" mentionnée à l'alinéa b du paragraphe 86 ci-dessus. Le fait d'empêcher l'entité adjudicatrice de recourir à la procédure de négociation avec appel à la concurrence lorsque cette situation d'urgence lui était imputable n'allait pas dans le sens de l'intérêt public et rendrait la Loi type inacceptable dans certains Etats.

89. Il a été convenu que les dispositions de la Loi type concernant les procédures à utiliser pour la négociation avec appel à la concurrence s'inspireraient de l'article 34 du projet actuel.

#### *Sollicitation de prix*

90. Il a été convenu que la méthode de la sollicitation de prix serait utilisée pour l'acquisition de biens facilement identifiables pour lesquels il existait un marché commercial. Cette méthode serait le plus souvent utilisée lorsque la quantité et la valeur totale des biens étaient relativement faibles.

91. Pour ce qui est des procédures à suivre dans le cadre de cette méthode, l'entité adjudicatrice solliciterait des prix auprès de plusieurs entrepreneurs et fournisseurs. Il a été proposé que, pour des marchés supérieurs à une valeur donnée, l'entité adjudicatrice soit tenue de publier un avis de sollicitation de prix. Chaque entrepreneur et fournisseur ne donnerait qu'un prix et ne serait pas autorisé à le modifier. L'entité adjudicatrice ne serait pas autorisée à négocier avec les entrepreneurs et fournisseurs. Le marché serait attribué à l'entrepreneur ou au fournisseur ayant proposé le prix le moins élevé.

#### *Sollicitation d'une source unique*

92. Le Groupe de travail a approuvé dans l'ensemble les conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique énoncées à l'article 7-3, ainsi que les procédures y relatives énoncées à l'article 35.

### **Article 8**

#### *Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs*

##### *Nouveau paragraphe 1*

93. Le Groupe de travail a jugé le nouveau paragraphe 1 acceptable.

##### *Paragraphe 1*

94. L'approche retenue au sous-alinéa 1 a i, lequel spécifiait la loi de l'Etat qui régirait la capacité juridique de l'entrepreneur ou fournisseur à conclure le marché, a bénéficié d'un certain soutien. Grâce à cette approche, l'entrepreneur ou fournisseur pouvait savoir s'il répondait aux critères régissant la capacité juridique et pouvait présenter les documents requis l'attestant. Quant à la question de l'Etat dont la loi s'appliquerait, d'aucuns se sont déclarés en faveur de la loi de l'Etat dont l'entrepreneur ou fournisseur était un national, ainsi qu'il est disposé entre crochets au sous-alinéa 1 a i. Selon un autre avis, ce sous-alinéa devait mentionner la loi du lieu où est passé le marché.

95. L'avis qui a prévalu, toutefois, était que ce sous-alinéa ne devait mentionner la loi d'aucun Etat, que cette question devait être réglée par les règles de conflit de lois applicables et que les mots figurant entre crochets au sous-alinéa 1 a i devaient être supprimés. A l'appui de cet avis, on a fait valoir que la loi régissant la capacité à conclure un marché variait en fonction des règles de conflit de lois des différents systèmes juridiques et que la Loi type ne devait pas tenter d'unifier lesdites règles. On a en outre fait observer qu'il ne suffisait pas de désigner la loi d'un Etat particulier qui régirait la question de la capacité à conclure un marché car on ne saurait pas avec certitude si les règles de conflit de lois dudit Etat seraient elles aussi applicables. Si cette désignation visait aussi les règles de conflit de lois, celles-ci risquaient de confier à la loi d'un autre Etat le soin de régler le problème, et la question de savoir si un entrepreneur ou fournisseur avait ou non capacité juridique risquait d'être réglée différemment dans les deux Etats en question. Il a en outre été indiqué qu'en ne précisant pas quelle loi s'appliquerait, on ne susciterait guère de problèmes pour les entrepreneurs et fournisseurs car la

question de la capacité à conclure le marché donnait rarement lieu à des différends. Les membres du Groupe de travail sont convenus qu'il fallait examiner dans le commentaire de la Loi type les différents problèmes que soulevait cette question.

96. Il a été décidé que le terme "en règlement judiciaire" figurant entre crochets au sous-alinéa 1 a ii serait conservé.

97. Le Groupe de travail a jugé le sous-alinéa 1 a iii acceptable.

98. Il a été proposé que le sous-alinéa 1 a iv soit supprimé au motif que dans certains pays les entrepreneurs ou fournisseurs ne pouvaient pas faire certifier officiellement qu'ils n'avaient jamais fait l'objet de condamnation pénale ou été jugés responsables au civil. En réponse à cette affirmation, il a été indiqué que l'entrepreneur ou fournisseur pourrait présenter à l'entité adjudicatrice une attestation écrite à cet effet. Toutefois, l'utilité d'une telle attestation a été contestée, en particulier dans l'hypothèse où l'entité adjudicatrice ne serait pas en mesure de vérifier les renseignements y figurant.

99. Le Groupe de travail a décidé de conserver au sous-alinéa 1 a iv la référence à une éventuelle condamnation pénale des entrepreneurs et fournisseurs, ainsi que les mots entre crochets : "ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant à leurs qualifications requises pour l'exécution d'un marché". Il a été proposé que référence soit faite aux déclarations fausses ou fallacieuses visant les produits des entrepreneurs et fournisseurs, mais cette proposition n'a pas été retenue. La signification du mot "produits" a été jugée peu claire et on a fait observer que certains Etats avaient des lois régissant les déclarations fallacieuses ou la publicité mensongère qui traitaient efficacement de cette question.

100. Selon un avis, il fallait lever toute ambiguïté sur le point de savoir si les condamnations pénales visées au sous-alinéa 1 a iv se limitaient aux condamnations de l'entrepreneur ou fournisseur lui-même, ou bien s'entendaient également des condamnations sanctionnant ses principaux cadres.

101. Le Groupe de travail a décidé de supprimer au sous-alinéa 1 a iv les mots : "et n'ont pas été tenus responsables, dans le cadre d'une procédure civile, d'un préjudice lié à l'exécution ou à la non-exécution d'un marché". Ce critère d'exclusion a été jugé trop général au motif que le fait qu'un entrepreneur ou fournisseur avait été tenu pour responsable d'un préjudice dans le cadre d'une procédure civile ne préjugait pas nécessairement de son aptitude à exécuter le marché.

102. Il a proposé que le sous-alinéa 1 a vi tienne une place plus importante dans l'article car il énonçait les principaux critères régissant les qualifications des entrepreneurs et fournisseurs. Le Groupe de travail a décidé de conserver les mots "des compétences en matière de gestion, une fiabilité, une expérience et une réputation" figurant entre crochets dans cette disposition.

103. Le droit de l'entité adjudicatrice d'inspecter les livres des entrepreneurs et fournisseurs, énoncé entre crochets à l'alinéa 1 b a soulevé un certain nombre d'objections. A l'appui de cette disposition, il a été indiqué que grâce à ce droit d'inspection des livres, l'entité adjudicatrice pouvait recueillir des renseignements judicieux et fiables sur les qualifications de l'entrepreneur ou fournisseur. On a noté que les entrepreneurs et fournisseurs étaient protégés par le chapeau du paragraphe 1, énonçant la réserve suivante : "Sous réserve du droit qu'ont les entrepreneurs et fournisseurs de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels." Après délibération, le Groupe de travail a décidé que le droit d'inspecter les livres des entrepreneurs et fournisseurs serait supprimé de l'alinéa 1 b et serait remplacé par l'obligation faite aux entrepreneurs et fournisseurs d'étayer leurs déclarations concernant leurs qualifications afin de satisfaire toute demande raisonnable de l'entité adjudicatrice.

#### *Paragraphe 2*

104. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 2 acceptable dans l'ensemble.

#### *Paragraphe 2 bis*

105. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 2 bis acceptable dans l'ensemble.

#### *Paragraphe 2 ter*

106. Selon une opinion, l'interdiction d'une discrimination à l'encontre des entrepreneurs et fournisseurs étrangers dans l'application de critères et procédures servant à évaluer leurs qualifications était formulée de façon trop vague. On a dit que ce paragraphe pouvait s'interpréter comme visant à prévenir une différence de traitement entre les entrepreneurs et fournisseurs étrangers et locaux, en vue d'atteindre des objectifs socio-économiques et à empêcher un Etat d'exiger des entrepreneurs et fournisseurs qu'ils y soient immatriculés pour être autorisés à participer à la procédure de passation d'un marché. Selon un avis divergent, les facteurs socio-économiques ne devaient jouer aucun rôle dans l'évaluation des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs et le paragraphe 2 ter n'interdirait pas les lois imposant aux entrepreneurs et fournisseurs d'être immatriculés dans l'Etat, comme préalable à toute participation à la procédure de passation d'un marché si ledit Etat donnait aux entrepreneurs et fournisseurs étrangers des moyens raisonnables de s'y faire immatriculer.

107. Le Groupe de travail a décidé de conserver le paragraphe 2 ter sous sa forme actuelle et d'examiner les objections suscitées par son libellé lorsqu'il étudierait l'article 11. De l'avis général, il convenait aussi de modifier la référence aux entrepreneurs et fournisseurs "étrangers" pour se conformer à la décision du Groupe de travail concernant la définition des termes "procédure d'appel d'offres internationale" à l'alinéa e de l'article 2 et d'ajouter les mots "ou entre ceux-ci" à la fin du paragraphe.

#### *Paragraphe 3*

108. Il a été décidé d'un commun accord de supprimer les mots entre crochets "sans préjudice de l'efficacité du

fonctionnement du système de passation des marchés" dans la mesure où ils laissaient trop le champ libre à l'exclusion arbitraire d'entrepreneurs et de fournisseurs de la procédure de passation d'un marché.

109. Il a été décidé de modifier le paragraphe 3 pour éviter qu'il soit appliqué lorsqu'une procédure de présélection avait été engagée, puisqu'un entrepreneur ou un fournisseur non présélectionné ne devait pas pouvoir participer à la procédure de passation d'un marché en application de ce paragraphe.

110. On a fait observer que le libellé actuel ne permettait pas de voir clairement si le paragraphe 3 s'appliquait uniquement aux entrepreneurs et fournisseurs dont les qualifications correspondaient aux critères fixés mais qui avaient simplement été dans l'impossibilité de fournir les preuves requises, ou s'il s'appliquait également aux entrepreneurs et fournisseurs qui ne répondaient pas aux critères mais souhaitaient prendre des mesures pour y parvenir pendant la procédure de passation du marché. Le Groupe de travail est convenu de clarifier le libellé de façon à ce que le paragraphe ne s'applique qu'aux entrepreneurs et fournisseurs qui présentaient les qualifications demandées mais n'avaient pas été à même de fournir les preuves requises, ceci en remplaçant peut-être le mot "démontrer" par les mots "fournir la preuve". Il a aussi été décidé de préciser dans le paragraphe que les entrepreneurs ou fournisseurs devaient fournir ladite preuve avant la fin de la procédure de passation du marché.

#### Article 10

##### *Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs*

111. Selon certains avis, l'article 10 devait être supprimé car il était trop détaillé et risquait d'être utilisé par une entité adjudicatrice pour exclure un entrepreneur ou un fournisseur de la participation à la procédure de passation du marché au motif qu'il n'aurait pas respecté une des formalités qui y sont énoncées. En outre, on a fait observer que dans de nombreux Etats des textes régissaient la légalisation des pièces et qu'on ne pouvait attendre de ces Etats qu'ils adoptent des règles distinctes pour les pièces employées dans les procédures de passation des marchés. Il a été proposé que les questions traitées dans l'article soient examinées dans le commentaire.

112. Un appui de principe s'est exprimé en faveur de l'article 10, au motif qu'il contribuerait à empêcher l'entité adjudicatrice d'exclure injustement un entrepreneur ou un fournisseur parce qu'il n'aurait pas respecté une formalité. On a cependant estimé que les paragraphes 2 et 3 étaient trop détaillés. On a en outre fait observer que la fonction notariale, mentionnée au paragraphe 2, n'existait pas dans tous les Etats et qu'il manquait dans ce paragraphe des références à diverses autres catégories de personnes, telles que les comptables, qui avaient pouvoir de certifier des pièces. On s'est aussi interrogé sur l'utilité de l'alinéa 3 b.

113. Le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 1 devait être conservé, y compris les mots "lorsque l'entité

adjudicatrice exige que ces pièces soient légalisées". Grâce à ce membre de phrase, l'article ne pourrait pas être interprété comme disposant que toutes les pièces fournies par les entrepreneurs et les fournisseurs doivent être légalisées, et il en ressortait clairement que les règles énoncées dans l'article ne s'appliqueraient que lorsque l'entité adjudicatrice exigerait qu'une pièce soit légalisée. Il a été décidé de remplacer les paragraphes 2 et 3 de l'article par une disposition stipulant que l'entité adjudicatrice n'aurait pas le pouvoir, en ce qui concernait la légalisation des pièces attestant les qualifications des entrepreneurs et fournisseurs, d'imposer des conditions autres que celles que prévoient les dispositions législatives touchant la légalisation des documents de ce type dans l'Etat adoptant la Loi type.

#### Article 11

##### *Procédure d'appel d'offres international*

114. L'approche adoptée à l'article 11, selon laquelle la décision d'ouvrir ou non une procédure d'appel d'offres international était laissée à la discrétion de l'entité adjudicatrice, a suscité un certain appui. Selon d'autres avis, cependant, l'entité adjudicatrice devrait être tenue d'ouvrir une procédure d'appel d'offres international dans certains cas, notamment lorsque les biens ou travaux requis dépassaient une certaine valeur monétaire ou lorsque l'ouverture d'une telle procédure répondait aux objectifs d'économie et d'efficacité visés.

115. Il a été noté que le premier projet d'article 11 contenait un paragraphe supplémentaire stipulant que l'entité adjudicatrice était requise d'ouvrir une procédure d'appel d'offres international, à moins qu'elle ne soit autorisée à ne pas le faire (A/CN.9/WG.V/WP.24, art. 11-2). Il a été dit qu'en supprimant ce paragraphe en application de la décision prise par le Groupe de travail à sa onzième session (A/CN.9/331, par. 58), on retirait à l'article une grande partie de sa fonction qui était de déterminer dans quelles circonstances l'entité adjudicatrice devait ouvrir une procédure d'appel d'offres international. Sous sa forme actuelle, l'article ne faisait qu'énoncer une évidence, à savoir que l'entité adjudicatrice "pouvait" ouvrir une procédure d'appel d'offres international. Il a aussi été dit qu'il pouvait y avoir risque d'interprétation malencontreuse de cet article qui consisterait à dire que la procédure d'appel d'offres national était la norme et que l'entité adjudicatrice devait justifier le recours à une procédure d'appel d'offres international à titre d'exception.

116. Selon l'avis qui a prévalu, une approche privilégiant l'appel d'offres international était préférable, sauf lorsque cela irait à l'encontre des objectifs d'économie et d'efficacité ou qu'il était possible de s'y soustraire pour des motifs prévus par la réglementation des marchés. Chaque Etat qui appliquerait la Loi type pourrait préciser ses propres motifs, en fonction de ses besoins et des circonstances. L'obligation de stipuler les motifs dans la réglementation des marchés favoriserait la transparence. Selon une opinion, on devrait privilégier le recours à une procédure internationale non seulement pour les appels d'offres, mais aussi pour les autres méthodes de passation des marchés visées par la Loi type.

117. On s'est inquiété du fait que l'approche adoptée ne donnait pas aux Etats ou aux entités adjudicatrices suffisamment d'indications leur permettant de déterminer quand elles devaient avoir recours à une procédure d'appel d'offres international. La Loi type, a-t-on noté, était établie à l'intention de tous les Etats du monde et de telles indications étaient particulièrement importantes pour les pays ayant peu d'expérience dans le domaine de la passation de marchés au niveau international. Pour tenir compte de ce souci, on a mentionné que ce genre d'indications seraient données dans le commentaire.

118. Le Groupe de travail a en outre examiné, dans le cadre de l'article 11, la définition des mots "procédure d'appel d'offres international" donnée à l'alinéa e de l'article 2. Selon une suggestion, on pourrait régler les problèmes que posait cette définition et qui avaient été soulevés à l'occasion de l'examen de l'alinéa e de l'article 2 (voir plus haut les paragraphes 35 à 38) en remaniant l'article 11 de manière à ne pas y faire figurer les mots "procédure d'appel d'offres international". Le Groupe de travail a donc estimé qu'il n'était pas nécessaire de conserver la définition énoncée à l'alinéa e de l'article 2.

119. On a noté que l'utilisation de ces mots dans la Loi type était essentiellement une manière pratique d'englober diverses procédures spéciales, visées dans ladite loi, qui avaient pour but d'inciter les entrepreneurs et fournisseurs étrangers à participer aux appels d'offres internationaux. Ces procédures spéciales devaient être utilisées pour les appels d'offres internationaux dans les cas mentionnés à l'article 11.

120. Compte tenu de l'approche générale qu'il avait été convenu d'adopter concernant l'article 11, le Groupe de travail a décidé de remanier cet article de la manière exposée ci-après. L'article ferait expressément référence à toutes les procédures spéciales qu'englobaient les mots "procédure d'appel d'offres international" et imposerait à l'entité adjudicatrice l'obligation d'employer ces procédures spéciales dans un appel d'offres, sauf lorsqu'elles iraient à l'encontre des objectifs d'économie et d'efficacité ou qu'il était possible de s'y soustraire pour des motifs prévus par la réglementation des marchés. Les entrepreneurs et fournisseurs seraient autorisés à participer à ces appels d'offres, quelle que soit leur nationalité, sauf lorsque, pour les raisons susmentionnées, l'entité adjudicatrice décidait d'autoriser uniquement la participation d'entrepreneurs et fournisseurs nationaux. Chaque Etat adoptant la Loi type définirait le mot "national" conformément à sa propre législation en matière de nationalité. Les entrepreneurs et fournisseurs de certains Etats pourraient aussi être écartés pour d'autres raisons légitimes.

121. Il a été décidé d'un commun accord que la Loi type imposerait à l'entité adjudicatrice l'obligation de préciser dans l'invitation à présenter une demande de présélection ou dans l'invitation à soumettre une offre si l'appel d'offres s'adressait à tous les entrepreneurs et fournisseurs, quelle que soit leur nationalité, ou si des restrictions s'appliquaient en la matière. Il a aussi été décidé que l'entité adjudicatrice ne pourrait pas modifier une déclaration indiquant que l'appel d'offres s'adressait à tous les entrepreneurs et fournisseurs, quelle que soit leur nationalité,

et qu'elle devrait procéder à l'appel conformément à sa déclaration. De l'avis général, c'était dans l'article 14 qu'il convenait d'insérer cette disposition.

#### Article 12

##### *Sollicitation des offres et demandes de présélection* *Paragraphe 1*

122. Il a été convenu que les mots "avis de projet de marché", qui, dans le présent projet de loi type, désignaient à la fois le moyen par lequel étaient sollicitées les demandes de présélection et celui par lequel étaient sollicitées les offres, seraient remplacés par deux expressions distinctes : "invitation à présenter une demande de présélection" et "invitation à soumettre une offre".

123. Il a été convenu que la première phrase du paragraphe 1 serait modifiée, afin qu'il ne soit pas possible de l'interpréter comme signifiant que l'invitation à présenter une demande de présélection et l'invitation à soumettre une offre devaient être publiées simultanément; on pourrait peut-être utiliser les mots suivants : "sollicite des offres ou, le cas échéant, des demandes de présélection". Il a été noté que, lorsqu'on recourait à une procédure de présélection, aucune invitation à soumettre une offre ne serait nécessaire, puisque les entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés recevraient automatiquement le dossier d'appel d'offres et seraient habilités à soumettre une offre.

124. Selon un avis, les mots "langue d'usage courant dans le commerce international" étaient vagues et il faudrait être plus précis quant à la langue dans laquelle l'invitation à présenter une demande de présélection et l'invitation à soumettre une offre devaient être publiées lorsque la procédure d'appel d'offres était ouverte à des entrepreneurs et fournisseurs de toutes nationalités. Il a été proposé que chaque Etat spécifie dans sa réglementation des marchés les langues à utiliser. Selon un avis contraire, l'approche proposée n'était pas satisfaisante, car un Etat pourrait spécifier des langues qui n'étaient pas d'usage courant. On a indiqué que la question de la langue à utiliser ne posait pas de problèmes dans la pratique, car il était de l'intérêt de l'entité adjudicatrice d'utiliser une langue comprise par un grand nombre et appropriée pour le marché en question. Après un débat, le Groupe de travail a convenu que la référence à "une langue d'usage courant dans le commerce international" serait conservée et que les questions liées aux langues utilisées pour la publication, notamment l'intérêt qu'il y avait à assurer une diffusion et une compréhension aussi larges que possible des invitations à soumettre une offre et des invitations à présenter une demande de présélection, seraient traitées dans le commentaire.

125. Selon un avis, les mots "de diffusion internationale" ne caractérisaient pas avec suffisamment de précision les types de quotidiens ou autres publications dans lesquels les invitations à présenter une demande de présélection ou les invitations à soumettre une offre devaient être publiées. Une proposition selon laquelle les publications dans lesquelles figureraient les invitations devraient être spécifiées par l'Etat adoptant la Loi type dans une annexe à ladite Loi type n'a pas été retenue, car on a jugé qu'elle serait difficile

à mettre en œuvre et sans doute trop rigide. Aussi le Groupe de travail a-t-il décidé de conserver les mots "de diffusion internationale", mais de préciser qu'ils portaient à la fois sur les quotidiens et sur les publications commerciales et revues techniques.

126. Le Groupe de travail a décidé que la phrase entre crochets figurant à la fin du paragraphe 1 ("Les dispositions ci-dessus n'interdisent pas le recours à des moyens supplémentaires pour porter l'avis de projet de marché à l'attention des entrepreneurs et fournisseurs") serait supprimée et que l'objet de ces mots serait rendu par une indication selon laquelle les invitations devaient être publiées "au minimum" dans les publications mentionnées dans la deuxième phrase du paragraphe.

127. Le Groupe de travail a considéré que rien, dans l'article 12 et dans d'autres articles de la Loi type, n'interdisait à l'Etat adoptant la Loi type de restreindre, en application d'accords internationaux conclus par lui, la participation à la procédure de passation de marchés aux entrepreneurs ou fournisseurs de certains Etats ou régions ni d'exclure les entrepreneurs et fournisseurs de certains Etats, et que l'article 3 *bis* donnait effet comme il convient à cette interprétation.

#### Paragraphe 2

128. Il a été proposé de remplacer le mot "communiquant" par le mot "donnant", afin que l'on ne puisse interpréter cette disposition comme signifiant que l'invitation à présenter une demande de présélection ou l'invitation à soumettre une offre devait être reçue par les entrepreneurs et les fournisseurs.

129. Il a été noté que les deux variantes de l'alinéa *a* combinaient, d'une part, les circonstances dans lesquelles la participation à une procédure d'appel d'offres pourrait être limitée à certains entrepreneurs et fournisseurs et, d'autre part, les règles régissant la sélection des entrepreneurs et fournisseurs et la manière dont les offres devaient être sollicitées d'eux. Il a été proposé de traiter à l'article 7 les circonstances dans lesquelles la participation pouvait être limitée.

130. Le Groupe de travail a décidé d'adopter la variante 1 de l'alinéa *a*. La variante 2 a été jugée trop détaillée et complexe; de plus, son champ était suffisamment couvert par la variante 1. Il a été convenu que la substance de la variante 2 pourrait être traitée dans le commentaire. Il a été proposé d'utiliser les mots "participation limitée" plutôt que "participation restreinte", afin que l'on ne puisse interpréter cette disposition comme traitant des restrictions imposées à la participation d'entrepreneurs et fournisseurs de certains Etats à la procédure d'appel d'offres (voir le paragraphe 127 ci-dessus).

131. Il a été convenu de conserver l'alinéa *b*, sous réserve de certaines modifications de forme, touchant par exemple le mot "communiquer", et de la suppression de la référence aux services.

#### Article 14

##### *Teneur de l'avis de projet de marché*

132. Il a été noté que la terminologie utilisée à l'article 14 ("avis de projet de marché" et "dossier d'appel d'offres") devrait être modifiée, compte tenu des décisions prises antérieurement par le Groupe de travail.

133. Il a été convenu de supprimer les alinéas *i* et *j* du paragraphe 1.

134. Il a été noté qu'au paragraphe 1 la déclaration indiquant si la procédure d'appel d'offres est ouverte ou non aux entrepreneurs et fournisseurs de toutes nationalités (voir le paragraphe 121 ci-dessus) devrait être ajoutée à la liste des renseignements à inclure dans l'invitation à présenter une demande de présélection et l'invitation à soumettre une offre.

135. Si le paragraphe 2 a été jugé dans l'ensemble acceptable, on s'est demandé s'il était nécessaire ou approprié de demander que certains des types de renseignements énumérés au paragraphe 1 et incorporés, par référence, au paragraphe 2 soient inclus dans l'invitation à présenter une demande de présélection. Certains de ces renseignements, tels que la date limite de soumission des offres, ne seraient peut-être pas connus au moment où l'invitation à présenter une demande de présélection serait publiée. On s'est en outre demandé s'il était nécessaire d'indiquer, dans l'invitation à présenter une demande de présélection, le prix du dossier d'appel d'offres. Le Secrétariat a été prié de revoir le paragraphe 2 sur la base de ces observations.

#### Article 16

##### *Procédure de présélection*

136. Selon une opinion, il fallait envisager de changer l'article 16 de place car, dans l'ordre chronologique, la procédure de présélection avait lieu avant la sollicitation des offres, sujet traité à l'article 12. Selon un autre avis, la Loi type devait prévoir une procédure de présélection non seulement pour l'appel d'offres, comme c'était le cas dans le présent projet, mais aussi pour d'autres méthodes de passation de marchés telles que les négociations avec appel à la concurrence et les sollicitations de propositions. Les avis exprimés ont été transmis au Secrétariat pour plus ample examen.

137. Selon un avis, les renvois qui figuraient à l'article 16 et dans d'autres articles compliquaient le texte et étaient d'une utilité contestable. Il fallait, a-t-on déclaré, revoir la façon dont certains de ces renvois étaient libellés. De l'avis général, cependant, ils étaient utiles et devaient être conservés, et le Secrétariat a été prié d'assurer la cohérence du texte en utilisant des renvois chaque fois que cela était nécessaire.

138. Il y avait, a-t-on affirmé, un certain nombre de répétitions entre les articles 8, 14 et 16, et le Secrétariat a été invité à étudier la possibilité de regrouper les dispositions qui se répétaient.

139. On a décidé de supprimer la phrase entre crochets "Toutefois, une procédure de présélection n'est pas ouverte dans les cas où la participation à la procédure d'appel d'offres est restreinte en application de l'article 12-2", puisque l'entité adjudicatrice devait pouvoir recourir à une procédure de présélection, même en cas d'appel d'offres restreint.

140. Une proposition tendant à supprimer la dernière phrase, entre crochets, a été considérée comme une question de mise au point rédactionnelle et l'examen en a été reporté au stade de la rédaction finale.

#### Paragraphe 2

141. Le paragraphe 2 a été jugé dans l'ensemble acceptable, mais on pourrait voir au stade de la rédaction finale s'il était vraiment nécessaire de garder les mots "un jeu de".

#### Paragraphe 3

142. Le détail dans lequel entrait ce paragraphe ainsi que d'autres dispositions de la Loi type a suscité quelques craintes. Un excès de précision pourrait, a-t-on déclaré, être préjudiciable à l'application de la Loi type dans certains Etats et aller par conséquent à l'encontre de l'objectif d'uniformisation du droit.

143. De l'avis général, cependant, les obligations détaillées énoncées dans le projet de loi type, notamment au paragraphe 3, étaient nécessaires si on voulait atteindre les objectifs d'économie, d'efficacité et d'équité, ainsi que d'autres objectifs de la Loi type. Il s'agissait là d'éléments essentiels du régime de passation des marchés établi par la Loi type et les Etats qui adopteraient cette loi devaient en faire des normes ayant force obligatoire. Selon un autre avis, toutefois, pour simplifier le texte et encourager son acceptation par tous les pays, il était préférable de supprimer ces obligations détaillées et de laisser aux Etats le soin de les imposer par le biais de la réglementation des marchés. Le commentaire pourrait donner aux Etats des indications quant à la manière de procéder dans ce cas. Selon une autre opinion enfin, la Commission pourrait, dans le commentaire, prier instamment les Etats qui adopteraient la Loi type de faire de ces obligations des normes ayant force obligatoire.

144. Selon l'avis qui a prévalu, les obligations détaillées ne devaient pas être supprimées sous peine de voir de nombreuses dispositions de la Loi type perdre beaucoup de leur force. Si ces obligations n'étaient pas énoncées dans la loi elle-même, certains Etats pourraient ne pas les imposer du tout et d'autres ne pas les imposer de manière satisfaisante, ce qui irait à l'encontre des objectifs de cette loi et serait préjudiciable à l'uniformisation du droit. Le commentaire, qui n'aurait pas, sur le plan juridique, de caractère normatif, ne permettrait pas d'assurer le respect des obligations comme l'espérait la Commission.

145. Le fait d'énoncer des obligations détaillées dans le texte de la Loi type n'empêcherait pas un Etat, a-t-on noté, de les imposer sous forme de règles s'il le souhaitait, dans la mesure où elles l'étaient sous la forme donnée dans la Loi type. Pour aider ces Etats, il a été suggéré d'indiquer,

d'une façon ou d'une autre, dans le texte de la Loi type, les dispositions qui pourraient être transformées en règles relatives à la passation des marchés. Le Secrétariat a été prié d'examiner les possibilités qui existaient à cet égard.

146. On a fait observer que certains types de renseignements qui devaient, selon le paragraphe 3, figurer dans la documentation de présélection devaient aussi être inclus, en vertu de l'article 14, dans l'avis de projet de marché. Le Groupe de travail a réaffirmé la décision qu'il avait prise à sa onzième session, à savoir que cette répétition était utile et devrait être maintenue (A/CN.9/331, par. 74).

147. De l'avis général, dans la première phrase du chapeau de l'article 3, où il était demandé que toute la documentation de présélection contienne tous les renseignements requis, le mot "tous" devait être supprimé, car les entrepreneurs ou les fournisseurs pourraient, se fondant sur ce mot, faire valoir que certains renseignements avaient été omis dans la documentation. On a suggéré que le chapeau soit rédigé de manière à ce qu'il signifie que les renseignements énumérés au paragraphe 3 étaient les renseignements minimums à donner dans la documentation.

148. On a convenu de remplacer les mots "ainsi que", à la fin du chapeau, par les mots "y compris". On a noté que les mots "à l'exception de son alinéa e" devaient être remplacés par les mots "à l'exception de ses alinéas e et g", ceci afin de corriger une erreur typographique. Une proposition tendant à arrêter le paragraphe 3 après les mots "soumettre leurs demandes de présélection" n'a pas été adoptée.

149. Le Groupe de travail a décidé de supprimer l'alinéa b. Cette disposition, a-t-il été déclaré, était dangereuse parce qu'elle permettait aux entrepreneurs et aux fournisseurs de faire valoir que certains renseignements qui auraient été prévus par cette disposition n'avaient pas été inclus dans la documentation de présélection. Il a été dit en outre que la suppression du mot "tous" dans le chapeau la rendait superflue. On a fait valoir enfin que les renseignements demandés dans cette disposition n'étaient pas nécessaires au stade de la procédure de présélection.

150. Pour le reste, le Groupe de travail a jugé le paragraphe 3 acceptable.

#### Paragraphe 3 bis

151. On a décidé d'un commun accord de supprimer le mot "promptement" de la première phrase et de la remanier afin d'exiger que l'entrepreneur ou fournisseur présente sa demande d'éclaircissements et que l'entité adjudicatrice y donne suite dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection afin que l'entrepreneur ou fournisseur puisse en tenir compte dans sa demande, avant la date limite. A cette fin, on a proposé que la disposition soit modelée sur le texte suivant : "L'entité adjudicatrice répond à toute demande raisonnable d'éclaircissements relative à la documentation de présélection émanant d'un entrepreneur ou d'un fournisseur et présentée dans un délai raisonnable avant la date limite de dépôt des demandes de présélection, de façon à ce que l'entrepreneur ou fournisseur puisse soumettre sa demande de présélection à temps."

### Paragraphes 4 et 5

152. Les membres du Groupe de travail ont décidé d'un commun accord que l'entité adjudicatrice devait faire savoir à chaque entrepreneur et fournisseur s'il avait ou non été présélectionné, ainsi qu'il est disposé dans la première phrase du paragraphe 4. On est convenu, toutefois, que le membre de phrase se rapportant à cette question devait être remanié de façon à exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle fasse savoir à "chaque" entrepreneur ou fournisseur s'"il" avait ou non été présélectionné.

153. Des opinions divergentes se sont exprimées à propos de la publicité des noms des entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés. D'un côté, on a dit qu'en rendant publique cette information on permettrait à quiconque en avait connaissance de fournir à l'entité adjudicatrice des renseignements pouvant se rapporter aux qualifications d'un entrepreneur ou fournisseur. On a indiqué, toutefois, que le fait de rendre cette information publique après qu'une offre avait été acceptée, ainsi qu'il est disposé entre crochets au paragraphe 4, interdirait la communication d'informations pouvant présenter un intérêt car cette publicité était trop tardive. En outre, les entrepreneurs et fournisseurs rejetés par l'entité adjudicatrice avaient intérêt à savoir rapidement quels entrepreneurs et fournisseurs avaient été présélectionnés pour pouvoir contester la décision de l'entité adjudicatrice rejetant leur candidature.

154. D'un autre côté, on a estimé que la divulgation rapide des noms des entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés pouvait favoriser la collusion entre entrepreneurs et fournisseurs dans la procédure d'appel d'offres. Aussi a-t-on souhaité que la divulgation n'intervienne pas avant l'acceptation d'une offre ou, au plus tôt, après la date limite de soumission des offres. En réponse à cet argument, on a contesté que la non-publication de l'information pût empêcher la collusion. En outre, on a fait observer qu'il existait dans plusieurs pays des lois régissant la concurrence qui pourraient traiter du problème de la collusion, même si, dans ce domaine, le droit était encore embryonnaire dans bien des pays.

155. Sur la base des considérations qui précèdent, diverses propositions ont été avancées. Selon une première proposition, le paragraphe 4 devait s'arrêter après les mots "s'ils ont ou non été présélectionnés", ce qui permettrait à chaque Etat adoptant la Loi type de déterminer quelles autres informations devaient être divulguées, à qui et à quel moment. Selon une deuxième proposition, les mots placés entre crochets : " , après qu'une offre a été acceptée, " devaient être supprimés afin que la publicité des noms des entrepreneurs et fournisseurs ayant été présélectionnés soit obligatoire. En outre, il fallait autoriser chaque Etat adoptant la Loi type à préciser à quel moment cette obligation devait intervenir. Selon une troisième proposition, il fallait obliger l'entité adjudicatrice à fournir cette information à chaque entrepreneur ou fournisseur ayant présenté une demande de présélection qui en faisait la demande, tout en stipulant que l'information ne devait être rendue publique qu'après qu'une offre avait été acceptée. Selon une quatrième proposition, il fallait accorder une certaine latitude à l'entité adjudicatrice en ce qui concerne la divulgation de l'information en question, tout en exigeant qu'elle

précise dans la documentation de présélection quelle information serait divulguée, à qui et à quel moment. Selon une cinquième proposition, il ne fallait communiquer les noms des entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés qu'à ceux qui ne l'avaient pas été. Ainsi, les entrepreneurs et fournisseurs dont la demande de présélection aurait été rejetée disposeraient de l'information dont ils pourraient avoir besoin pour contester la procédure de présélection, ce qui préviendrait toute collusion entre les entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés. On a opposé à cette argumentation qu'une telle solution pourrait aboutir à des pratiques fâcheuses telles que la vente d'informations par un entrepreneur ou fournisseur non sélectionné à un entrepreneur ou fournisseur sélectionné. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de présenter ces diverses approches possibles sous la forme de variantes dans le prochain projet de loi type.

156. On est convenu que le paragraphe 5 devait être reformulé de façon à énoncer clairement et à souligner davantage la distinction entre les "motifs" de rejet des demandes de présélection et les raisons qui les "expliquaient".

### Paragraphe 6

157. On a noté que la question traitée au paragraphe 6 l'était aussi à l'article 28-8 *bis*. Toutefois, le paragraphe 6, qui visait la "réévaluation" des qualifications des "entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés", n'était pas compatible avec l'article 28-8 *bis*, qui ne mentionnait que l'entrepreneur ou fournisseur soumettant l'offre jugée la plus économique et en vertu duquel cet entrepreneur ou fournisseur serait tenu de "confirmer" ses qualifications.

158. On a proposé que le paragraphe 6 soit supprimé, car l'objectif qui lui était assigné pouvait plus facilement être atteint par l'article 28-8 *bis*, en particulier en raison de la disposition figurant à l'article 28-8 *bis* selon laquelle les critères à employer pour la confirmation devaient être les mêmes que ceux qui étaient utilisés dans la procédure de présélection.

159. Selon un avis, toutefois, l'article 28-8 *bis* n'était pas clair sur le point de savoir si l'entrepreneur ou fournisseur devait uniquement mettre à jour l'information communiquée précédemment à propos de ses qualifications, ou si ses qualifications devaient être complètement réévaluées. En outre, on a exprimé l'opinion que lorsqu'on recourait à la procédure de présélection, l'article 28-8 *bis* devait simplement donner à l'entité adjudicatrice le droit d'exiger du soumissionnaire sélectionné qu'il confirme ses qualifications, mais qu'elle ne devait pas être tenue de le faire, ainsi qu'il est disposé à l'article 28-8 *bis*. On a noté que, si la Loi type devait prévoir une procédure de présélection dans le cadre des modes de passation de marché autres que l'appel d'offres, les dispositions concernant la confirmation des qualifications devraient être étendues à ces autres modes de passation de marchés.

160. Il a été dit que le paragraphe 6 serait peut-être utile s'il était remanié de façon à donner à l'entité adjudicatrice le droit de revenir sur sa décision de présélectionner un entrepreneur ou fournisseur s'il apparaissait ultérieurement qu'il n'était pas qualifié.

161. Selon l'avis qui a prévalu, le paragraphe 6 était inacceptable sous sa forme actuelle. Le Groupe de travail a décidé de différer toute décision sur l'opportunité de conserver ce paragraphe ou sur son libellé jusqu'au moment où il examinerait l'article 28-8 *bis*.

#### Article 17

##### *Fourniture aux entrepreneurs et fournisseurs du dossier d'appel d'offres*

162. Le Groupe de travail a jugé l'article 17 acceptable dans l'ensemble.

#### Article 18

##### *Teneur du dossier d'appel d'offres*

163. Les débats et la décision du Groupe de travail sur la question des renvois à l'article 16, dont rend compte le présent rapport au paragraphe 137 ci-dessus, s'appliquent également à l'article 18.

164. Le Groupe de travail a décidé de supprimer le mot "tous" figurant entre crochets dans le chapeau. On a proposé que les derniers mots du chapeau, "elle donne notamment les renseignements suivants" soient remplacés par l'expression "à savoir", mais cette proposition n'a pas été adoptée au motif que cette modification réduirait la portée de l'information requise dans le chapeau. On a décidé de conserver les mots entre crochets "et des renseignements sur les procédures d'ouverture, d'examen, de comparaison et d'évaluation des offres".

165. Le Groupe de travail a jugé les alinéas *a*, *i*, *k*, *m*, *o*, *q*, *r* et *t* acceptables dans l'ensemble.

166. A l'alinéa *b*, dans la référence aux critères relatifs à "l'évaluation des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs ou à la reconfirmation des qualifications", le Groupe de travail a décidé de remplacer le mot "ou" par le mot "et" afin qu'il soit clair que les critères énoncés à l'article 8 doivent régir l'évaluation des qualifications tout au long de la procédure de passation du marché.

167. Le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots entre crochets à l'alinéa *d* jugés superflus en raison de la modification de l'article 10 décidée par le Groupe de travail.

168. A propos de l'alinéa *e*, on a convenu de déplacer le renvoi à l'article 20 de manière à ce qu'il porte plus nettement sur les "caractéristiques techniques et [la] qualité".

169. On a proposé qu'au début de l'alinéa *f*, le mot "required" (omis dans la traduction française) soit remplacé par le mot "impératives". On a fait observer que l'expression "conditions impératives" était plus précise que "conditions requises". A l'encontre de cette proposition, on a fait valoir que l'utilisation d'expressions telles que "conditions requises" ou "conditions impératives" pouvaient malencontreusement laisser entendre que certaines conditions du marché n'étaient pas impératives ou que certains éléments des offres pouvaient faire l'objet de négociations.

170. On a par ailleurs proposé qu'il soit disposé à l'alinéa *f* que les dossiers d'appel d'offres doivent préciser toutes les conditions du marché. En outre, on a proposé que les dossiers contiennent un exemplaire du contrat qui serait signé par le soumissionnaire retenu. En réponse, on a fait valoir que le soumissionnaire retenu n'aurait pas forcément à signer un contrat écrit; dans certains cas, on avise simplement le soumissionnaire que son offre a été acceptée, ce qui a valeur de contrat. A ce propos, on a proposé que les mots "du marché" soient remplacés par "de tout marché". On a également fait valoir qu'il n'était pas nécessaire que le dossier d'appel d'offres énonce toutes les conditions du marché, étant donné que l'entité adjudicatrice pouvait ne pas être en mesure d'établir de manière définitive les conditions du marché (du moins celles n'ayant pas trait au fond même du marché) au moment où le soumissionnaire présentait son dossier. On a suggéré de stipuler à l'alinéa *f* que les documents doivent énoncer les conditions "essentielles" du marché. On a opposé à cette proposition qu'il était difficile d'établir une distinction entre les conditions essentielles et non essentielles du marché.

171. Compte tenu du débat qui a précédé, le Groupe de travail a décidé de ne préciser en aucune manière les conditions du marché qui devaient figurer dans le dossier d'appel d'offres et d'éviter de laisser entendre qu'un contrat écrit devait être signé dans tous les cas, en modifiant le début de l'alinéa *f* comme suit : "Conditions du marché et, le cas échéant, formulaire du contrat à signer par les parties".

172. Selon certains avis, il fallait conserver les mots placés entre crochets à l'alinéa *f*. En effet, il importait de conserver la référence à la répartition entre les parties du risque d'une augmentation du coût de l'exécution du marché. On a fait valoir qu'il était important de conserver cette référence, étant donné que le Groupe de travail avait supprimé, à sa onzième session, l'article 21 qui portait sur le même sujet. Selon un avis contraire, le maintien de cette référence serait incompatible avec la décision de supprimer l'article 21. On a également dit que les références à certaines conditions additionnelles, telles que le mode de règlement des litiges, étaient utiles et devaient être conservées.

173. Le Groupe de travail a décidé de supprimer dans sa totalité le passage entre crochets à l'alinéa *f*, étant donné que le choix des exemples de types de conditions à mentionner était arbitraire et que de toute manière ces exemples étaient déjà couverts par la première phrase de l'alinéa.

174. On a convenu de remplacer le mot "demandé" à l'alinéa *g* par le mot "autorisé", étant donné que le Groupe de travail avait décidé à sa onzième session que la Loi type ne devait pas régir la sollicitation de variantes.

175. On a convenu de remplacer le mot "désignation" à l'alinéa *h* par "description".

176. A propos de l'alinéa *k*, on a proposé que le paragraphe 12-1 soit scindé en deux alinéas de manière à différencier clairement la règle d'application générale, énoncée dans la première phrase, de la règle applicable uniquement dans le cas d'un appel d'offres international, énoncée dans le reste de ce paragraphe.

177. Le Groupe de travail a décidé de supprimer la fin de la première phrase de l'alinéa *l*, se rapportant à toute option offerte par l'entité adjudicatrice en ce qui concerne la garantie de soumission, puisque ce point était déjà traité au début de l'alinéa. On a en outre décidé que l'alinéa *l* ferait état de tous les autres types de garanties, telles que les garanties de bonne exécution du marché et les cautionnements sur la main-d'œuvre et sur les matériaux, requises par l'entité adjudicatrice.

178. On a décidé de reformuler le passage de l'alinéa *n* concernant le lieu et la date d'une réunion d'entrepreneurs et fournisseurs de manière à ce que l'entité adjudicatrice soit uniquement tenue d'indiquer dans les dossiers d'appel d'offres si elle prévoit ou non de tenir une telle réunion. Il a été indiqué que le lieu et la date pouvaient ne pas être connus au moment de l'établissement des dossiers d'appel d'offres.

179. Le Groupe de travail est convenu d'examiner l'alinéa *n bis* en même temps que l'article 22-2 (voir plus loin le paragraphe 199).

180. Il a été décidé que l'alinéa *p* se terminerait immédiatement après la référence à l'article 28-7 *c*. Le texte venant après a été jugé inutile, étant donné que le début de l'alinéa couvrait déjà la question visée. On a fait observer que si ce passage était conservé, il risquerait de poser un problème de compatibilité avec l'article 28. On a proposé d'ajouter à l'alinéa une mention tendant à ce que les dossiers d'appel d'offres indiquent le traitement qui serait réservé aux variantes d'offres ayant été ou non sollicitées; cette suggestion a été rejetée au motif que la question était couverte dans la partie de l'alinéa que le Groupe de travail avait décidé de conserver.

181. L'ensemble de l'alinéa *s* a soulevé des objections. On a dit qu'il imposait à l'entité adjudicatrice une obligation trop lourde en exigeant d'elle qu'elle recense les lois évoquées dans l'alinéa. On a fait observer que les lois régissant l'exécution des marchés étaient susceptibles d'être très diverses et que l'entité adjudicatrice pouvait ne pas les connaître toutes. On a évoqué le problème particulier que posaient les Etats fédéraux, pour lesquels il était parfois difficile d'établir s'il fallait appliquer la loi fédérale ou celle des unités constituant la fédération. En outre, on a fait valoir que c'était aux entrepreneurs et fournisseurs qu'il devrait appartenir d'obtenir par eux-mêmes les avis juridiques autorisés en ce qui concerne les diverses lois. On a également dit que le sous-alinéa *ii* sortait du champ d'application de la loi type, puisqu'il se référait aux lois applicables à l'exécution des marchés plutôt qu'aux procédures d'appel d'offres. L'avis a été exprimé qu'il faudrait remplacer le libellé actuel de l'alinéa *s* par la formulation retenue à l'article 16-3 *bis*.

182. Selon un avis opposé, on pouvait raisonnablement attendre de l'entité adjudicatrice qu'elle ait connaissance au moins des lois et réglementations régissant les procédures de passation des marchés dans lesquelles elle s'engageait. Les renseignements demandés au sous-alinéa *s i* étaient jugés utiles pour les entrepreneurs et les fournisseurs, et la disposition devait être retenue, à condition que l'on supprime la référence aux "autres lois et réglementations . . .

directement applicables à la procédure d'appel d'offres" et qu'on la transfère à l'alinéa *s ii*. On a également jugé utile l'alinéa *s ii* et on a proposé de le conserver en supprimant les termes "en soi" de manière à ce que l'omission d'une loi ou d'une réglementation évoquée dans la disposition ne constitue en aucun cas un motif de recours. On a enfin proposé le maintien de l'alinéa *s i* en supprimant le mot "toutes" de l'expression "toutes autres lois et réglementations", mais la suppression de l'alinéa *s ii*.

183. Le Groupe de travail a décidé de conserver l'alinéa *s i*, de supprimer le mot "toutes", d'ajouter une réserve selon laquelle "l'omission de toute référence de cet ordre ne constitue pas un motif de recours en vertu de l'article 36 ni n'engage la responsabilité de l'entité adjudicatrice" et de supprimer l'alinéa *s ii*.

184. Il a été convenu qu'au lieu de ne mentionner que les engagements d'échanges compensés, l'alinéa *u* ferait référence à tous les engagements pris par l'entrepreneur ou le fournisseur en dehors du marché, tels que les engagements portant sur des échanges compensés et les transferts de technologie. On a jugé important que les entrepreneurs et les fournisseurs sachent que de tels engagements seraient requis puisqu'ils étaient susceptibles d'affecter l'équilibre des relations commerciales entre les parties.

185. Il a été décidé de supprimer l'alinéa *v* du fait que la question était traitée de manière suffisamment détaillée dans la loi type elle-même et qu'elle n'avait pas à l'être davantage dans les dossiers d'appel d'offres.

186. Selon une opinion, les renseignements demandés à l'alinéa *w* avaient une importance fondamentale pour les entrepreneurs et les fournisseurs, et l'alinéa devait être maintenu. Selon un avis contraire, la question était déjà traitée à l'alinéa *s*. On a également dit que la question du droit de recours serait traitée dans la section de la loi type concernant les recours et qu'il était inutile de mentionner ce droit dans les dossiers d'appel d'offres. Le Groupe de travail a décidé d'attendre, pour prendre sa décision concernant cet alinéa, d'avoir examiné la section relative aux recours.

187. Le Groupe de travail a décidé de conserver l'alinéa *x* car il importait que les soumissionnaires sachent que l'entité adjudicatrice avait le droit de rejeter toutes les offres.

188. En ce qui concerne l'alinéa *y*, le Groupe de travail est convenu qu'il était important que les soumissionnaires connaissent les formalités qui seraient requises pour l'entrée en vigueur du marché. Il a également été décidé de préciser dans le commentaire quelles étaient les formalités auxquelles se référait l'alinéa, *y* compris, le cas échéant, des formalités telles que la signature d'un marché et l'approbation du marché par un organe de tutelle.

#### Article 19

##### Prix facturé pour le dossier d'appel d'offres

189. Selon un avis, l'article 19 devrait disposer que le prix facturé pour le dossier d'appel d'offres "ne doit pas

dépasser" le coût de l'impression dudit dossier et de sa distribution aux entrepreneurs et fournisseurs et non, comme dans le projet actuel, que le prix facturé "ne doit refléter que" ce coût. A l'appui de la formulation actuelle, on a fait observer que les pratiques comptables suivies pour déterminer ces coûts n'étaient pas uniformes et différaient selon les Etats, et qu'il n'était pas possible d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle calcule ces coûts avec précision. Le Groupe de travail a décidé de conserver l'article sous sa forme actuelle.

#### Article 20

##### *Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier d'appel d'offres; langue de la documentation de présélection et du dossier d'appel d'offres*

190. Selon un avis, le titre actuel était trop long et le titre de l'article qui figurait dans le premier projet (A/CN.9/WG.V/WP.24), à savoir "Règles concernant la formulation de la documentation de présélection et de la documentation relative au marché", lui était préférable. Le Groupe de travail a décidé de conserver le titre actuel.

191. Le Groupe de travail a décidé de supprimer le mot "injustifiés" qui figurait entre crochets au paragraphe 1, parce qu'il avait un caractère subjectif et que son utilisation pouvait conduire à des controverses quant à la question de savoir si des obstacles à la participation pouvaient être "nécessaires".

192. Il a été proposé de supprimer au paragraphe 2 le mot "objectives" employé pour qualifier les caractéristiques techniques et normes de qualité des biens ou travaux requis. Son sens, a-t-on dit, était incertain. Il a aussi été affirmé que ce mot n'était pas nécessaire puisque les caractéristiques techniques et les normes de qualité étaient en soi objectives. Diverses propositions ont été faites en vue d'exprimer de manière plus satisfaisante l'intention qui avait conduit à l'emploi du mot "objectives" dans le contexte du paragraphe 2, à savoir empêcher le recours à des termes subjectifs pour décrire les caractéristiques techniques et les normes de qualité des biens ou des travaux. Après un débat le Groupe de travail a décidé de conserver le mot "objectives".

193. Le Groupe de travail a jugé les alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 acceptables dans l'ensemble. On a noté qu'à sa onzième session le Groupe de travail avait décidé de supprimer la règle, figurant à l'article 20-3 *c* du premier projet, selon laquelle il fallait, dans les procédures d'appel d'offres international, utiliser les normes internationales qui pouvaient exister pour élaborer la documentation de présélection et le dossier d'appel d'offres. Selon un avis, il faudrait réintroduire cette règle au paragraphe 3, l'emploi de normes nationales par l'entité adjudicatrice pouvant créer des difficultés pour les entrepreneurs et fournisseurs étrangers qui pourraient ne pas être familiarisés avec ces normes ou ne pas être en mesure de les respecter. La proposition tendant à revenir sur la décision du Groupe de travail selon laquelle il faudrait supprimer la préférence donnée à l'emploi des normes internationales n'a pas reçu un appui suffisant.

194. Il a été convenu de supprimer la dernière phrase du paragraphe 4 qui figurait entre parenthèses et était libellée comme suit : "En cas de divergence ou de conflit entre les versions linguistiques, la version établie dans la langue d'usage courant dans le commerce international prévaut". On a dit qu'un Etat qui adopterait la Loi type serait vraisemblablement peu enclin à accepter une disposition selon laquelle une autre langue prévaudrait sur sa propre langue officielle. Il a aussi été décidé que le commentaire traiterait des problèmes et des questions découlant des conflits entre les diverses versions linguistiques de la documentation de présélection et du dossier d'appel d'offres. Le commentaire devrait en outre suggérer que les différentes versions linguistiques du dossier d'appel d'offres devaient être publiées séparément, car l'établissement de dossiers d'appel d'offres bilingues semblait poser des problèmes dans la pratique.

#### Article 22

##### *Clarification et modification du dossier d'appel d'offres*

#### Paragraphe 1

195. Il a été proposé de supprimer le mot "promptement" et de préciser, dans la deuxième phrase du paragraphe 1, un délai, avant la date limite de soumission des offres, dans lequel l'entité adjudicatrice devait répondre à une demande de clarification du dossier d'appel d'offres. Il a été dit, à l'encontre de cette proposition, qu'il était impossible de stipuler un délai précis qui convienne pour tous les types de marchés et toutes les régions du monde. Il a été convenu de remanier la phrase pour qu'elle corresponde à la décision prise par le Groupe de travail concernant l'article 16-3 *bis* (voir plus haut le paragraphe 151).

196. En ce qui concerne la dernière phrase du paragraphe 1, la réponse de l'entité adjudicatrice à une demande de clarification du dossier d'appel d'offres ne devait, selon une opinion, être communiquée à tous les entrepreneurs et fournisseurs à qui ledit dossier avait été envoyé que si la réponse les intéressait tous et non pas uniquement l'entrepreneur ou le fournisseur ayant formulé la demande. Il a été répondu que le libellé actuel de la phrase permettait de traiter de la même manière tous les entrepreneurs et fournisseurs et évitait à l'entité adjudicatrice d'avoir à déterminer si la réponse à une demande de clarification était d'intérêt général.

#### Paragraphe 2

197. S'agissant du paragraphe 2, un débat a été ouvert sur le droit de l'entité adjudicatrice de modifier le dossier d'appel d'offres. Selon des membres du Groupe de travail, il convenait d'imposer certaines limites à ce droit, afin de protéger les entrepreneurs et fournisseurs qui avaient énormément investi, en temps et en argent, dans l'établissement des offres. Il a été proposé d'interdire à l'entité adjudicatrice d'apporter des modifications "substantielles" au dossier d'appel d'offres. Selon une autre proposition, il ne fallait permettre à l'entité adjudicatrice de modifier le dossier que "dans des délais raisonnables", étant entendu qu'elle ne pourrait le faire lorsque l'établissement des offres était déjà

à un stade très avancé. Il a été proposé enfin de prévoir un dédommagement des entrepreneurs et fournisseurs qui avaient subi un préjudice en raison de modifications, si celles-ci résultaient de faits attribuables uniquement à l'entité adjudicatrice. Une telle disposition, a-t-on déclaré, permettrait de mieux équilibrer les droits des parties.

198. Selon l'avis qui a prévalu, la Loi type ne devait pas limiter le droit de l'entité adjudicatrice de modifier le dossier d'appel d'offres. Il a donc été décidé de supprimer, au paragraphe 2, les mots "à condition que ce droit ait été spécifié dans le dossier d'appel d'offres", ainsi que la disposition correspondante à l'article 18 *n bis*. A l'appui de cette opinion, il a été déclaré que le droit de l'entité adjudicatrice de modifier le dossier d'appel d'offres était un droit fondamental que l'entité adjudicatrice devait pouvoir exercer pour se procurer les biens ou faire effectuer les travaux qui correspondaient à ses besoins. Il ne fallait pas le limiter à des modifications mineures. On a toutefois convenu que les entrepreneurs et fournisseurs devaient être prévenus dans un délai raisonnable des modifications et avoir la possibilité d'en tenir compte dans leur offre. La possibilité d'une modification du dossier d'appel d'offres était, a-t-on déclaré, un risque commercial que les entrepreneurs et fournisseurs considéraient en général comme normal. En vertu des articles 25-3 et 26-2 *d*, les entrepreneurs et fournisseurs pouvaient, a-t-on fait observer, retirer leur offre sans perdre la garantie de soumission s'ils ne souhaitaient pas changer cette offre pour tenir compte des modifications apportées au dossier d'appel d'offres. Si l'entité adjudicatrice éprouvait le besoin de modifier le dossier, mais n'y était pas autorisée par la Loi type, son seul recours, a-t-on encore fait remarquer, était de rejeter toutes les offres et de recommencer la procédure de passation du marché, ce qui était bien plus préjudiciable aux entrepreneurs et fournisseurs que la modification du dossier. Le Groupe de travail a cependant jugé que l'entité adjudicatrice devait être incitée, dans le commentaire, à éviter de modifier le dossier d'appel d'offres.

199. Il a été proposé de remanier l'alinéa *n bis* de l'article 18 de façon que la déclaration devant figurer dans le dossier d'appel d'offres concernant le droit de l'entité adjudicatrice de modifier ledit dossier constitue une simple information donnée aux entrepreneurs et fournisseurs et non une condition de l'exercice de ce droit. Cette proposition n'a pas été adoptée. Une telle formulation pouvait, a-t-on déclaré, être interprétée de manière erronée comme signifiant que l'inclusion de la déclaration constituait une condition de l'exercice du droit de modification du dossier. En outre, la décision antérieure du Groupe de travail, selon laquelle les questions qui étaient dûment traitées dans la Loi type elle-même n'avaient pas à être reprises dans le dossier d'appel d'offres, s'appliquait à l'indication, dans ledit dossier, du droit de l'entité adjudicatrice de le modifier.

#### *Paragraphe 3*

200. Selon un avis, les mots placés entre crochets au paragraphe 3 pourraient donner l'impression erronée que, lorsque l'entité adjudicatrice répondait par téléphone à une demande d'éclaircissements de l'entrepreneur ou du fournisseur, une confirmation écrite de la réponse ne devait être

donnée qu'à l'entrepreneur ou au fournisseur ayant fait la demande. Il a été convenu que ce paragraphe serait modifié afin qu'il apparaisse clairement que la confirmation écrite doit être donnée à tous les fournisseurs et entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé le dossier d'appel d'offres. Selon un avis, le paragraphe 3 pourrait être fusionné avec le paragraphe 1.

#### *Paragraphe 4*

201. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 4 acceptable dans l'ensemble.

#### *Article 23*

##### *Langue des offres*

202. On a estimé que sous sa forme actuelle l'article 23 était ambigu sur le point de savoir si l'entité adjudicatrice pouvait autoriser la soumission d'offres dans des langues autres que celles dans lesquelles le dossier d'appel d'offres avait été publié. Pour lever cette ambiguïté, on a décidé d'ajouter les mots "ou dans toute autre langue spécifiée par l'entité adjudicatrice dans le dossier d'appel d'offres" à la fin de l'article.

#### *Article 24*

##### *Soumission des offres*

#### *Paragraphe 1 et 2*

203. Selon un avis, il fallait supprimer la partie du paragraphe 1 qui faisait référence expressément aux entrepreneurs et fournisseurs étrangers afin de ne pas donner l'impression que ces entrepreneurs et fournisseurs devaient bénéficier d'un traitement spécial. Se rangeant à cet avis, le Groupe de travail a décidé de remanier la deuxième phrase du paragraphe, qui s'inspirerait du texte suivant : "Cette date limite est fixée de manière à laisser suffisamment de temps aux entrepreneurs et aux fournisseurs intéressés pour préparer et soumettre leurs offres". On a en outre décidé que le membre de phrase supprimé, faisant expressément référence aux entrepreneurs et fournisseurs étrangers, ne figurerait pas dans le commentaire.

204. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 2 acceptable dans l'ensemble.

#### *Paragraphe 2 bis*

205. Selon un avis, les mots "circonstances imprévues" étaient ambigus car on ne savait pas si la prévisibilité devait être déterminée selon un critère objectif ou subjectif. On a donc décidé de remplacer ces mots par une référence à des circonstances indépendantes de la volonté des entrepreneurs et fournisseurs. On a en outre décidé d'expliquer dans le commentaire qu'en vertu du paragraphe ainsi modifié la responsabilité de déterminer si on se trouvait en présence de circonstances indépendantes de la volonté des entrepreneurs et fournisseurs, et la décision de reporter la date limite de soumission des offres, incombaient à l'entité adjudicatrice.

*Paragraphe 2 ter*

206. On est convenu que la dernière phrase du paragraphe 2 *ter*, placée entre crochets, devait être remaniée afin qu'il y soit disposé clairement que toute notification de report de la date limite donnée par téléphone devait être donnée par téléphone à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice avait envoyé un dossier d'appel d'offres. A cette fin, on a décidé que serait ajouté, après les mots "sous réserve que", un membre de phrase s'inspirant du texte suivant : "une telle notification soit donnée à tous ces entrepreneurs et fournisseurs et sous réserve que...". Il a été convenu que les mêmes mots seraient ajoutés aux autres dispositions de la Loi type faisant état dans les mêmes termes de notifications ou autres communications faites par téléphone.

*Paragraphes 3 et 4*

207. On est convenu que la deuxième phrase du paragraphe 4, placée entre crochets, devait être supprimée car la soumission d'offres autrement que par écrit dans des enveloppes scellées contreviendrait au principe selon lequel les offres doivent rester secrètes jusqu'à l'ouverture des plis. En conséquence, il a été convenu que les mots "ni examinée" figurant au paragraphe 3 étaient désormais superflus et devaient être supprimés.

*Article 25**Période de validité des offres; modification et retrait des offres**Paragraphe 1*

208. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

*Paragraphe 2*

209. Examinant l'alinéa *a*, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "dans des circonstances exceptionnelles", car ils étaient source de litiges. On a décidé de conserver la dernière phrase de l'alinéa, placée entre crochets, sous réserve de l'aligner sur les changements apportés par le Groupe de travail au même libellé utilisé dans d'autres dispositions de la Loi type (voir, par exemple, plus haut le paragraphe 206).

210. S'agissant de l'alinéa *b*, de l'avis général, il fallait exiger, dans le souci de protéger l'entité adjudicatrice, de l'entrepreneur ou fournisseur qui acceptait que soit prolongée la période de validité de son offre, qu'il prolonge également la garantie de soumission. Toutefois, dans la mesure où cet alinéa imposait à l'entité adjudicatrice d'exiger de l'entrepreneur ou fournisseur qu'il prolonge sa garantie de soumission, on a estimé qu'il ne donnait pas satisfaction car il était incompatible avec la teneur de la Loi type, qui portait essentiellement sur la relation entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs et fournisseurs. L'obligation faite à l'entité adjudicatrice par cet alinéa, sous sa forme actuelle, ne visait pas cette relation. On a donc décidé de le remanier afin de stipuler que l'entrepreneur ou fournisseur qui acceptait de prolonger la période de validité de son offre devait aussi prolonger la période de validité de sa garantie de soumission.

*Paragraphe 3*

211. Selon un avis, les modifications des offres devaient être présentées par écrit dans des enveloppes scellées.

212. Selon une proposition d'ordre rédactionnel, toutes les dispositions de la Loi type utilisant une formulation similaire concernant la forme sous laquelle devaient être communiquées les notifications et autres informations devaient être regroupées dans une seule disposition de façon à éviter les répétitions.

213. On a décidé de conserver le paragraphe 3, mais d'insérer les mots "mais pas au-delà" après les mots "date limite de soumission des offres", figurant au début du paragraphe, afin qu'il soit clair qu'une offre ne pouvait pas être modifiée ou retirée après la date limite.

*Article 26**Garanties de soumission**Paragraphe 1*

214. Le Groupe de travail a jugé l'alinéa *a* acceptable dans son ensemble.

215. L'alinéa *b* n'a pas été jugé satisfaisant dans sa forme actuelle. On a estimé que son libellé était difficile à comprendre et que le sens de certaines expressions, telles que "institution ou entité étrangère", n'était pas clair. Pour ce qui est du fond, on a noté que de nombreux Etats avaient des lois régissant divers aspects des garanties de la nature de celles qui étaient visées à l'article 26. On a indiqué que la Loi type serait difficilement acceptable par les Etats si l'alinéa disposait que l'entité adjudicatrice devait accepter une garantie de soumission qu'elle ne serait pas autorisée à accepter en vertu de la loi de son Etat, ou si cet alinéa était de toute autre manière incompatible avec ladite loi.

216. On a déclaré que l'alinéa *b*, qui limitait la possibilité pour une entité adjudicatrice de rejeter une garantie de soumission, au motif qu'elle avait été émise par une institution étrangère, ne semblait pas conforme au principe actuellement énoncé à l'alinéa *c*, selon lequel la garantie de soumission devait provenir d'une institution acceptable à l'entité adjudicatrice. On a jugé que ce principe était important, afin que l'entité adjudicatrice puisse, par exemple, rejeter une garantie de soumission émanant d'une institution dont la solvabilité serait douteuse.

217. Selon un autre avis, l'alinéa *b* n'était pas utile car, pour l'essentiel, il ne faisait que disposer que la garantie de soumission devait être conforme à la loi de l'Etat de l'entité adjudicatrice. Il a été répondu que cet alinéa se fondait sur le principe de la non-discrimination contre les entrepreneurs et fournisseurs étrangers pour ce qui est des garanties de soumission. Lors d'un examen conjoint de l'alinéa *b* et de l'alinéa *c*, le principe général suivant a été énoncé : à condition qu'il n'y ait pas de discrimination contre les entrepreneurs et fournisseurs étrangers, la garantie de soumission devait être acceptable à l'entité adjudicatrice. Le Groupe de travail a approuvé ce principe général et a prié le Secrétariat de trouver un moyen de l'exprimer de

manière plus satisfaisante, soit en deux alinéas, comme dans le projet actuel, soit dans un seul paragraphe. Pour l'exprimer dans un seul paragraphe, on a proposé le libellé suivant :

"En cas de procédure d'appel d'offres international, il ne sera pas interdit à un entrepreneur ou fournisseur de fournir une garantie de soumission émise par une institution ou entité étrangère dont une telle garantie est acceptable à l'entité adjudicatrice, à moins que l'émission de la garantie ne soit contraire à une loi (du présent Etat) relative à l'émission de garanties du type en question."

218. Après ce débat, le Groupe de travail a examiné l'alinéa *c* plus en détail. Il a été noté que, dans certains pays, une garantie de soumission émise par une institution étrangère devait être confirmée par une institution locale. Le Groupe de travail a approuvé une proposition aux termes de laquelle seraient ajoutés à cette fin des mots faisant apparaître que non seulement l'institution ou l'entité émettant la garantie de soumission, mais aussi l'institution ou entité confirmatrice, le cas échéant, devaient être acceptables à l'entité adjudicatrice.

219. Selon un autre avis, toutefois, la Loi type ne devrait pas encourager cette condition selon laquelle une institution locale devait confirmer une garantie de soumission étrangère. En effet, une telle exigence pourrait faire obstacle à la participation d'entrepreneurs et fournisseurs étrangers à la procédure d'appel d'offres, car ils pourraient éprouver des difficultés à obtenir la confirmation suffisamment à temps pour pouvoir soumettre leurs offres. On a également fait remarquer que l'obligation d'obtenir confirmation pourrait entraîner une augmentation du prix de l'offre des soumissionnaires étrangers, alors que les soumissionnaires locaux n'auraient pas à engager de dépenses supplémentaires de ce fait. On a jugé que, dans la mesure où l'institution étrangère était solvable et à tous autres égards acceptable à l'entité adjudicatrice, la confirmation locale de la garantie de soumission ne devrait pas être exigée. Le Groupe de travail a convenu que le problème de la confirmation locale d'une garantie de soumission émise par une institution étrangère serait traité dans le commentaire.

220. Il a été noté que, le verbe "exige" étant utilisé au début de l'alinéa *d*, cet alinéa disposait en fait que, si l'entité adjudicatrice imposait une garantie de soumission, elle devait imposer que ladite garantie contienne les dispositions énoncées dans l'alinéa. Le Groupe de travail a jugé cette approche inappropriée. Il a donc convenu que le verbe "exige" serait remplacé par les mots "peut demander". Afin que l'on ne puisse interpréter cette disposition comme signifiant que l'entité adjudicatrice ne peut pas demander que la garantie de soumission contienne des dispositions autres que celles qui sont énoncées dans l'alinéa, il a été convenu d'insérer les mots suivants au début de l'alinéa : "Sans limitation de son droit à énoncer d'autres circonstances dans lesquelles elle sera habilitée à réclamer le montant de la garantie . . .".

221. Il a été convenu que le sous-alinéa *d* i devrait être précisé en étant modifié comme suit : "Retire ou modifie son offre après la date limite de soumission des offres". Il a été convenu que le sous-alinéa *d* ii serait supprimé, car la

perte de la garantie de soumission était considérée comme une conséquence trop dure d'un refus d'accepter la correction d'une erreur arithmétique. Le rejet de l'offre pour ce motif en application de l'alinéa 2 *b* de l'article 28 a été considéré comme suffisant. Il a en outre été déclaré à ce propos que l'on pouvait parfois se demander si une correction était ou non "arithmétique".

222. Le Groupe de travail a jugé le sous-alinéa *d* iii acceptable dans l'ensemble.

#### Paragraphe 2

223. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 2 acceptable dans l'ensemble, sous réserve d'une modification de l'alinéa *d* qui serait libellé comme suit : "Retrait de l'offre pour laquelle la garantie de soumission a été fournie avant la date limite de soumission des offres".

### Article 27

#### Ouverture des offres

#### Paragraphe 1

224. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 acceptable dans l'ensemble.

#### Paragraphe 2

225. Il a été convenu dans l'ensemble que la disposition énoncée au paragraphe 2, selon laquelle les soumissionnaires ou leurs représentants peuvent être présents à l'ouverture des offres, ne s'applique pas dans les cas mettant en jeu la sécurité nationale ou la défense nationale. Il a été noté que, bien que ces cas soient exclus du champ d'application de la Loi type par l'article premier, une entité adjudicatrice aurait néanmoins la possibilité d'appliquer la Loi type dans ces cas (voir plus haut le paragraphe 14). L'exception au droit des entrepreneurs et fournisseurs ou de leurs représentants d'être présents à l'ouverture des offres a donc été jugée nécessaire pour les procédures de passation des marchés dans lesquelles l'entité adjudicatrice se prévalait de cette possibilité. Il a également été proposé que la Loi type traite des questions relatives aux marchés mettant en jeu la sécurité nationale et la défense nationale dans une disposition globale distincte, plutôt que dans les différents articles. Le Secrétariat a été prié de tenir compte de ces propositions lorsqu'il modifierait la Loi type.

226. Selon un avis, les notions de "sécurité nationale" et de "défense nationale" ne devraient pas être introduites dans la Loi type, car elles n'avaient pas le même sens et le même contenu selon les pays et pouvaient être source de désaccords (voir aussi le paragraphe 13 plus haut).

227. Il a été noté que la Loi type ne pouvait traiter du problème de l'incapacité d'un entrepreneur ou d'un fournisseur à assister à l'ouverture des offres en raison d'un refus de visa ou de toute autre mesure indépendante de la volonté de l'entité adjudicatrice. A ce propos, il a été convenu que le paragraphe serait modifié, afin de disposer que les entrepreneurs et fournisseurs ou leurs représentants devaient être autorisés "par l'entité adjudicatrice" à être présents à l'ouverture des offres.

**Paragraphe 3**

228. On a jugé que la condition énoncée au paragraphe 3, selon laquelle l'entité adjudicatrice devait communiquer les nom et adresse des soumissionnaires et le prix soumissionné à tous les entrepreneurs et fournisseurs qui n'étaient pas présents ni représentés à l'ouverture des offres, imposait une charge trop lourde à l'entité adjudicatrice et serait contraire à la pratique. Il a toutefois été noté que certains entrepreneurs ou fournisseurs pourraient ne pas être à même d'assister à l'ouverture des offres pour des raisons légitimes. Il a donc été convenu que l'entité adjudicatrice serait tenue de communiquer sur demande ces renseignements aux soumissionnaires qui n'étaient ni présents ni représentés à l'ouverture des offres. En outre, le Groupe de travail a convenu que les mots placés entre crochets ("et consignés immédiatement dans le compte rendu de la procédure d'appel d'offres prévu à l'article 33") seraient conservés, étant entendu que c'était à l'article 33-1 qu'il fallait faire référence.

**II. TRAVAUX FUTURS ET  
QUESTIONS DIVERSES**

229. Le Groupe de travail a décidé qu'à sa prochaine session il achèverait l'examen des projets d'articles de la Loi type figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.28 en abordant les articles 28 à 35, puis examinerait le document A/CN.9/WG.V/WP.27 traitant des procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique. Pour la prochaine session du Groupe de travail, le Secrétariat a été prié de réviser les articles 1er à 27 de la Loi type, compte tenu des débats et des décisions de la présente session concernant ces articles. Le Groupe de travail a noté que, conformément à la décision prise par la Commission à sa vingt-troisième session (A/45/17, par. 79), la treizième session du Groupe de travail se tiendrait du 15 au 26 juillet 1991 à New York, et la quatorzième session du 2 au 13 décembre 1991 à Vienne.

**B. Documents de travail soumis au Groupe de travail du nouvel ordre  
économique international à sa douzième session**

1. **Passation des marchés : procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique dans le cadre de la Loi type sur la passation des marchés : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.V/WP.27) [Original : anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**

	<i>Pages</i>
PROCÉDURES DE RECOURS CONTRE LES ACTES ET DÉCISIONS DE L'ENTITÉ ADJUDICATRICE ET LES PROCÉDURES QU'ELLE APPLIQUE DANS LE CADRE DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS .....	300
ANNEXE I. PROJETS DE DISPOSITIONS SUR LES PROCÉDURES DE RECOURS DANS LE CADRE DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS .....	302
CHAPITRE IV. DROIT DE RECOURS .....	302
Article 36. Droit de recours .....	302
Article 37. Recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle .....	302
Article 38. Recours administratif .....	304
Article 39. Certaines règles applicables aux procédures de recours en application de l'article 37 [et de l'article 38] .....	305
Article 40. Recours judiciaire .....	306
Article 41. Suspension de la procédure de passation du marché [et de l'exécution du marché] .....	306
Article 42. Responsabilité disciplinaire, administrative ou pénale de l'entité adjudicatrice .....	307
ANNEXE II. PROJET DE RECOMMANDATION QUE LA COMMISSION POURRA ADOPTER EN MÊME TEMPS QUE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS .....	307

**PROCÉDURES DE RECOURS CONTRE  
LES ACTES ET DÉCISIONS DE L'ENTITÉ  
ADJUDICATRICE ET LES PROCÉDURES QU'ELLE  
APPLIQUE DANS LE CADRE DE LA LOI TYPE  
SUR LA PASSATION DES MARCHÉS**

1. Le présent document a été établi conformément à la demande formulée par le Groupe de travail à sa onzième session (5-16 février 1990) tendant à ce que le Secrétariat établisse pour sa douzième session des projets de dispositions sur les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique (A/CN.9/331, par. 222). (Ces actes, décisions et procédures sont ci-après collectivement dénommés "actes".)

2. Il existe dans la plupart des Etats des mécanismes et des procédures de recours contre les actes des organes administratifs et autres entités publiques. Dans certains Etats, des mécanismes et procédures de recours ont été institués expressément pour les litiges nés de la passation de marchés par ces organes et entités. Dans d'autres Etats, ces litiges sont soumis à des mécanismes et procédures plus généraux de recours contre les actes administratifs.

3. Certains éléments importants des procédures de recours, tels que l'instance compétente et les sanctions qu'elle peut prendre, sont intimement liés aux fondements et aux structures du système juridique, ainsi qu'à la structure administrative de chaque Etat. De nombreux systèmes juridiques prévoient une procédure de recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques devant une instance administrative exerçant sur eux une autorité ou un contrôle hiérarchique (ci-après dénommée "recours administratif hiérarchique"). Dans d'autres systèmes juridiques, en revanche, ce recours administratif hiérarchique n'existe pas. Dans les systèmes juridiques où il existe, la question de l'instance ou des instances compétentes pour connaître des actes de tel ou tel organe ou entité dépend en grande partie de la structure administrative de l'Etat. Dans le cadre de la passation des marchés, par exemple, certains Etats prévoient le recours devant une instance exerçant une tutelle et un contrôle globaux sur les marchés publics (une commission centrale des marchés, par exemple); dans d'autres Etats, le recours est porté devant l'instance qui exerce un contrôle financier et une surveillance sur les opérations de l'Etat et de l'administration. Dans certains pays, le recours peut même être porté devant le chef de l'Etat.

4. La procédure de recours dans certains cas particuliers mettant en jeu des organes administratifs ou autres entités publiques est engagée, dans certains Etats, devant des instances administratives indépendantes et spécialisées dont la compétence est parfois qualifiée de "quasi judiciaire". Ces instances ne sont pas, toutefois, considérées comme des tribunaux de l'ordre judiciaire.

5. Nombre de systèmes juridiques prévoient une procédure de recours judiciaire contre les actes des organes administratifs et des entités publiques. Dans plusieurs de ces systèmes juridiques, le recours judiciaire s'ajoute au recours administratif, alors que dans d'autres, seul le recours judiciaire est possible. Certains systèmes juridiques

ne prévoient qu'un recours administratif et pas de recours judiciaire. Dans certains systèmes juridiques prévoyant à la fois le recours administratif et le recours judiciaire, ce dernier ne peut être formé qu'après épuisement des voies de recours administratives; dans d'autres systèmes, enfin, on peut opter pour l'un ou l'autre de ces types de recours.

6. Dans certains systèmes juridiques prévoyant le recours judiciaire, il existe des différences considérables quant à la nature des tribunaux compétents pour connaître des actes d'organes administratifs et entités publiques. Dans certains pays, cette compétence est attribuée à une catégorie particulière de tribunaux administratifs. Dans d'autres pays, les tribunaux compétents appartiennent à un système juridictionnel unifié. Dans certains de ces pays, ces tribunaux sont des tribunaux ayant une compétence générale, alors que dans d'autres ils constituent une branche distincte d'un système juridictionnel unifié. Dans d'autres pays encore, les tribunaux administratifs et les tribunaux civils se partagent la compétence en la matière.

7. Les types de sanctions dont peuvent faire l'objet les actes illégaux d'un organe administratif ou d'une entité publique varient selon les systèmes juridiques. Dans de nombreux systèmes juridiques, les sanctions que peuvent prononcer les instances administratives hiérarchiques sont l'annulation ou la révision de l'acte faisant l'objet de la réclamation. Dans d'autres systèmes, l'instance administrative ne peut ni annuler, ni réviser l'acte, mais peut prendre d'autres types de sanctions.

8. La nature des sanctions judiciaires que peuvent prendre les tribunaux est, dans nombre de systèmes juridiques, liée à la nature de l'action portée devant le tribunal, ou à la compétence du tribunal. Dans certains systèmes, par exemple, pour une catégorie particulière d'actions en justice, le tribunal ne peut qu'annuler l'acte contesté et ne peut pas, par exemple, le réviser ni accorder des dommages-intérêts; en revanche, pour une autre catégorie d'actions en justice, des dommages-intérêts et autres types de sanctions peuvent être prononcés. Dans d'autres systèmes juridiques, le tribunal a compétence pour annuler ou réviser des actes jugés illégaux, mais ne peut pas enjoindre à un organe administratif ou à une entité publique d'agir légalement, ni l'empêcher d'agir illégalement. En outre, les motifs sur lesquels les tribunaux peuvent s'appuyer pour prononcer tel ou tel type de sanction diffèrent selon les systèmes juridiques et dépendent des règles juridiques de fond de chaque système.

9. Les procédures de recours contre les actes, décisions et procédures de passation de marchés mettent en jeu divers éléments conceptuels et structurels fondamentaux des systèmes juridiques et des modes d'administration de l'Etat et ces éléments varient sensiblement d'un Etat à l'autre; aussi est-il difficile d'élaborer des dispositions sur les mécanismes et procédures de recours qui aient une portée universelle. De telles dispositions ne doivent pas être contraires à ces éléments fondamentaux car il serait peu avisé d'attendre des pays qu'ils adoptent des dispositions contraires ou qu'ils adaptent leur système juridique ou administratif afin que la Loi type puisse y être incorporée. En conséquence, ces dispositions devront plutôt constituer un cadre général et comporter davantage de variantes que dans le cas

d'une loi uniforme dans les domaines où ne se posent pas les difficultés évoquées ci-dessus et où un plus grand degré d'harmonisation ou d'unification est possible.

10. A la lumière des considérations qui précèdent, le Secrétariat propose au Groupe de travail d'examiner trois approches possibles de la question des procédures de recours. La première approche consisterait à élaborer des dispositions qui seraient adoptées par les Etats et feraient partie intégrante de la Loi type sur la passation des marchés. Ces dispositions devraient définir un cadre général, mais une telle approche ne serait pas nécessairement inhabituelle ou inopportune. Certaines des législations nationales des marchés qu'a examinées le Secrétariat traitent de la question des procédures de recours de manière très sommaire et les détails quant au fond et à la forme des recours y sont régis par d'autres lois, règlements ou pratiques en vigueur dans le pays. Dans certains pays, la législation des marchés se contente de confier à une instance administrative donnée la compétence sur les litiges nés d'irrégularités de la procédure de passation des marchés. Conformément à cette première approche, le Secrétariat a élaboré et présenté à l'annexe I ci-après des projets de dispositions sur les procédures de recours qui pourraient figurer dans la Loi type sur la passation des marchés, en les assortissant d'un commentaire.

11. La deuxième approche possible consisterait à élaborer des dispositions traitant des procédures de recours, en leur donnant toutefois une fonction différente de celle du corpus de la Loi type sur la passation des marchés. Le corpus de la Loi type définirait un régime uniforme des procédures de passation des marchés (susceptible d'être complété par une réglementation dans les Etats ayant adopté la Loi type). Les Etats ayant adopté la Loi type la promulgueraient normalement sans y apporter le moindre changement ou en n'y apportant que quelques changements minimes jugés particulièrement importants. Les dispositions sur les procédures de recours, en revanche, feraient fonction de modèles pour les Etats ayant adopté la Loi type et souhaitant déterminer dans quelle mesure leurs mécanismes et procédures de recours contre les actes, décisions et procédures de passation des marchés sont suffisants et efficaces. Ces dispositions contiendraient tous les éléments que la Commission jugera indispensables à toute procédure de recours pour qu'elles soient à la fois suffisante et efficace. En outre, dans les Etats qui jugeront que certains éléments essentiels font défaut à leurs mécanismes et procédures de recours, le législateur pourra s'inspirer de ces dispositions. Des dispositions modelées sur l'annexe I ci-après, accompagnées ou non d'un commentaire, pourraient remplir cette fonction. En adoptant la Loi type sur la passation des marchés, la Commission pourrait exprimer

clairement ses intentions en ce qui concerne, d'une part, le corpus de la Loi type et, d'autre part, les dispositions sur les recours, et encourager vivement les Etats qui adopteront la Loi type à s'assurer que leurs mécanismes et procédures de recours sont à la fois suffisants et efficaces, en se fondant sur les dispositions sur les recours figurant dans la Loi type.

12. Dans la troisième approche envisageable, la Loi type sur la passation des marchés ne contiendrait aucune disposition de caractère législatif sur les procédures de recours. L'adoption de la Loi type par la Commission s'accompagnerait alors d'une déclaration constatant la nécessité d'une procédure de recours efficace et la Commission énoncerait sous la forme d'une recommandation aux Etats les éléments qu'elle juge essentiels. On trouvera à l'annexe II une formulation possible pour cette recommandation.

13. Cette formulation s'inspire d'une directive adoptée par le Conseil des Communautés européennes traitant des procédures de recours dans les cas couverts par les directives de la CEE sur la passation des marchés publics de fournitures et de travaux (Directive du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application de procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (89/665/CEE), ci-après dénommée "directive de la CEE sur les procédures de recours"). Les Etats membres de la CEE devront incorporer cette directive à leur système juridique au 1er décembre 1991 (article 5 de la directive de la CEE sur les procédures de recours).

14. Si la deuxième approche (par. 11 ci-dessus) ou la troisième approche (par. 12 ci-dessus) est retenue, la Commission pourra s'interroger, le moment venu, sur la nécessité d'élaborer des dispositions exhaustives en matière de recours qui soient adaptées aux différents systèmes juridiques. Cela pourrait entraîner, par exemple, l'élaboration de plusieurs séries de dispositions, chacune d'elles étant adaptée à l'un des grands systèmes juridiques existant dans le monde. Ou bien, cela pourrait nécessiter la fourniture, sur demande, d'une assistance technique directe aux Etats qui souhaitent élaborer des dispositions sur les procédures de recours adaptées à leur culture juridique. La Commission pourrait aussi étudier le moyen de fournir une assistance technique aux Etats, qui en feront la demande, pour l'élaboration d'une réglementation de la passation des marchés qui viendrait compléter la Loi type. Le Secrétariat évoque ces différentes possibilités sans toutefois attendre du Groupe de travail qu'il prenne des décisions en la matière dans l'immédiat.

## ANNEXE I

## PROJETS DE DISPOSITIONS SUR LES PROCÉDURES DE RECOURS DANS LE CADRE DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS

## Chapitre IV. Droit de recours

## Commentaire

[*Note à l'intention du Groupe de travail* : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 214 à 218; A/CN.9/315, par. 114. On trouvera dans le commentaire des notes placées entre crochets et dites "*notes à l'intention du Groupe de travail*", rédigées pour faciliter au Groupe de travail l'examen des projets de dispositions. Elles ne figureront pas dans la version définitive du commentaire de la Loi type.]

Une procédure efficace de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures qu'elle applique est indispensable si l'on veut s'assurer que la Loi type sur la passation des marchés ou la réglementation en la matière seront bien appliquées, et si l'on veut garantir le bon fonctionnement du régime des marchés et promouvoir la confiance dans ce régime. On trouve dans le présent chapitre des dispositions instituant un droit de recours, ainsi que des dispositions en régissant l'exercice. Pour que ces dispositions puissent être incorporées aux différents cadres conceptuels et structurels des systèmes juridiques à travers le monde, n'y sont traitées que les caractéristiques fondamentales du droit de recours et de son exercice. Les réglementations des marchés que devront formuler les Etats adoptant la Loi type pourront comporter des dispositions plus détaillées régissant les questions qui ne sont pas couvertes par la Loi type ou par d'autres règles de droit en vigueur. Dans certains cas, on a formulé des variantes pour des points particuliers et on les a placées entre crochets; l'Etat appliquant la Loi type choisirait alors la formulation qu'il juge la plus appropriée.

\* \* \*

Article 36. *Droit de recours*

Toute personne physique ou morale, quelle que soit sa nationalité, qui a un intérêt à obtenir un marché attribué ou devant être attribué à la suite d'une procédure de passation des marchés régie par la présente Loi et qui affirme qu'elle subit, qu'elle risque de subir ou qu'elle a subi un préjudice imputable à un acte illégal ou à une décision illégale de l'entité adjudicatrice, ou à une procédure illégale appliquée par elle dans le cadre de la procédure de passation des marchés, peut introduire un recours contre cet acte, cette décision ou cette procédure conformément aux articles 37 à [42], à tout stade de la procédure de passation des marchés ou après son achèvement.

\* \* \*

## Commentaire

1. En vertu de cet article, le recours peut être exercé par toute personne "qui souhaite obtenir un marché... et qui affirme qu'elle subit, qu'elle risque de subir ou qu'elle a subi un préjudice". Ce droit de recours est ainsi ouvert non seulement aux entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure de passation du marché, mais aussi aux personnes qui n'y ont pas participé, telles que les entrepreneurs et fournisseurs qui en ont été écartés illégalement. L'article 36 ne traite pas de la nature ou de l'importance de l'intérêt ou du préjudice requis pour que l'intéressé puisse introduire un recours, ni d'autres questions touchant sa capacité d'exercer un recours. Ces questions seront

réglées conformément aux règles de droit pertinentes de chaque Etat adoptant la Loi type.

[*Note à l'intention du Groupe de travail* : une des questions pouvant ainsi être régie par d'autres dispositions dans chaque Etat adoptant la Loi type est la question de savoir si le droit de recours est limité aux cas où est alléguée une violation de certains types particuliers de dispositions. Par exemple, dans certains systèmes juridiques, une distinction peut être opérée entre, d'un côté, les règles imposées à l'entité adjudicatrice et s'appliquant aux rapports qu'elle entretient avec les entrepreneurs et les fournisseurs et qui doivent constituer des obligations légales vis-à-vis de ces derniers et, d'un autre côté, les autres règles jugées uniquement "internes" à l'administration, et qui ne doivent pas constituer des obligations légales de l'entité adjudicatrice vis-à-vis des entrepreneurs et fournisseurs. Dans ces systèmes juridiques, le droit de recours serait restreint aux cas où le premier type de règles est violé par l'entité adjudicatrice.]

2. Tout acte, décision ou procédure serait "illégal" s'il n'était pas conforme à la Loi type sur la passation des marchés telle qu'elle est appliquée par l'Etat, à la réglementation des marchés ou à toute autre règle de droit applicable.

3. Le recours peut être exercé à tout stade de la procédure de passation du marché ou après son achèvement, même si le marché est entré en vigueur, sous réserve du paragraphe 2 [et du paragraphe 3] de l'article 37, sous réserve des délais de soumission des réclamations prévus dans la réglementation des marchés ou dans toute disposition de la loi applicable aux procédures de recours, et sous réserve de toute disposition relative à la prescription légale. [*Note à l'intention du Groupe de travail* : la référence au paragraphe 3 de l'article 37 a été placée entre crochets dans l'attente d'une décision du Groupe de travail sur le point de savoir s'il convient de conserver ce paragraphe.]

4. La référence à l'article 42 a été placée entre crochets parce que le numéro de cet article sera fonction de la possibilité ou non d'introduire un recours administratif hiérarchique dans l'Etat adoptant la Loi type (voir le paragraphe 1 du commentaire de l'article 38).

\* \* \*

Article 37. *Recours devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle*

1) [A moins que le marché ne soit déjà entré en vigueur,] les réclamations sont, en première instance, adressées par écrit au responsable de l'entité adjudicatrice. Toutefois, si la réclamation est fondée sur un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice ou sur une procédure qu'elle a appliquée, et que cet acte, cette décision ou cette procédure a été approuvé par une autorité conformément à [la présente Loi], la réclamation est adressée au responsable de l'autorité ayant approuvé l'acte, la décision ou la procédure. Par responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, on entend aussi dans [la présente Loi] toute personne désignée par lui.

2) Le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle ne connaît d'une réclamation que si elle a été présentée dans un délai de [10] jours suivant le moment où la

personne qui la présente a pris connaissance des circonstances qui la motivent, ou, au plus tard, le moment où elle aurait dû en prendre connaissance.

[3] Le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle ne connaît pas d'une réclamation, ou cesse de connaître d'une réclamation après l'entrée en vigueur du marché.]

4) A moins que la réclamation n'ait été réglée par accord entre la personne qui l'a présentée et l'entité adjudicatrice, le responsable de l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle rend, dans les [20] jours qui suivent la soumission de la réclamation, une décision écrite. Cette décision :

a) est motivée; et

b) s'il est fait droit en tout ou en partie à la réclamation, énonce les mesures correctives qui doivent être prises. Ces mesures peuvent consister en le paiement d'un dédommagement [pour toutes dépenses raisonnables encourues par le requérant dans le cadre de la procédure de passation du marché] [pour le préjudice subi par le requérant] résultant d'un acte illégal ou d'une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou d'une procédure illégale qu'elle a appliquée.

5) Si le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle ne rend pas sa décision dans le délai visé au paragraphe 4, le requérant ou l'entité adjudicatrice pourra immédiatement engager la procédure prévue à l'article [38 ou 40]. Une fois cette procédure engagée, le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle n'a plus compétence pour connaître de la réclamation.

6) La décision du responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle est définitive, à moins qu'une procédure ne soit engagée en vertu de l'article [38 ou 40].

\* \* \*

#### Commentaire

[*Note à l'intention du Groupe de travail* : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 219; A/CN.9/315, par. 115 et 116. En ce qui concerne l'instance devant laquelle le recours peut être introduit, le Groupe de travail a décidé à sa dixième session que la Loi type sur la passation des marchés proposerait plusieurs solutions, formulées d'une manière générale, parmi lesquelles les Etats choisiraient celles qu'ils souhaitent appliquer (A/CN.9/315, par. 116).

Le début du paragraphe 1 ("A moins que le marché ne soit déjà entré en vigueur") et le paragraphe 3 ont été placés entre crochets car le Groupe de travail devra se prononcer sur le maintien de ces dispositions. Le principe sur lequel elles reposent est qu'une fois le marché entré en vigueur, le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle ne peut guère imposer de mesures correctives (en dehors du dédommagement — voir le paragraphe 3 du présent commentaire), à moins qu'il ne soit autorisé à annuler le marché. On peut estimer qu'il s'agirait là d'une prérogative exorbitante et que la faculté d'annuler le marché devrait plutôt être attribuée, sous réserve que cela soit opportun, à un tribunal, ou du moins à une instance administrative hiérarchique. En prévoyant un recours en première instance auprès du responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, on a essentiellement voulu habiliter ce fonctionnaire à corriger les actes, décisions et procédures entachés d'irrégularité. Une fois le marché entré en vigueur, il est trop tard pour le faire. Si les dispositions placées entre crochets étaient retenues, le recours administratif hiérarchique ou le recours judiciaire serait possible pour les réclamations formulées après l'entrée en vigueur du marché.]

1. L'article 37 vise le recours qui peut être introduit en première instance auprès du responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, et les articles suivants visent le recours administratif hiérarchique et le recours judiciaire. En application du paragraphe 1, l'exercice d'un recours en vertu de l'article 37 en première instance est une condition préalable au recours administratif hiérarchique ou au recours judiciaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail* : le délai énoncé au paragraphe 2 a été placé entre crochets car le Groupe de travail devra se prononcer sur le délai qui serait approprié.]

2. L'alinéa 4 b confie au responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle le soin de déterminer quelles mesures correctives seraient appropriées dans chaque espèce (sous réserve de toutes dispositions applicables de la réglementation des marchés; voir le paragraphe 5 du présent commentaire). Parmi les mesures correctives envisageables figurent les suivantes : demander à l'entité adjudicatrice qu'elle révise la procédure de passation du marché de sorte qu'elle soit conforme à la Loi type, à la réglementation des marchés ou à d'autres règles de droit applicables; s'il a été décidé d'accepter une offre donnée et qu'il apparaît qu'une autre offre aurait dû être acceptée, exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle accepte cette autre offre; ou mettre fin à la procédure de passation du marché et ordonner qu'une nouvelle procédure soit engagée.

3. L'alinéa 4 b autorise expressément le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle à exiger le versement d'un dédommagement au requérant. Normalement, c'est à l'entité adjudicatrice qu'il incombe de verser ce dédommagement. Toutefois, si l'acte, la décision ou la procédure contesté a été approuvé par l'autorité de tutelle, le responsable de cette autorité peut décider que ce dédommagement sera versé par l'autorité de tutelle.

[*Note à l'intention du Groupe de travail* : en ce qui concerne les types de préjudice pouvant donner lieu à réparation, deux variantes sont énoncées entre crochets à l'intention du Groupe de travail. Dans la première variante, un dédommagement peut être exigé pour toutes dépenses raisonnables encourues par le requérant dans le cadre de la procédure de passation du marché résultant d'un acte, d'une décision ou d'une procédure illégaux. Ces dépenses n'incluent pas les bénéfices non réalisés par suite du rejet de la soumission ou de l'offre du requérant. Les types de préjudices ouvrant droit à réparation dans le cadre de la deuxième variante sont plus nombreux que ceux que prévoit la première et peuvent englober les bénéfices non réalisés, dans certains cas appropriés. La question de savoir quels types de préjudices sont indemnisables a été traitée à la dixième session du Groupe de travail, mais aucune décision n'a été prise (A/CN.9/315, par. 120).]

4. L'Etat adoptant la Loi type devra prendre les mesures ci-après en ce qui concerne les références à l'article "38 ou 40" placées entre crochets aux paragraphes 5 et 6. Si cet Etat prévoit un recours judiciaire, mais non un recours administratif hiérarchique (voir le paragraphe 1 du commentaire de l'article 38), on ne fera référence qu'à l'article qui dans la Loi type porte le numéro 40. Si cet Etat prévoit les deux formes de recours, mais exige du requérant qu'il épuise son droit de recours administratif hiérarchique avant d'introduire un recours judiciaire, on ne fera référence qu'à l'article 38. Si cet Etat prévoit les deux formes de recours, mais n'exige pas que soit épuisé le droit de recours administratif hiérarchique avant l'introduction d'un recours judiciaire, on se référera à l'article "38 ou 40".

5. L'Etat adoptant la Loi type peut faire figurer dans la réglementation des marchés des dispositions détaillées sur les procédures de recours dans le cadre de l'article 37 (par exemple, sur le droit des entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure

de passation du marché, autres que le requérant, à participer à la procédure de recours (voir l'article 39); sur la production des preuves; sur le déroulement de la procédure de recours; et sur les mesures correctives que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle pourra imposer à l'entité adjudicatrice (voir les paragraphes 2 et 3 du présent commentaire).

6. La procédure de recours prévue à l'article 37 doit permettre un examen rapide de la réclamation. Si la réclamation ne peut pas être traitée rapidement, la procédure ne devra pas retarder indûment l'ouverture de la procédure de recours administratif hiérarchique ou de recours judiciaire. A cette fin, le paragraphe 4 dispose que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle doit rendre une décision dans un délai de [20] jours après la présentation de la réclamation. Si aucune décision n'a été prise dans ce délai, le paragraphe 5 autorise l'introduction d'un recours administratif hiérarchique ou d'un recours judiciaire immédiatement après. [Note à l'intention du Groupe de travail : le délai est placé entre crochets dans le texte du paragraphe 4 et dans la phrase qui précède car le Groupe de travail devra se pencher sur la question du délai à accorder.]

7. Certaines dispositions complémentaires applicables à la procédure de recours prévue à l'article 37 sont énoncées à l'article 39.

\* \* \*

#### Article 38. Recours administratif

1) Toute personne peut soumettre sa réclamation par écrit à [insérer le nom de l'instance administrative] :

a) si cette réclamation ne peut pas être soumise ou examinée en application de l'article 37 en raison de l'entrée en vigueur du marché;

b) en application du paragraphe 5 de l'article 37; ou

c) si cette personne s'estime lésée par une décision du responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle prise en application de l'article 37.

2) Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut opter pour une ou plusieurs des sanctions suivantes :

a) dire les règles ou principes juridiques régissant l'espèce;

b) interdire à l'entité adjudicatrice d'agir ou de prendre une décision illégalement ou d'appliquer une procédure illégale;

c) exiger de l'entité adjudicatrice, qui a agi ou procédé de manière illégale ou qui est arrivée à une décision illégale, qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision légale;

d) annuler en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité adjudicatrice;

e) réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou lui substituer sa propre décision;

f) annuler le marché, s'il est entré en vigueur;

g) exiger le versement d'un dédommagement [pour toutes dépenses raisonnables encourues par le requérant dans le cadre de la procédure de passation du marché] [pour le préjudice subi par le requérant] résultant d'un acte illégal ou d'une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou d'une procédure illégale qu'elle a appliquée;

h) ordonner qu'il soit mis fin à la procédure de passation du marché;

3) Le [insérer le nom de l'instance administrative] rend une décision écrite et motivée, énonçant, le cas échéant, les sanctions prises.

4) Cette décision est définitive sauf si une action est intentée en vertu de l'article 40.

\* \* \*

#### Commentaire

[Note à l'intention du Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 220, 222, 223 et 226; A/CN.9/315, par. 115, 116 et 119 à 121; A/CN.9/331, par. 10, 153 et 204.]

1. Cet article institue le recours administratif hiérarchique. Les Etats où le recours administratif hiérarchique contre les actes, décisions et procédures de l'administration n'est pas prévu par le système juridique pourront omettre cet article et ne conserver que le recours judiciaire (art. 40).

2. Dans certains systèmes juridiques qui prévoient à la fois le recours administratif hiérarchique et le recours judiciaire, la procédure de recours judiciaire peut être engagée alors même que la procédure de recours administratif est en cours, ou *vice versa*, et des dispositions prévoient dans quelle mesure la procédure de recours judiciaire peut supplanter la procédure de recours administratif. Si le système juridique de l'Etat adoptant la Loi type qui prévoit ces deux procédures de recours ne contient aucune disposition de ce type, l'Etat en question souhaitera peut-être en introduire, par exemple dans la réglementation des marchés.

3. L'Etat appliquant la Loi type qui souhaite prévoir un recours administratif hiérarchique, mais qui ne dispose pas déjà d'un mécanisme approprié en matière de marchés devra attribuer cette fonction à une instance administrative compétente. Cette fonction pourra être confiée à une instance existante ou à une nouvelle instance créée à cette fin. Cette instance pourrait, par exemple, être celle qui contrôle et supervise les marchés publics (une commission centrale des marchés, par exemple; voir l'article 6 et le commentaire l'accompagnant); ou une instance appropriée dont la compétence ne serait pas restreinte aux marchés publics (par exemple l'instance qui exerce un contrôle financier sur les opérations de l'Etat et de l'administration et qui les supervise) (la compétence de cette instance ne serait pas limitée au contrôle financier et à la supervision), ou une instance administrative spéciale dont la compétence consisterait exclusivement à régler les litiges nés de la passation des marchés, tel qu'un "comité de règlement des litiges", ou un tribunal arbitral. Il faut que l'instance exerçant cette fonction de recours soit indépendante de l'entité adjudicatrice. En outre, si cette instance est celle qui, dans le cadre de la Loi type telle que l'applique l'Etat, approuve certains actes ou décisions de l'entité adjudicatrice ou certaines des procédures qu'elle applique, on veillera à ce que la section de cette instance qui est saisie des recours soit indépendante de la section qui exerce la fonction d'approbation.

[Note à l'intention du Groupe de travail : l'alinéa a du paragraphe 1, placé entre crochets, devra être retenu si le Groupe de travail décidait, dans le cadre de l'article 37, que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle n'aura pas compétence pour les réclamations soumises en vertu de cet article après l'entrée en vigueur du marché (voir la note à l'intention du Groupe de travail précédant le paragraphe 1 du commentaire de l'article 37). Dans tous les autres cas, cet alinéa devra être écarté.]

4. Les personnes habilitées à engager la procédure prévue à l'alinéa 1 c ne sont pas exclusivement les personnes qui ont participé aux procédures engagées devant le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle (voir l'article 39-2), mais

aussi toute autre personne se disant lésée par une décision du responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle.

5. En ce qui concerne le paragraphe 2, les moyens par lesquels le requérant fait valoir son droit à réparation dépendent des règles de droit de fond et de forme applicables à la procédure de recours.

6. Les systèmes juridiques nationaux divergent en ce qui concerne la nature des sanctions que peuvent prendre les instances qui connaissent des recours administratifs hiérarchiques. Lorsqu'ils adoptent la Loi type sur la passation des marchés, les Etats peuvent y faire figurer toutes les sanctions énumérées au paragraphe 2, ou seulement celles qu'une instance administrative serait normalement habilitée à prendre dans leur système juridique. Si dans un système juridique particulier une instance administrative peut prendre certaines mesures qui ne sont pas énoncées au paragraphe 2, ces mesures pourront être ajoutées au paragraphe. Ce paragraphe devra énumérer toutes les sanctions que peut prendre cette instance administrative. [Note à l'intention du Groupe de travail : l'approche retenue pour l'article 38, où sont énoncées les sanctions que l'instance administrative hiérarchique peut prendre, diffère de l'approche plus souple choisie pour les mesures correctives que peut prescrire le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle (art. 37-4 b). Selon le principe sur lequel repose l'approche retenue à l'article 37-4 b, le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle doit être habilité à prendre toutes les mesures qui s'imposent pour pouvoir corriger une irrégularité commise par l'entité adjudicatrice ou approuvée par l'autorité de tutelle. Les autorités administratives hiérarchiques compétentes sont, dans certains systèmes juridiques, assujetties à des règles plus formalistes et restrictives en ce qui concerne les sanctions qu'elles peuvent prononcer, et l'approche retenue à l'article 38-2 a pour objet d'éviter tout empiètement sur ces dispositions.]

7. Le paragraphe 3 du commentaire de l'article 37, concernant le dédommagement du requérant, s'applique aussi à l'alinéa 2 g de l'article 38. [Note à l'intention du Groupe de travail : la note à l'intention du Groupe de travail qui suit le paragraphe 3 du commentaire de l'article 37 s'applique aussi à l'alinéa 2 g de l'article 38.]

8. S'il est mis fin à la procédure de passation du marché conformément à l'alinéa 2 h, l'entité adjudicatrice peut engager une nouvelle procédure. Les dispositions de l'article 7 s'appliquent en l'espèce.

9. S'il n'existe pas de dispositions détaillées concernant la procédure de recours administratif hiérarchique dans un Etat adoptant la Loi type, cet Etat peut incorporer ces dispositions à la réglementation des marchés. On peut ainsi prévoir des dispositions sur les délais dans lesquels doit être introduit le recours administratif hiérarchique; sur le droit des entrepreneurs et fournisseurs, autres que le requérant, à participer à cette procédure (voir l'article 39-2); sur la charge de la preuve, sur la production des preuves et sur le déroulement de la procédure de recours.

10. Certaines règles complémentaires applicables à la procédure de recours visée à l'article 38 sont énoncées à l'article 39.

\* \* \*

Article 39. *Certaines règles applicables aux procédures de recours en application de l'article 37 [et de l'article 38]*

1) Promptement après la soumission d'une réclamation en application de l'article 37 [ou de l'article 38], le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle [, ou le [insérer le nom de l'instance administrative], le cas échéant,]

avise tous les entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure de passation du marché sur laquelle porte la réclamation de la soumission de la réclamation et de sa substance.

2) [[Variante A] Lorsqu'une réclamation est soumise en application de l'article 37 [ou de l'article 38], après qu'une offre a été acceptée ou qu'un marché est entré en vigueur, par une personne autre que l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre a été acceptée ou qui est partie au marché, ledit entrepreneur ou fournisseur est habilité à participer à la procédure de recours dans la même mesure que l'entité adjudicatrice.]

[[Variante B] Chacun de ces entrepreneurs ou fournisseurs affirmant que ses intérêts sont ou pourraient être lésés par la procédure de recours peut demander à participer à ladite procédure. Le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle [, ou le [insérer le nom de l'instance administrative], le cas échéant,] décide si l'entrepreneur ou le fournisseur peut ou non participer à la procédure et, dans l'affirmative, détermine les conditions de cette participation.]

3) Une copie de la décision du responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle [, ou du [insérer le nom de l'instance administrative], le cas échéant,] est fournie dans un délai de [5] jours au requérant, à l'entité adjudicatrice et à toute autre personne ayant participé à la procédure de recours. En outre, après que la décision a été rendue, la réclamation et la décision sont promptement mises à la disposition du public, à condition toutefois qu'aucune information ne soit divulguée en violation de toute loi [du présent Etat] relative à la confidentialité.

\* \* \*

#### Commentaire

[Note à l'intention du Groupe de travail : cet article ne s'applique qu'aux procédures de recours dont est saisi le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle ou une instance administrative hiérarchique, mais non aux procédures de recours judiciaire. Il existe dans de nombreux Etats des règles régissant les questions traitées dans cet article. Ces règles varient d'un Etat à l'autre et il sera sans doute impossible ou peu opportun que soit énoncée dans la Loi type sur la passation des marchés une règle uniforme, qui risquerait d'entrer en conflit avec lesdites règles.]

1. Les références entre crochets, dans le titre et dans le texte de cet article, à l'article 38 et à l'instance administrative devront être omises par l'Etat adoptant la Loi type qui ne prévoit pas de procédure de recours par une instance administrative hiérarchique.

2. Les paragraphes 1 et 2 disposent qu'il faut aviser les entrepreneurs et fournisseurs qu'une réclamation a été soumise concernant la procédure de passation des marchés à laquelle ils ont pris part ou à laquelle ils prennent part et à leur permettre de prendre des mesures pour protéger leurs intérêts. Ils peuvent par exemple intervenir dans la procédure de recours en application du paragraphe 2; d'autres mesures encore peuvent être prévues par les règles juridiques applicables. [Note à l'intention du Groupe de travail : la phrase suivante pourra être incluse si la variante A du paragraphe 2 est adoptée : Alors que le paragraphe 2 est limité au droit d'intervention de l'entrepreneur ou fournisseur dont l'offre a été acceptée ou qui est devenu partie à un marché, la réglementation des marchés ou toute autre règle du droit national pourront permettre une intervention des autres entrepreneurs et fournisseurs ayant participé à la procédure de passation du marché et pourront prévoir une intervention même avant qu'une offre n'ait été acceptée ou qu'un marché ne soit entré en vigueur (voir le paragraphe 5 du commentaire de l'article 37 et le paragraphe 10 du commentaire de l'article 38).]

[*Note à l'intention du Groupe de travail* : la variante A a pour objet de veiller à ce que le droit de participer à la procédure de recours soit donné au moins à l'entrepreneur ou fournisseur dont l'offre a été acceptée ou qui a conclu un marché. En vertu de la variante B, tout entrepreneur ou fournisseur participant à la procédure de passation du marché, qui affirme que ses intérêts sont ou pourraient être lésés par la procédure de recours, pourrait demander à intervenir, mais la décision en la matière incomberait à l'instance saisie de la procédure de recours. Une distinction est faite dans la variante A entre le moment de l'acceptation d'une offre (en cas de procédure d'appel d'offres) et le moment de l'entrée en vigueur du marché (lorsque d'autres modes de passation de marchés sont utilisés), parce que, en vertu du projet d'article 32, lorsque l'entrée en vigueur du marché suppose la signature d'un contrat écrit, il peut s'écouler un délai entre le moment où l'offre a été acceptée et l'entrée en vigueur du marché.]

3. Au paragraphe 3, les mots "toute autre personne ayant participé à la procédure de recours" désignent les entrepreneurs et fournisseurs ayant participé en application du paragraphe 2 et toute autre personne autorisée à participer à la procédure de recours en vertu des règles juridiques et pratiques applicables à ladite procédure.

\* \* \*

#### Article 40. Recours judiciaire

Le [insérer le nom du tribunal (des tribunaux)] est compétent pour toute action intentée par une personne visée à l'article 36 contre un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice ou une procédure appliquée par elle. Une telle action peut être intentée par ladite personne :

(a) en lieu et place de la soumission d'une réclamation en application de l'article 38;]

(b) si sa réclamation ne peut être soumise ou acceptée en application de l'article 37 du fait de l'entrée en vigueur du marché;]

(c) en application du paragraphe 5 de l'article 37;] ou

(d) si elle affirme être lésée [par une décision du responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle en application de l'article 37] [ou] [par une décision du [insérer le nom de l'instance administrative] en application de l'article 38].

\* \* \*

#### Commentaire

[*Note à l'intention du Groupe de travail* : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 221 et 226; A/CN.9/315, par. 115, 116 et 119 à 121; A/CN.9/331, par. 153 et 204.]

1. Cet article porte sur les procédures de recours judiciaire. Il donne compétence au tribunal ou aux tribunaux qui y sont désignés et spécifie dans quelles circonstances une action peut être intentée. Les questions de procédure et autres de recours judiciaire, y compris les sanctions qui peuvent être prises, sont régies par la loi applicable à la procédure. [*Note à l'intention du Groupe de travail* : on a adopté cette approche minimaliste afin d'éviter d'empiéter sur les lois et procédures nationales relatives aux recours judiciaires.]

2. L'alinéa a, qui figure entre crochets, devra être omis par les Etats ne prévoyant pas de recours administratif hiérarchique ou exigeant qu'une personne ait épuisé son droit à un tel recours en application de l'article 38 avant de former un recours judiciaire.

Il sera conservé par les Etats prévoyant un recours administratif hiérarchique, mais n'imposant pas cette condition.

[3. L'alinéa b, qui figure entre crochets, sera omis par les Etats exigeant que le requérant ait épuisé son droit à recours administratif hiérarchique avant de former un recours judiciaire. Il sera conservé par les Etats n'imposant pas cette condition ou ne prévoyant pas de recours administratif hiérarchique.] [*Note à l'intention du Groupe de travail* : l'alinéa b et le commentaire qui précède devront être inclus si le Groupe de travail décide, à propos de l'article 37, que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle ne sera pas compétent pour connaître d'une réclamation en application de cet article après que le marché sera entré en vigueur (voir la note du Groupe de travail précédant le paragraphe 1 du commentaire de l'article 37). Dans le cas contraire, ils devront être omis.]

4. L'alinéa c, qui figure entre crochets, sera omis par les Etats exigeant que le requérant ait épuisé son droit à recours administratif hiérarchique avant de former un recours judiciaire, mais sera retenu par les Etats n'imposant pas cette condition ou ne prévoyant pas de recours administratif hiérarchique.

5. Tout Etat adoptant la Loi type devra prendre les mesures suivantes pour ce qui est des références figurant entre crochets à l'alinéa d. Si l'Etat ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique, il ne pourra faire référence qu'à une décision du responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle en application de l'article 37. S'il prévoit un tel recours ou un recours judiciaire et n'exige pas que le requérant ait épuisé son droit à recours administratif hiérarchique avant de former un recours judiciaire, il faudra faire référence à une décision de responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle en application de l'article 37 "ou" à une décision de l'instance administrative en application de l'article 38. Si un Etat prévoit ces deux formes de recours mais exige que le requérant ait épuisé son droit à recours administratif hiérarchique avant de former un recours judiciaire, il ne faudra faire référence qu'à une décision de l'instance administrative en application de l'article 38.

6. La loi applicable à la procédure judiciaire régira la question de savoir si, en cas d'action intentée en application de l'alinéa d, le tribunal devra réexaminer entièrement l'aspect de la procédure de passation du marché sur lequel porte la réclamation ou s'il ne devra qu'examiner la légalité ou le bien-fondé de la décision prise dans la procédure de recours en application des articles 37 et 38.

\* \* \*

#### Article 41. Suspension de la procédure de passation du marché [et de l'exécution du marché]

[*Variante A*] La soumission en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 37 [ou de l'article 38] ou l'introduction en temps voulu d'une action en application de l'article 40 entraînent la suspension de la procédure de passation du marché [, ou de l'exécution du marché, si celui-ci est entré en vigueur,] jusqu'à l'achèvement de la procédure de recours, à moins que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, [le [insérer le nom de l'instance administrative]] ou le tribunal, selon le cas, ne déterminent que ladite suspension ne servirait pas l'intérêt public.

[*Variante B*] Après la soumission en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 37 [ou de l'article 38], ou l'introduction en temps voulu d'une action en application de l'article 40, le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, [le [insérer le nom de l'instance administrative]] ou le tribunal, selon le cas, peut suspendre la procédure de passation du marché [, ou l'exécution du marché si

celui-ci est entré en vigueur.] afin de préserver les droits de la personne soumettant la réclamation ou intentant l'action jusqu'à l'achèvement de la procédure de recours.

\* \* \*

#### Commentaire

1. L'objet de cet article est de préserver les droits de la personne introduisant une procédure de recours en attendant l'achèvement de cette procédure. [Note à l'intention du Groupe de travail : sources : A/CN.9/WG.V/WP.22, par. 224 et 225; A/CN.9/315, par. 117 et 118. Deux variantes sont présentées à l'examen du Groupe de travail. La variante A prévoit une suspension automatique de la procédure de passation du marché lorsque s'ouvre la procédure de recours, à moins que le responsable de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, l'instance administrative ou le tribunal ne détermine, sur la base des motifs énoncés dans la variante, que la procédure ne doit pas être suspendue. C'est cette approche qui est suivie dans la législation des marchés de certains pays, en tant qu'exception à la règle générale en matière de procédure judiciaire ou administrative, selon laquelle la charge de la preuve incombe à la partie formant un recours. La principale justification de cette approche est que la personne soumettant une réclamation ou intentant une action judiciaire peut ne pas disposer de suffisamment de temps pour demander et obtenir des mesures provisoires. En particulier, cette personne a un général intérêt à éviter l'entrée en vigueur du marché avant l'achèvement de la procédure de recours et, si elle doit faire valoir son droit à des mesures provisoires, elle ne disposera peut-être pas d'un délai suffisant pour le faire tout en évitant l'entrée en vigueur du marché (par exemple, lorsque la procédure de passation du marché en est à son dernier stade); voir A/CN.9/331, par. 212. La variante B tient compte du fait que la suspension de la procédure de passation du marché ou de l'exécution du marché risque de causer de graves problèmes. Selon cette variante, la procédure de passation du marché ou l'exécution de ce marché ne sont pas suspendues automatiquement; la décision en la matière incombe à l'instance compétente.

Les références dans le texte de l'article et dans le commentaire à la suspension de l'exécution du marché ont été placées entre crochets, car le Groupe de travail devra étudier s'il faudrait ou non prévoir une telle suspension. Bien que cette variante traite de la même manière de la suspension de l'exécution du marché et de la suspension de la procédure de passation du marché, il serait également possible de traiter ces deux cas différemment, par

exemple en prévoyant une suspension automatique de la procédure de passation du marché, mais en disposant que l'exécution du marché ne pourra être suspendue que si l'instance compétente en décide ainsi.]

2. En appliquant les dispositions de cet article, l'instance saisie de la procédure de recours se fondera sur tout critère énoncé dans la réglementation des marchés ou dans toute autre règle de droit applicable à la procédure de recours. Ces critères peuvent être par exemple les suivants : les conséquences négatives d'une suspension de la procédure de passation du marché [ou de l'exécution du marché] sont-elles disproportionnées par rapport aux avantages qu'offre la suspension, ou est-il probable que le requérant obtienne gain de cause dans la procédure de recours ?

3. Cet article n'empiète pas sur le pouvoir, dont peut disposer l'instance saisie de la procédure de recours en vertu des règles juridiques applicables, de prendre d'autres formes de mesures provisoires. Il n'empiète pas non plus sur le pouvoir de demander au requérant de fournir une caution afin de couvrir le préjudice que pourrait subir l'entité adjudicatrice si la procédure de passation du marché (ou l'exécution du marché) était suspendue mais que la réclamation n'aboutissait pas.

4. Les références entre crochets à l'article 38 et à l'instance administrative figureront ou non dans le texte, selon qu'un recours administratif hiérarchique est possible ou non dans l'Etat adoptant la Loi type.

\* \* \*

#### Article 42. *Responsabilité disciplinaire, administrative ou pénale de l'entité adjudicatrice*

Les résultats d'une procédure de recours introduite en application du présent chapitre n'ont aucune incidence sur la responsabilité disciplinaire, administrative ou pénale que peut encourir l'entité adjudicatrice, ou tout fonctionnaire ou employé de ladite entité en application de la loi [du présent Etat].

\* \* \*

[Note à l'intention du Groupe de travail : voir A/CN.9/331, par. 151.]

## ANNEXE II

### PROJET DE RECOMMANDATION QUE LA COMMISSION POURRA ADOPTER EN MÊME TEMPS QUE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS

[Note à l'intention du Groupe de travail : la recommandation ci-après pourra être incluse dans la décision par laquelle la Commission adoptera la Loi type sur la passation des marchés, ou elle pourra être adoptée en tant que décision distincte, avec un préambule supplémentaire approprié. La recommandation est fondée sur les articles 1 et 2 de la Directive de la CEE sur les procédures de recours. Certaines dispositions de la Directive qui sont peut-être nécessaires ou appropriées en raison de son caractère impératif ont été omises ou ont été modifiées lorsque l'on a considéré que de telles dispositions étaient superflues ou inappropriées dans une recommandation. D'autres modifications ont été apportées compte tenu de la terminologie ou des notions utilisées dans la Loi type sur la passation des marchés.]

*La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,*

...

Convaincue qu'il est essentiel de disposer de moyens efficaces de vérifier la légalité des actes et décisions des entités adjudicatrices et des procédures appliquées par elles dans le contexte des marchés régis par la Loi type sur la passation des marchés, afin d'éviter toute mauvaise application de la Loi type ou de la réglementation des marchés adoptée conformément à ladite Loi type, d'assurer le bon fonctionnement des régimes nationaux de passation des marchés et de promouvoir la confiance en ces régimes,

*Recommande aux Etats :*

1. De prendre les mesures requises pour veiller à ce que, pour ce qui est des marchés entrant dans le champ d'application de la Loi type sur la passation des marchés, la légalité des actes et décisions des entités adjudicatrices et des procédures appliquées par elles puisse être vérifiée efficacement;

2. De veiller à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre étrangers et nationaux pour ce qui est du droit à introduire un recours ou de tout autre aspect de la procédure de recours;

3. De veiller à ce qu'une procédure de recours puisse être introduite au moins par toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché particulier et qui est lésée ou risque d'être lésée du fait d'un acte ou d'une décision illégaux de l'entité adjudicatrice dans le contexte de la passation du marché, ou d'une procédure illégale appliquée par ladite entité;

4. De veiller à ce que la procédure de recours visée dans les paragraphes précédents prévienne les pouvoirs permettant :

a) de prendre, dans les délais les plus brefs, des mesures provisoires visant à prévenir tout nouveau préjudice à la personne intéressée, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire

suspendre la procédure de passation du marché, l'application de toute décision prise par l'entité adjudicatrice ou l'exécution du marché;

b) d'annuler, ou de faire annuler les décisions prises illégalement;

c) d'accorder un dédommagement aux personnes lésées par un acte, une décision ou une procédure illégaux;

5. De veiller à ce que les décisions prises par les instances responsables de la procédure de recours puissent être effectivement appliquées;

6. De veiller à ce que les décisions prises dans le cadre de procédures de recours soumises à des instances non judiciaires soient toujours motivées par écrit;

7. De veiller à ce que, même lorsqu'il est possible d'introduire une procédure de recours non judiciaire, il soit également possible d'introduire une procédure de recours judiciaire;

8. De veiller à ce que, sauf en cas de procédure de recours introduite en première instance devant l'entité adjudicatrice, les instances responsables de la procédure de recours soient indépendantes de l'entité adjudicatrice.

**2. Passation des marchés : deuxième projet de texte des articles premier à 35 de la Loi type sur la passation des marchés : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.V/WP.28) [Original : anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION .....	310
DEUXIÈME PROJET DE TEXTE DES ARTICLES PREMIER A 35 DE LA LOI TYPE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS .....	311
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES .....	311
Article 1 <sup>er</sup> . Application de la Loi .....	311
Article 2. Définitions .....	311
Article 3. [Objectifs] généraux .....	312
Article 3 <i>bis</i> . Accords internationaux ou autres obligations internationales (du présent Etat) touchant la passation des marchés .....	312
Article 4. Réglementation des marchés .....	312
Article 5. Publicité de la loi sur la passation des marchés, de la réglementation des marchés et des autres textes juridiques relatifs aux marchés .....	312
Article 6. Contrôle et supervision des marchés .....	312
Article 7. Méthodes de passation des marchés et conditions d'application de ces méthodes .....	312
Article 8. Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs .....	313
Article 9. [Fusionné avec l'article 8] .....	314
Article 10. Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs .....	314
CHAPITRE II. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES .....	315
SECTION I. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES INTERNATIONAL .....	315
Article 11. Procédure d'appel d'offres international .....	315

	<i>Pages</i>
<b>SECTION II. SOLLICITATION DES OFFRES ET DEMANDES DE PRÉSÉLECTION</b> .....	315
Article 12. Sollicitation des offres et demandes de présélection .....	315
Article 13. [Supprimé] .....	316
Article 14. Teneur de l'avis de projet de marché .....	316
Article 15. [Fusionné avec l'article 8] .....	316
<b>SECTION III. PRÉSÉLECTION DES ENTREPRENEURS ET FOURNISSEURS</b> .....	316
Article 16. Procédure de présélection .....	316
<b>SECTION IV. DOSSIER D'APPEL D'OFFRES</b> .....	317
Article 17. Fourniture aux entrepreneurs et fournisseurs du dossier d'appel d'offres .....	317
Article 18. Teneur du dossier d'appel d'offres .....	318
Article 19. Prix facturé pour le dossier d'appel d'offres .....	319
Article 20. [Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier d'appel d'offres; langue de la documentation de présélection et du dossier d'appel d'offres] .....	319
Article 21. [Supprimé] .....	320
Article 22. Clarification et modification du dossier d'appel d'offres .....	320
<b>SECTION V. OFFRES</b> .....	320
Article 23. Langue des offres .....	320
Article 24. Soumission des offres .....	321
Article 25. Période de validité des offres; modification et retrait des offres .....	321
<b>SECTION VI. GARANTIES DE SOUMISSION</b> .....	322
Article 26. Garanties de soumission .....	322
<b>SECTION VII. OUVERTURE, EXAMEN, ÉVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES</b> .....	322
Article 27. Ouverture des offres .....	322
Article 28. Examen, évaluation et comparaison des offres .....	322
Article 29. Rejet de toutes les offres .....	324
Article 30. Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs .....	325
<b>SECTION VIII. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES</b> .....	325
Article 31. Procédure d'appel d'offres en deux étapes .....	325
<b>SECTION IX. ACCEPTATION DE L'OFFRE ET ENTRÉE EN VIGUEUR DU MARCHÉ; COMPTE RENDU DE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES</b> .....	325
Article 32. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché .....	325
Article 33. Compte rendu de la procédure d'appel d'offres .....	326
<b>CHAPITRE III. PASSATION DE MARCHÉS PAR D'AUTRES MOYENS QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES</b> .....	327
Article 34. Procédure de négociation avec appel à la concurrence .....	327
Article 35. Compte rendu de la procédure de sollicitation d'une source unique .....	327

## INTRODUCTION

1. A sa dix-neuvième session, en 1986, la Commission a décidé que priorité serait donnée aux travaux sur la passation des marchés et a confié cette tâche à son Groupe de travail du nouvel ordre économique international (A/41/17, par. 243). Le Groupe de travail a commencé ses travaux sur ce sujet à sa dixième session, en octobre 1988. Il a consacré cette session à l'examen d'une étude de la passation des marchés établie par le Secrétariat, qui traitait des objectifs possibles des politiques nationales en matière de marchés et qui examinait diverses législations et pratiques nationales en matière de marchés, ainsi que le rôle et les activités des diverses institutions internationales et organisations de financement du développement dans le domaine des marchés (A/CN.9/WG.V/WP.22). Après avoir achevé l'examen de cette étude, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un premier projet de loi type sur la passation des marchés, accompagné d'un commentaire, compte tenu des débats et décisions de sa dixième session (A/CN.9/315, par. 125).

2. Le premier projet de texte des articles premier à 35 de la loi type sur la passation des marchés, ainsi que le commentaire établi par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.24 et 25) ont été examinés par le Groupe de travail à sa onzième session, en février 1990. (Les projets d'articles figurant dans ces documents sont ci-après dénommés "le premier projet".) Les projets de dispositions sur les procédures de recours contre les actes et les décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures appliquées par elle ne figuraient pas dans le premier projet et ont été établis ultérieurement.

3. Après avoir examiné le premier projet et son commentaire, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de modifier le texte de la loi type à la lumière des délibérations et des décisions de la onzième session du Groupe de travail. Il était entendu qu'en apportant ces modifications, le Secrétariat ne devrait pas chercher à améliorer la structure ou le libellé du texte. Il était en outre convenu que le commentaire ne serait pas modifié tant que le texte de la loi type n'aurait pas été définitivement arrêté et aucune modification du commentaire ne serait donc préparée pour la douzième session du Groupe de travail. En outre, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir pour la douzième session des projets de dispositions sur les procédures de recours contre les actes et décisions de l'entité adjudicatrice et les procédures appliquées par elle (A/CN.9/331, par. 222). On trouvera dans le présent document une révision des projets d'articles premier à 35 de la loi type; les projets de dispositions sur les procédures de recours, qui constituent les articles 36 à 42, figurent dans le document A/CN.9/WG.V/WP.27.

4. Lorsqu'il a élaboré le présent projet, le Secrétariat s'est efforcé d'incorporer tous les ajouts, suppressions ou modifications convenus par le Groupe de travail à sa onzième session. En outre, il s'est attaché à incorporer les propositions et les suggestions faites lors de cette session et sur

lesquelles on ne s'est pas accordé. Les libellés reflétant ces propositions et suggestions sur lesquels on ne s'est pas accordé à la onzième session sont, dans la plupart des cas, placés entre crochets. Toutefois, les libellés reflétant des propositions et suggestions qui, semble-t-il, ne devraient pas donner lieu à controverse ni susciter d'objections (par exemple des améliorations de forme ne touchant pas à la substance du texte) n'ont pas été placés entre crochets. Les propositions et suggestions qui ne seraient pas conformes à une approche convenue par le Groupe de travail, ou qu'il serait difficile d'incorporer pour toute autre raison, n'ont pas été ajoutées au texte. Elles étaient d'ailleurs peu nombreuses.

5. Dans le présent projet, les modifications et les ajouts par rapport au libellé du premier projet sont soulignés, sauf dans le cas des titres des articles qui sont tous soulignés pour des raisons de présentation. Les suppressions effectuées sont indiquées dans les notes suivant chaque article.

6. Le présent projet pourra constituer un recueil utile des éléments qui, de l'avis du Groupe de travail, sont ou pourraient être importants pour un système de passation des marchés efficient, efficace et équitable et facilitera donc sans doute les travaux du Groupe de travail dans le domaine de la passation des marchés. On notera toutefois que l'ajout des libellés et des dispositions sur lesquels le Groupe de travail s'est accordé rend le texte plus long, plus complexe et moins maniable; de nouveaux ajouts aggraveraient encore cette situation. Cela risque de nuire à l'utilité et à l'acceptabilité du texte, étant donné notamment qu'il s'agit d'une loi type qui se veut d'application mondiale. Lorsqu'il examinera le présent projet, le Groupe de travail voudra peut-être procéder à un nouvel examen critique de chaque disposition, afin d'essayer d'en simplifier et d'en alléger le libellé et aussi d'en réexaminer la substance. Par exemple, vu une décision antérieure du Groupe de travail selon laquelle la Loi type devrait être une loi "cadre", n'énonçant que les éléments essentiels de la procédure de passation des marchés, certaines questions de détail qui figurent actuellement dans le texte ne pourraient figurer que dans la réglementation des marchés.

7. Sauf indication contraire dans les notes accompagnant les projets d'articles, lorsqu'il élaborera le prochain projet, le Secrétariat partira du principe que les propositions et suggestions concernant des modifications ou des ajouts sur lesquels le Groupe de travail n'a pas pris de décision à sa onzième session (propositions, suggestions et dispositions figurant entre crochets dans le présent projet) ne seront pas incorporées dans le texte, à l'exception de celles que le Groupe décidera expressément de retenir ou de modifier. Les ajouts qui ne seront ni retenus ni modifiés par le Groupe de travail seront supprimés; si nécessaire, le libellé du premier projet sera rétabli. Pour ce qui est des modifications apportées au libellé du premier projet, si elles ne sont ni retenues ni modifiées par le Groupe de travail, le libellé du premier projet sera rétabli.

DEUXIÈME PROJET DE TEXTE DES ARTICLES  
PREMIER A 35 DE LA LOI TYPE SUR  
LA PASSATION DES MARCHÉS

Chapitre premier. Dispositions générales

Article premier. Application de la Loi\*

1) La présente Loi s'applique à la passation de marchés par des entités adjudicatrices<sup>1</sup>.

2) La présente Loi ne s'applique pas à la passation de marchés touchant la sécurité nationale ou la défense nationale, à moins que l'entité adjudicatrice ne déclare expressément qu'elle est applicable.<sup>2</sup>

\*Les titres des articles ont simplement valeur de référence et ne doivent pas être utilisés pour l'interprétation du texte.

<sup>1</sup>Le reste du texte de l'article premier qui figurait dans le premier projet a été supprimé et est incorporé dans la définition des mots "passation d'un marché", qui figure dans un nouvel alinéa a de l'article 2. Voir la note 1 de l'article 2.

<sup>2</sup>Voir A/CN.9/331, par. 139.

\* \* \*

Article 2. Définitions

Pour l'application de la présente Loi :

[nouveau a) les mots "passation d'un marché" désignent l'acquisition, par des moyens tels que l'achat, la location, la concession, la location-vente ou par tout autre moyen, de biens ou de travaux, y compris les services connexes à la fourniture des biens ou aux travaux si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des biens ou des travaux eux-mêmes [, et l'acquisition de services de télécommunications, de transport ou d'assurance];<sup>1</sup>

a) Les mots "entité adjudicatrice" désignent :

i) Tout département, organisme, organe ou autre service du gouvernement ou de l'administration, ou toute subdivision de l'un d'entre eux [, à l'exception . . .];<sup>2</sup>

ii) (Chaque Etat adoptant la Loi type insère dans cet alinéa et, si nécessaire, dans les alinéas supplémentaires, les autres entités ou entreprises, ou catégories d'entités ou d'entreprises, devant être incluses dans la définition du terme "entité adjudicatrice").

b) Le mot "biens" désigne des matières premières, produits, équipements et autres objets matériels de toute description [, qu'ils soient sous forme solide, liquide ou gazeuse, et l'énergie électrique, nucléaire ou autre];<sup>3</sup>

c) Le mot "travaux" désigne toute activité matérielle, telle que préparation du chantier, excavation, érection, [démolition,] montage, installation d'équipement ou de matériel, décoration et finissage, relative à une nouvelle structure ou à une structure existante [, ainsi que les activités de forage, de cartographie, de photographie par satellite, les études sismiques et les activités similaires liées à ces travaux];<sup>4</sup>

d) Les mots "procédure de passation des marchés" [englobent] les procédures d'appel d'offres, les procédures

de négociation avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique;<sup>5</sup>

e) Les mots "procédure d'appel d'offres international" désignent [les procédures d'appel d'offres pour lesquelles la participation d'entrepreneurs et fournisseurs dont l'établissement ou le lieu de résidence habituel est situé hors (du présent Etat) est encouragée et favorisée par l'utilisation de procédures particulières prévues par la présente Loi];<sup>6</sup>

f) Les mots "garantie de soumission" désignent des mécanismes tels que les garanties [émises par des institutions financières], lettres de crédit, chèques engageant au premier chef la responsabilité d'une banque et dépôts en espèces, offerts par l'entrepreneur ou le fournisseur pour garantir l'exécution des obligations découlant de son offre;

g) Le mot "monnaie" englobe les unités de compte;

g bis) Les mots "procédure d'appel d'offres" désignent les procédures engagées, conformément aux articles 11 à 33, en vue de la conclusion d'un marché;<sup>8</sup>

h) Les mots "procédure de négociation avec appel à la concurrence" désignent [des négociations sur une base concurrentielle, régies par l'article 34, entre l'entité adjudicatrice et des entrepreneurs et fournisseurs en vue de la conclusion d'un marché];<sup>9</sup>

i) Les mots "sollicitation d'une source unique" désignent la procédure de passation d'un marché avec un entrepreneur ou fournisseur donné, sans que soit engagée une procédure d'appel d'offres ou une procédure de négociation avec appel à la concurrence;

i bis) Les mots "entrepreneur ou fournisseur" désignent toute partie ou partie potentielle, selon le contexte, à un marché avec l'entité adjudicatrice;<sup>8</sup>

j) Une offre est "conforme" si elle correspond aux conditions fixées dans le dossier d'appel d'offres, y compris les conditions relatives aux caractéristiques des biens, des travaux [ou des services] requis et aux conditions du marché.<sup>10</sup>

<sup>1</sup>La définition de la "passation d'un marché" a été ajoutée conformément à une suggestion faite au paragraphe 27 du document A/CN.9/331. Elle incorpore les suggestions et propositions faites aux paragraphes 17, 18 et 23 de ce document. Si cet ajout n'est pas retenu, le paragraphe 1 de l'article premier sera reformulé sur la base du premier projet. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il serait souhaitable de dresser la liste des divers modes d'acquisition, ou s'il serait préférable de faire référence à l'acquisition par tous moyens, sauf par don.

<sup>2</sup>Voir A/CN.9/331, par. 23.

<sup>3</sup>Voir A/CN.9/331, par. 23. Le mot "matériels" remplace le mot "tangibles" qui figurait dans le premier projet.

<sup>4</sup>Voir A/CN.9/331, par. 24.

<sup>5</sup>Les modifications apportées à cet alinéa, qui consistent en l'ajout du mot "englobe" et en la suppression de mots qui figuraient dans le premier projet, l'ont été sur l'initiative du Secrétariat.

<sup>6</sup>Voir A/CN.9/331, par. 23.

<sup>7</sup>Voir A/CN.9/331, par. 25.

<sup>8</sup>Ajout effectué sur l'initiative du Secrétariat.

<sup>9</sup>Voir A/CN.9/331, par. 26.

<sup>10</sup>La définition de l'offre "conforme", qui figurait à l'alinéa a de l'article 28-4 du premier projet, a été déplacée, comme il était demandé au paragraphe 156 du document A/CN.9/331. La référence aux services a été incluse entre crochets, car certains services seront peut-être inclus en application du nouvel alinéa a de l'article 2.

\* \* \*

### Article 3. [Objectifs] généraux<sup>1</sup>

[Les [objectifs] de la présente Loi sont les suivants, compte tenu de la nécessité d'assurer un fonctionnement efficace du système de passation des marchés du (présent Etat)] :<sup>2</sup>

- a) Favoriser au maximum l'économie dans le processus de passation des marchés;
- b) Promouvoir et encourager la participation aux procédures de passation des marchés d'entrepreneurs et fournisseurs compétents et notamment, le cas échéant, [la participation d'entrepreneurs et fournisseurs dont l'établissement ou le lieu habituel de résidence est situé hors (du présent Etat)]<sup>3</sup>;
- c) Promouvoir la concurrence entre les entrepreneurs et les fournisseurs pour la fourniture des biens, des travaux [ou des services]<sup>4</sup> requis;
- d) Garantir un traitement juste et équitable à tous les entrepreneurs et fournisseurs dans le cadre des marchés régis par la présente Loi;
- e) Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés, ainsi que la confiance en ce processus; et
- f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés.

<sup>1</sup>Conformément à la suggestion faite au paragraphe 30 du document A/CN.9/331, le mot "objectifs" remplace le mot "principes" qui figurait dans le premier projet. Le paragraphe 2 de cet article, qui figurait dans le premier projet, constitue maintenant un article distinct (article 3 bis), qui a été remanié.

<sup>2</sup>La référence à l'"efficacité", qui figurait à l'alinéa a dans le premier projet, figure maintenant dans le chapeau de l'article, conformément à la proposition faite au paragraphe 31 du document A/CN.9/331. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si les objectifs énoncés aux alinéas a à f devraient être subordonnés à l'objectif d'efficacité, comme ils le sont selon le libellé actuel, ou si l'objectif d'efficacité devrait être placé sur le même plan que les autres objectifs, comme c'était le cas dans le premier projet.

<sup>3</sup>Le libellé du premier projet a été modifié compte tenu de la modification apportée à la définition de la "procédure d'appel d'offres internationale" à l'alinéa e de l'article 2.

<sup>4</sup>Voir la note 8 de l'article 2.

\* \* \*

### Article 3 bis. Accords internationaux ou autres obligations internationales (du présent Etat) touchant la passation des marchés

En cas de conflit entre la présente Loi et une obligation (du présent Etat) en vertu de tout traité ou autre forme d'accord auquel il est partie avec un ou plusieurs autres Etats, ou en vertu de tout accord avec une institution internationale de financement, qui a déjà été ou peut être conclu par (le présent Etat), ladite obligation prévaut; mais, à tous autres égards, la passation des marchés est régie par la présente Loi.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>En substance, ce libellé figurait initialement au paragraphe 2 de l'article 3. Il a été modifié compte tenu du paragraphe 33 du document A/CN.9/331 et constitue maintenant un article distinct.

\* \* \*

### Article 4. Réglementation des marchés

Le... (chaque Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe ou l'autorité habilités à promulguer la réglementation des marchés) est autorisé à promulguer la réglementation des marchés ayant pour objet de préciser ou de compléter la présente Loi.

### Article 5. Publicité de la loi sur la passation des marchés, de la réglementation des marchés et des autres textes juridiques relatifs aux marchés

La présente Loi et la réglementation des marchés, toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives aux marchés régis par la présente Loi, ainsi que tous les amendements à la présente Loi et à ladite réglementation et auxdites décisions et directives administratives sont promptement portés à la connaissance du public.

### [Article 6. Contrôle et supervision des marchés<sup>1</sup>

1) L'approbation visée aux articles 7-2, 7-3, 12-2, 28-3, 29-1 et 31-1 est donnée par... (chaque Etat adoptant la Loi type spécifie l'organe ou l'autorité habilités à donner ladite approbation).

2) (Chaque Etat adoptant la Loi type spécifie dans ce paragraphe et, si nécessaire, dans des paragraphes supplémentaires, toutes fonctions additionnelles liées au contrôle et à la supervision des marchés et l'organe ou autorité, ou les organes ou autorités, chargés de s'acquitter de ces fonctions.)]

<sup>1</sup>Cet article a été placé entre crochets du fait d'une incohérence apparente entre des décisions prises par le Groupe de travail à sa onzième session à propos de la fonction d'approbation. Cette fonction a été initialement examinée aux paragraphes 36 à 38 du document A/CN.9/331. Aux paragraphes 176 et 194 de ce document, le Groupe de travail a convenu que cette fonction devrait être traitée dans les règlements d'application et non dans la Loi type. Cette décision semblerait supposer la suppression de l'article 6 et de toute référence dans la Loi type au fait que l'entité adjudicatrice doit obtenir l'approbation d'un acte ou d'une décision. Toutefois, à propos de l'article 28-3, selon l'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail, il faudrait conserver la disposition selon laquelle l'entité adjudicatrice doit obtenir l'approbation d'une décision de rejeter une offre (A/CN.9/331, par. 152). Le Groupe de travail voudra peut-être remédier à cette incohérence apparente.

\* \* \*

### Article 7. Méthodes de passation des marchés et conditions d'application de ces méthodes

1) Sauf dispositions contraires de la présente Loi, l'entité adjudicatrice désireuse de passer un marché recourt à la procédure de l'appel d'offres.

2) [Sous réserve d'approbation,]<sup>1</sup> l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation des marchés par négociation avec appel à la concurrence lorsque :

- a) [la valeur estimée]<sup>2</sup> du marché est inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés; ou
- b) une procédure d'appel d'offres a été engagée, mais [aucune offre n'a été soumise, ou]<sup>3</sup> toutes les offres ont été

rejetées par l'entité adjudicatrice, conformément au paragraphe 2 ou 3 de l'article 28 ou à l'article 29, *[et lorsqu'il serait improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres débouche sur la conclusion d'un marché];*<sup>4</sup>

3) [Sous réserve d'approbation,]<sup>1</sup> l'entité adjudicatrice peut solliciter une source unique dans les cas suivants :

a) *[la valeur estimée]*<sup>2</sup> du marché est inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés;

b) les biens, les travaux *[ou les services]* ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un entrepreneur ou fournisseur donné, *[ou un entrepreneur ou fournisseur donné a des droits exclusifs sur les biens, les travaux [ou les services], et]* il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable;<sup>5</sup>

c) parce qu'il est urgent d'obtenir les biens, les travaux *[ou les services]* requis, il est impossible ou imprudent de recourir à la procédure d'appel d'offres ou à la négociation avec appel à la concurrence, selon le cas, en raison des délais que supposent ces procédures;

d) pour des raisons de normalisation ou de compatibilité avec les *[biens]*, équipements ou technologies déjà utilisés, *[les fournitures supplémentaires]* doivent être acquises auprès *[de l']* entrepreneur ou fournisseur *[ayant fourni les biens, équipements ou technologies déjà utilisés];*<sup>3</sup>

e) l'entité adjudicatrice souhaite conclure avec l'entrepreneur ou le fournisseur un contrat de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sauf lorsque le contrat prévoit la production de biens dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

f) pour *[la protection de la]* sécurité nationale *[ou pour des raisons de défense nationale]*, les besoins de l'entité adjudicatrice doivent rester secrets;<sup>6</sup>

g) *la passation d'un marché avec un entrepreneur ou fournisseur donné est nécessaire pour promouvoir les objectifs socio-économiques spécifiés dans la réglementation des marchés;*<sup>3, 7</sup>

h) *[la passation d'un marché avec un entrepreneur ou fournisseur donné est nécessaire, afin de favoriser une source d'approvisionnement donnée pour des raisons de sécurité nationale ou de défense nationale];*<sup>3</sup>

i) *[vu leur importance ou leur volume, les biens, les travaux [ou les services] requis par l'entité adjudicatrice excèdent les capacités normales de la branche industrielle et un entrepreneur ou fournisseur donné est disposé à construire ou à acquérir des installations ou capacités spéciales, afin de fournir les biens, les travaux [ou les services].]*<sup>3</sup>

4) L'entité adjudicatrice ne divise pas ses marchés en contrats séparés afin de pouvoir invoquer les alinéas 2 a ou 3 a.<sup>8</sup>

5) L'entité adjudicatrice qui invoque les dispositions des paragraphes 2 ou 3 inclut dans le *compte rendu* requis à l'article 34-4 ou à l'article 35, *selon le cas,*<sup>9</sup> une description des circonstances justifiant son action et, sauf en ce qui concerne l'alinéa 3 f, précise les faits pertinents.

<sup>1</sup>Voir A/CN.9/331, par. 42.

<sup>2</sup>Voir A/CN.9/331, par. 214. Le sous-alinéa b ii, qui figurait dans le premier projet, a été supprimé.

<sup>3</sup>Voir A/CN.9/331, par. 42. Pour ce qui est de la référence aux services figurant à l'alinéa 3 b et dans le reste de l'article, voir la note 8 de l'article 2.

<sup>4</sup>Voir A/CN.9/331, par. 44.

<sup>5</sup>Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si l'alinéa g n'offrirait pas à l'entité adjudicatrice trop de possibilités de contourner les objectifs de la Loi type, même en étant limité à la promotion d'objectifs socio-économiques spécifiés.

<sup>6</sup>Les mots "relatifs à des biens ou à des travaux", qui figuraient dans le premier projet après le mot "marchés", ont été supprimés.

<sup>7</sup>Conformément au paragraphe 207 du document A/CN.9/331, le mot "compte rendu" remplace le mot "procès-verbal" qui figurait dans le premier projet. Les mots "selon le cas" ont été ajoutés afin de préciser cette disposition.

\* \* \*

#### Article 8. *Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs*<sup>1</sup>

*Nouveau 1) Le présent article s'applique à la vérification par l'entité adjudicatrice des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs à tous les stades de la procédure de passation d'un marché.*<sup>2</sup>

1) *Sous réserve du droit qu'ont les entrepreneurs et fournisseurs de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels, l'entité adjudicatrice peut :*<sup>3</sup>

a) exiger des entrepreneurs et fournisseurs participant à la procédure de passation d'un marché qu'ils fournissent les pièces ou autres renseignements pertinents qu'elle pourra juger utiles pour s'assurer que lesdits entrepreneurs et fournisseurs :

i) sont légalement habilités *[conformément à la loi de l'Etat dont l'entrepreneur ou fournisseur est un national]* à conclure le marché;<sup>5, 6;</sup>

ii) ne sont pas insolvables, *[en règlement judiciaire,]*<sup>5</sup> en faillite ou en liquidation, que leurs affaires ne sont pas gérées par un tribunal ou un administrateur judiciaire, que leurs activités commerciales n'ont pas été suspendues et qu'ils ne font pas l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons mentionnées ci-dessus;

iii) se sont acquittés de leurs obligations en matière d'impôts et de cotisations sociales dans (le présent Etat);

iv) n'ont pas été condamnés pour un délit pénal lié à leur conduite professionnelle *[ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant à leurs qualifications requises pour l'exécution d'un marché,]*<sup>7</sup> *[et n'ont pas été tenus responsables, dans le cadre d'une procédure civile, d'un préjudice lié à l'exécution ou à la non-exécution d'un marché,]* durant une période de [5] années précédant le commencement de la procédure de passation du marché;<sup>8</sup>

v) *[supprimé]*<sup>9;</sup>

vi) *possèdent des compétences techniques, des ressources financières, des équipements et autres moyens matériels, [des compétences en matière de gestion, une fiabilité, une expérience et une réputation] suffisants et un personnel suffisant pour exécuter le marché*<sup>10;</sup>

<sup>1</sup>Voir la note 1 de l'article 6.

<sup>2</sup>Voir A/CN.9/331, par. 40.

b) enquêter par tout autre moyen approprié [y compris en inspectant les livres de l'entrepreneur ou du fournisseur,] sur les qualifications de l'entrepreneur ou du fournisseur conformément aux critères énoncés à l'alinéa a.<sup>11</sup>

2) Toute condition requise en application de l'alinéa 1 a et tout critère établi par l'entité adjudicatrice pour l'évaluation des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs en application du sous-alinéa 1 a vi sont énoncés dans la documentation de présélection, le cas échéant, et dans le dossier d'appel d'offres et s'appliquent également à tous les entrepreneurs et fournisseurs. L'entité adjudicatrice n'impose aucune condition ni aucun critère de qualification autres que ceux prévus à l'alinéa 1 a.<sup>12</sup>

2 bis) L'entité adjudicatrice évalue les qualifications des entrepreneurs et fournisseurs conformément aux critères et procédures de qualification énoncés dans la documentation de présélection et dans le dossier d'appel d'offres.<sup>13</sup>

2 ter) [Dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international, l'entité adjudicatrice n'impose aucun critère, exigence ou procédure relatifs aux qualifications des entrepreneurs et fournisseurs [qui entraînent une discrimination à l'encontre d'entrepreneurs et fournisseurs étrangers ou de catégorie d'entrepreneurs et fournisseurs étrangers].]<sup>14</sup>

3) [Sans préjudice de l'efficacité du fonctionnement du système de passation des marchés,] un entrepreneur ou un fournisseur ne sont pas écartés de la procédure de passation d'un marché au motif qu'ils n'ont pas démontré qu'ils sont qualifiés en application du paragraphe 1 s'ils s'engagent à démontrer qu'ils sont qualifiés avant la fin de la procédure de passation du marché et si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils soient à même de le faire.<sup>15</sup>

<sup>11</sup>Conformément au paragraphe 45 du document A/CN.9/331, l'article 9 tel qu'il figurait dans le premier projet a été en substance fusionné avec l'article 8; l'article ne fait référence qu'aux "qualifications" des entrepreneurs et fournisseurs et non à leur "aptitude".

<sup>12</sup>Voir A/CN.9/331, par. 70. Les mots "à tous les stades de la procédure de passation d'un marché" visent notamment la procédure de post-sélection visée au paragraphe 8 bis de l'article 28. Bien que le Groupe de travail ait convenu qu'il serait fait expressément référence à la procédure de post-sélection, c'est un libellé plus général qui est présenté à l'examen du Groupe de travail. Ce libellé précise que, non seulement la procédure de post-sélection, mais également l'évaluation des qualifications de l'entrepreneur ou fournisseur à tout autre stade de la procédure de passation d'un marché sont soumis aux critères, conditions et procédures visés à l'article 8 (voir A/CN.9/331, par. 78).

<sup>13</sup>Voir A/CN.9/331, par. 46; le paragraphe 1 a été restructuré.

<sup>14</sup>Conformément à la proposition faite au paragraphe 47 du document A/CN.9/331, la référence aux "déclarations écrites" a été supprimée.

<sup>15</sup>Voir A/CN.9/331, par. 48.

<sup>16</sup>Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, dans de nombreux systèmes juridiques, la loi applicable à la détermination de la capacité d'une partie à conclure un contrat ne sera pas nécessairement la loi du pays dont la partie est un national.

<sup>17</sup>Voir A/CN.9/331, par. 53.

<sup>18</sup>Conformément au paragraphe 49 du document A/CN.9/331, l'ensemble du sous-alinéa a été placé entre crochets, en raison des divergences d'opinions quant à son maintien. Il sera supprimé si le Groupe de travail ne prend pas une décision expresse à ce propos. La référence à la responsabilité civile a été ajoutée, mais placée entre crochets, en attendant une décision du Groupe de travail quant à son maintien ou à sa suppression. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, pour ce motif, un entrepreneur ou fournisseur ne pourra être sélectionné pendant une période de

[5] années, même s'il a agi de bonne foi dans le cadre d'un marché précédent et que l'exécution incorrecte ou la non-exécution de ce marché portait sur des points relativement mineurs. Si ce motif d'exclusion doit être retenu, il faudra peut-être en restreindre considérablement la portée.

<sup>19</sup>Voir A/CN.9/331, par. 50.

<sup>20</sup>La disposition en question, qui figurait à l'article 9 dans le premier projet, a été déplacée conformément au paragraphe 45 du document A/CN.9/331. Les références aux capacités en matière de gestion, à la fiabilité, à l'expérience et à la réputation ont été ajoutées conformément aux propositions faites au paragraphe 53 du document A/CN.9/331.

<sup>21</sup>Conformément au paragraphe 45 du document A/CN.9/331, le mot "aptitude" qui apparaissait dans le premier projet à cet alinéa et ailleurs dans l'article a été remplacé par "qualifications". La référence à l'inspection des livres de l'entrepreneur ou du fournisseur a été ajoutée conformément à la proposition faite au paragraphe 51 du document A/CN.9/331.

<sup>22</sup>Le texte souligné, dans la première phrase du paragraphe 2, est une modification du libellé qui figurait initialement dans ce paragraphe, en raison du fusionnement de l'article 15 avec cet article (voir A/CN.9/331, par. 66).

<sup>23</sup>En substance, cette disposition constituait initialement le paragraphe 1 de l'article 15, qui a été fusionné avec cet article conformément au paragraphe 66 du document A/CN.9/331. Dans la première phrase de la version anglaise, le mot "evaluate" remplace le mot "assess", conformément au paragraphe 67 du document A/CN.9/331; le mot "conditions" a été ajouté; et la référence au "dossier d'appel d'offres" remplace la référence à la "documentation relative au marché", conformément au paragraphe 28 du document A/CN.9/331.

<sup>24</sup>En substance, ce paragraphe reprend le paragraphe 3 de l'article 15, qui a été fusionné avec cet article conformément au paragraphe 66 du document A/CN.9/331. La référence à la discrimination contre des entrepreneurs ou fournisseurs étrangers ou catégories d'entrepreneurs ou fournisseurs étrangers remplace la formulation qui figurait initialement au paragraphe 3 de l'article 15, conformément aux paragraphes 67 et 69 du document A/CN.9/331.

<sup>25</sup>Les crochets qui entouraient ce paragraphe dans le premier projet ont été supprimés, parce que le Groupe de travail a décidé de conserver une disposition sur le modèle de ce paragraphe (A/CN.9/331, par. 52). Les premiers mots du paragraphe ont été ajoutés conformément à une proposition faite au paragraphe 52 du document A/CN.9/331. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si ces mots offrent trop de possibilités d'exclusion arbitraire d'un entrepreneur ou fournisseur de la procédure de passation d'un marché. Les autres mots soulignés représentent une modification du libellé de la version initiale de ce paragraphe.

\* \* \*

#### Article 9. [Fusionné avec l'article 8]

<sup>1</sup>Voir A/CN.9/331, par. 45.

\* \* \*

#### [Article 10. Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs<sup>1</sup>

1) Le présent article s'applique aux pièces fournies par les entrepreneurs et fournisseurs pour démontrer leurs qualifications dans le cadre de la procédure de passation du marché, lorsque l'entité adjudicatrice exige que ces pièces soient légalisées<sup>2</sup>.

2) Les pièces autres que celles émanant d'une autorité gouvernementale, judiciaire ou administrative, sont signées et certifiées ou authentifiées de toute autre manière par leur auteur devant un notaire ou toute autre autorité compétente habilitée, en vertu de la loi du lieu où elle est située, à attester l'authenticité de la pièce, ainsi que de la signature et de l'authentification; l'attestation délivrée par le notaire ou toute autre autorité compétente est annexée ou jointe à

la pièce. L'attestation donnée par un notaire ou une autorité compétente étrangers est acceptable si elle est légalisée conformément à la loi applicable (dans le présent Etat) en ce qui concerne la légalisation des actes publics étrangers.

3 a) Les pièces émanant d'une autorité gouvernementale, judiciaire ou administrative étrangère (au présent Etat) sont acceptables si elles sont légalisées conformément à la loi applicable (dans le présent Etat) en ce qui concerne la légalisation des actes publics étrangers;

b) Les pièces émanant d'une autorité gouvernementale, judiciaire ou administrative (du présent Etat) doivent être conformes à la loi applicable (dans le présent Etat) en ce qui concerne la signature, l'authentification et la légalisation de telles pièces.]

<sup>1</sup>Cet article a été placé entre crochets conformément au paragraphe 56 du document A/CN.9/331, dans lequel le Groupe de travail se demandait si cet article devait ou non être conservé. L'article sera supprimé si le Groupe de travail ne prend pas de décision expresse quant à son maintien. Les références dans le titre et dans le texte de l'article aux "déclarations écrites" ont été supprimées conformément à la proposition faite au paragraphe 47 du document A/CN.9/331.

<sup>2</sup>Conformément au paragraphe 45 du document A/CN.9/331, les mots "aptitudes et leurs", qui figuraient avant le mot "qualifications" dans le premier projet, ont été supprimés. Les derniers mots du paragraphe ont été ajoutés conformément au paragraphe 56 du document A/CN.9/331.

\* \* \*

## Chapitre II. Procédure d'appel d'offres

### Section I. Procédure d'appel d'offres international

#### Article 11. Procédure d'appel d'offres international

L'entité adjudicatrice tenue en vertu de l'article 7 d'ouvrir une procédure d'appel d'offres peut décider d'ouvrir une procédure d'appel d'offres international, compte tenu des objectifs d'économie et d'efficacité visés.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Le paragraphe 2, qui figurait dans le premier projet, et la référence au paragraphe 2, qui figurait au paragraphe 1, ont été supprimés conformément au paragraphe 58 du document A/CN.9/331, qui reflète la décision du Groupe de travail selon laquelle il ne devrait pas être obligatoire d'ouvrir une procédure d'appel d'offres international. La référence dans le paragraphe 58 du document A/CN.9/331, aux cas dans lesquels il serait souhaitable d'engager une procédure d'appel d'offres international, n'a pas été incluse, car il serait peut-être plus approprié que de tels exemples soient donnés dans le commentaire, plutôt que dans l'article lui-même.

\* \* \*

### Section II. Sollicitation des offres et demandes de présélection

#### Article 12. Sollicitation des offres et demandes de présélection

1) L'entité adjudicatrice sollicite des offres et, le cas échéant, des demandes de présélection de tous les entrepreneurs et fournisseurs intéressés en faisant publier un avis de projet de marché dans . . . (chaque Etat adoptant la Loi type

spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel ledit avis doit être publié). En cas de procédure d'appel d'offres international, l'avis doit être également publié, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un quotidien ou une publication commerciale ou une revue technique spécialisés de diffusion internationale. [Les dispositions ci-dessus n'interdisent pas le recours à des moyens supplémentaires pour porter l'avis de projet de marché à l'attention des entrepreneurs et fournisseurs.]<sup>1</sup>

2 a) [Nonobstant les dispositions du paragraphe 1,]<sup>2</sup>

[[variante 1] lorsqu'une participation restreinte à la procédure d'appel d'offres est plus propice à l'économie et à l'efficacité,]

[[variante 2] lorsque les délais et les dépenses nécessaires pour solliciter, examiner, évaluer et comparer les offres de tous les entrepreneurs et fournisseurs intéressés sont disproportionnés par rapport à la valeur estimée du marché, lorsque les biens ou les travaux requis ne peuvent provenir que d'un petit nombre d'entrepreneurs et fournisseurs connus de l'entité adjudicatrice et qu'il est plus propice à l'économie et à l'efficacité de la procédure de passation du marché de ne solliciter d'offres que desdits entrepreneurs et fournisseurs, ou lorsque la sollicitation d'offres de tous les entrepreneurs et fournisseurs intéressés risquerait de faire obstacle à une concurrence effective en dissuadant des entrepreneurs et fournisseurs qualifiés de soumettre une offre,]<sup>3</sup>

l'entité adjudicatrice peut [, sous réserve d'approbation,]<sup>4</sup> solliciter des offres en ne communiquant<sup>5</sup> l'avis de projet de marché qu'à des entrepreneurs et fournisseurs sélectionnés par elle. Elle doit sélectionner un nombre suffisant d'entrepreneurs et fournisseurs pour qu'il y ait réellement concurrence, en vue d'assurer la bonne conduite de la procédure d'appel d'offres.

(b) L'avis de projet de marché peut être communiqué aux entrepreneurs et fournisseurs par écrit ou sous toute autre forme qui permet d'en conserver un enregistrement. Toutefois, lorsque les biens, travaux [ou services]<sup>6</sup> sont requis d'urgence, ou lorsque la valeur estimée du marché est inférieure au montant fixé dans la réglementation des marchés, il est possible de solliciter des offres des entrepreneurs et fournisseurs retenus en les informant par téléphone de la teneur de l'avis et en leur communiquant ledit avis immédiatement après par écrit ou sous toute autre forme permettant d'en conserver un enregistrement.]<sup>7</sup>

<sup>1</sup>La deuxième phrase a été restructurée afin qu'il soit bien clair que la condition de la langue ne s'applique qu'en cas de procédure d'appel d'offres international. La dernière phrase a été ajoutée conformément à la proposition faite au paragraphe 60 du document A/CN.9/331. Ce libellé vise à englober tous les moyens de porter l'avis de projet de marché à l'attention des entrepreneurs et fournisseurs, y compris les messages transmis électroniquement ou le téléphone.

<sup>2</sup>Voir A/CN.9/331, par. 61. Le paragraphe 2 a été divisé en deux alinéas, du fait de l'ajout de la disposition énoncée à l'alinéa 2 b.

<sup>3</sup>Les deux variantes de l'alinéa 2 a sont présentées conformément à la proposition figurant au paragraphe 61 du document A/CN.9/331. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de conserver la variante 1, étant entendu qu'une règle plus détaillée, telle que celle qui est énoncée dans la variante 2, pourrait être incluse dans la réglementation des marchés.

<sup>4</sup>Voir la note 1 de l'article 6.

<sup>5</sup>Le mot "communiquant" remplace le mot "adressant", qui figurait dans le premier projet, afin qu'il soit bien clair que l'avis ne doit pas obligatoirement prendre la forme d'un document écrit.

<sup>6</sup>Voir la note 8 de l'article 2.

<sup>7</sup>Voir A/CN.9/331, par. 60 et 117.

\* \* \*

#### Article 13. [supprimé]<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Voir A/CN.9/331, par. 62.

\* \* \*

#### Article 14. *Teneur de l'avis de projet de marché*

1) L'avis de projet de marché doit contenir les renseignements suivants :

- a) nom et adresse de l'entité adjudicatrice;
- b) nature et quantité des biens [ou services]<sup>2</sup> à fournir ou nature et emplacement des travaux à effectuer;
- c) délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens [ou services]<sup>2</sup> ou pour l'achèvement des travaux;
- d) critères utilisés pour évaluer les qualifications des entrepreneurs et fournisseurs, conformément à l'alinéa 1 a de l'article 8<sup>3</sup>;
- e) moyens d'obtenir le dossier d'appel d'offres et lieu où il peut être obtenu<sup>4</sup>;
- f) prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture du dossier d'appel d'offres et, dans le cas des procédures d'appel d'offres international, monnaie et mode de paiement dudit dossier;
- g) dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international, langue ou langues dans lesquelles le dossier est disponible;
- h) lieu et date limite de soumission des offres;
- i) si une garantie de soumission est exigée, nature et montant de cette garantie<sup>5</sup>;
- j) droit, en application de l'article 36 de la présente Loi, d'introduire un recours pour tout acte ou décision illicites de l'entité adjudicatrice ou pour toute procédure illicite appliquée par elle dans le cadre de la procédure de passation du marché<sup>6</sup>.

2) Si une procédure de présélection doit être ouverte, l'avis de projet de marché le stipule, auquel cas il n'a pas à contenir les renseignements demandés aux alinéas e ou g du paragraphe 1 du présent article, mais doit contenir les renseignements supplémentaires suivants :

- a) moyens d'obtenir la documentation de présélection et lieu où elle peut être obtenue;
- b) prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la documentation de présélection et, dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international, monnaie et mode de paiement de cette documentation;
- c) dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international, langue ou langues dans lesquelles la documentation est disponible; et

d) lieu et date limite de soumission des demandes de présélection.

<sup>1</sup>Voir A/CN.9/331, par. 64.

<sup>2</sup>Voir la note 8 de l'article 2.

<sup>3</sup>Voir A/CN.9/331, par. 64.

<sup>4</sup>Conformément à la proposition faite au paragraphe 28 du document A/CN.9/331, les références à la "documentation relative au marché" ont été remplacées dans cet alinéa et dans tout l'article par les mots "dossier d'appel d'offres".

<sup>5</sup>Les alinéas i et j ont été ajoutés conformément au paragraphe 64 du document A/CN.9/331. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il est nécessaire d'exiger que l'avis de projet de marché contienne les renseignements mentionnés dans ces alinéas, notamment ceux relatifs au droit de recours, en particulier si ces renseignements doivent être donnés dans le dossier d'appel d'offres (voir la note 18 de l'article 18). Le projet d'article 36 et les autres projets de dispositions relatifs aux procédures de recours figurent dans le document A/CN.9/WG.V/WP.27.

\* \* \*

#### Article 15. [Fusionné avec l'article 8]<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Conformément à la suggestion faite au paragraphe 66 du document A/CN.9/331, cet article a été fusionné, en substance, avec l'article 8 de la manière suivante : les paragraphes 1 et 3 de l'article 15 ont été légèrement modifiés et sont devenus les paragraphes 3 et 4 de l'article 8; le paragraphe 2 de l'article 15 a été supprimé. Le titre précédant l'article 15 ("Section III. Qualifications des entrepreneurs et fournisseurs") a été modifié et figure maintenant immédiatement avant l'article 16.

\* \* \*

### Section III. *Présélection des entrepreneurs et fournisseurs*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Ce titre a été modifié et déplacé du fait de la fusion de l'article 15 et de l'article 8.

\* \* \*

#### Article 16. *Procédure de présélection*

1) L'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de présélection en vue d'identifier, avant la soumission des offres, les entrepreneurs et fournisseurs qui sont qualifiés. [Toutefois, une procédure de présélection n'est pas ouverte dans les cas où la participation à la procédure d'appel d'offres est restreinte en application de l'article 12-2.] [Les dispositions de l'article 8 s'appliquent à la procédure de présélection.]<sup>1</sup>

2) Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de présélection, elle fournit un jeu de documents de présélection à chaque entrepreneur ou fournisseur qui en fait la demande, conformément aux procédures spécifiées dans l'avis de projet de marché, et qui en paie le prix, le cas échéant.

3) La documentation de présélection contient tous les renseignements requis pour permettre aux entrepreneurs et fournisseurs de préparer et soumettre leurs demandes de présélection, notamment les renseignements devant figurer dans l'avis de projet de marché conformément à l'article 14-1, à l'exception de son alinéa e, ainsi que les renseignements suivants :

a) instructions pour la préparation et la soumission des demandes de présélection;

b) tous renseignements supplémentaires concernant les biens [ou services] à fournir ou les travaux à effectuer qui seraient utiles aux entrepreneurs ou fournisseurs pour la préparation de leur demande de présélection;<sup>2</sup>

c) résumé des principales conditions du marché qui sera conclu comme suite à la procédure d'appel d'offres;

d) toutes pièces ou autres informations qui doivent être soumises par les entrepreneurs et fournisseurs pour démontrer leurs qualifications<sup>3</sup>;

e) critères et procédures applicables pour l'évaluation des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs<sup>4</sup>;

f) mode et lieu de soumission des demandes de présélection et délai de soumission, consistant en une date et heure précises et laissant suffisamment de temps aux entrepreneurs et fournisseurs pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu en particulier, dans le cas des procédures d'appel d'offres international, des délais raisonnablement requis par les entrepreneurs et fournisseurs étrangers et des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice<sup>5</sup>;

g) toutes autres conditions énoncées par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions de la réglementation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des demandes de présélection et à la procédure de présélection;

h) [supprimé]<sup>6</sup>

3 bis) *L'entité adjudicatrice répond promptement à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection reçue d'un entrepreneur ou d'un fournisseur par l'entité adjudicatrice avant la date limite de soumission des demandes de présélection. La réponse de l'entité adjudicatrice, n'identifiant pas la source de la demande, est communiquée à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a transmis la documentation de présélection<sup>7</sup>.*

4) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à tous les entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis une demande de présélection s'ils ont ou non été présélectionnés et [après qu'une offre a été acceptée]<sup>8</sup> elle publie les noms de tous les entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés. [Seuls]<sup>9</sup> les entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés sont habilités à soumettre une offre.

5) L'entité adjudicatrice communique sur demande aux entrepreneurs et fournisseurs qui n'ont pas été présélectionnés le motif de leur rejet, mais elle n'est pas tenue d'expliquer ce motif.

6) Il n'est pas interdit à une entité adjudicatrice qui a procédé à une présélection de réévaluer, lors d'une étape ultérieure de la procédure d'appel d'offres, les qualifications des entrepreneurs et fournisseurs présélectionnés<sup>10</sup>.

<sup>1</sup>Conformément à la proposition faite au paragraphe 45 du document A/CN.9/331, les mots "aptitudes et", qui figuraient dans le premier projet, ont été supprimés. Les premiers mots du paragraphe, tel qu'il était libellé dans le premier projet, ont été modifiés conformément à la proposition faite au paragraphe 73 du document A/CN.9/331 et déplacés à la deuxième

phrase. Les mots "qualifiés" à la fin de la première phrase et l'ensemble de la troisième phrase remplacent les mots "ayant les qualifications requises pour exécuter le marché" qui figuraient dans le premier projet; on précise ainsi que la procédure de présélection doit avoir pour objet d'évaluer les qualifications des entrepreneurs et fournisseurs, conformément aux critères, conditions et procédures énoncés à l'article 8.

<sup>2</sup>Cet alinéa a été placé entre crochets comme suite à la proposition, faite au paragraphe 75 du document A/CN.9/331, selon laquelle cet alinéa devrait être supprimé. Pour ce qui est de la référence aux services, voir la note 8 de l'article 2.

<sup>3</sup>Conformément à la proposition faite au paragraphe 45 du document A/CN.9/331, les mots "leurs aptitudes et", qui figuraient dans le premier projet, ont été supprimés. La référence aux "déclarations écrites", qui figurait dans le premier projet, a été supprimée conformément à la proposition faite au paragraphe 47 du document A/CN.9/331.

<sup>4</sup>Dans la version anglaise, le mot "evaluating" remplace le mot "assessing" qui figurait dans le premier projet, conformément à l'avis mentionné au paragraphe 67 du document A/CN.9/331.

<sup>5</sup>Les mots soulignés ont été ajoutés compte tenu des modifications apportées à l'article 24-1, conformément au paragraphe 120 du document A/CN.9/331.

<sup>6</sup>Cet alinéa a été modifié conformément au paragraphe 76 du document A/CN.9/331 et figure maintenant au paragraphe 3 bis.

<sup>7</sup>Ce paragraphe a été ajouté conformément au paragraphe 76 du document A/CN.9/331. Il s'inspire de l'article 22-1. Il traite des demandes d'éclaircissements portant sur des renseignements donnés dans la documentation de présélection concernant les pratiques et procédures de présélection.

<sup>8</sup>Voir A/CN.9/331, par. 77.

<sup>9</sup>Les mots "seuls" remplacent les mots "tous" qui figuraient dans le premier projet, conformément à la suggestion faite au paragraphe 72 du document A/CN.9/331.

<sup>10</sup>Conformément à la proposition faite au paragraphe 45 du document A/CN.9/331, les mots "aptitudes et" qui figuraient dans le premier projet, ont été supprimés. Dans la version anglaise, le mot "re-evaluating" remplace le mot "re-assessing" qui figurait dans le premier projet, conformément à l'avis donné au paragraphe 67 du document A/CN.9/331.

\* \* \*

#### Section IV. Dossier d'appel d'offres<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Conformément au paragraphe 28 du document A/CN.9/331, dans ce titre et dans l'ensemble du texte, les mots "documentation relative au marché" ont été remplacés par les mots "dossier d'appel d'offres".

\* \* \*

#### Article 17. Fourniture aux entrepreneurs et fournisseurs du dossier d'appel d'offres

L'entité adjudicatrice fournit un dossier d'appel d'offres aux entrepreneurs et fournisseurs, conformément aux procédures et conditions spécifiées dans l'avis de projet de marché. S'il y a eu présélection, elle fournit un dossier d'appel d'offres à chaque entrepreneur ou fournisseur qui a été présélectionné et qui paye le prix, le cas échéant, de ce dossier.

#### Article 18. Teneur du dossier d'appel d'offres

Le dossier d'appel d'offres comporte [tous]<sup>1</sup> les renseignements requis pour que les entrepreneurs et fournisseurs puissent préparer et soumettre les offres conformes [et des renseignements sur les procédures d'ouverture, d'examen, de comparaison et d'évaluation des offres]<sup>2</sup>; elle donne notamment les renseignements suivants :

a) instructions pour la préparation des offres;

b) *critères et procédures [ conformes aux dispositions de l'article 8,] relatifs à l'évaluation des qualifications des entrepreneurs et fournisseurs ou à la reconfirmation des qualifications [en application de l'article 28-8 bis]<sup>3</sup>;*

c) *[cet alinéa a été combiné avec l'alinéa b ci-dessus];*

d) *toute pièce ou autre information qui doit être soumise par les entrepreneurs et fournisseurs pour faire la preuve de leurs qualifications [et toute condition imposée conformément à l'article 10 concernant la légalisation des pièces]<sup>4</sup>;*

e) *nature, caractéristiques techniques et qualité requise des biens, des travaux [ou des services]<sup>5</sup> requis, [conformément à l'article 20,]<sup>6</sup> notamment, spécifications techniques, plans, dessins et modèles selon le cas; quantité des biens requis; emplacement où doivent s'effectuer les travaux; et, le cas échéant, délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens, l'exécution des travaux [ou la fourniture des services]<sup>7</sup>;*

f) *conditions du marché qui sera conclu comme suite à la procédure d'appel d'offres [ y compris notamment toute condition concernant la méthode de fixation des prix qui sera utilisée dans le marché; mesure dans laquelle, le cas échéant, les taxes, droits de douane et autres charges et prélèvements seront inclus dans le prix du marché; répartition entre les parties du risque d'une augmentation du coût de l'exécution du marché en raison d'une modification des lois relatives aux taxes, droits de douane et autres charges et prélèvements et d'une modification d'autres lois touchant l'exécution du marché; loi applicable au marché; et mode de règlement des litiges dans le cadre du marché]<sup>8</sup>;*

g) *s'il est demandé de soumettre des variantes en ce qui concerne les caractéristiques des biens, des travaux [ou des services], conditions contractuelles ou toute autre condition énoncée dans le dossier d'appel d'offres<sup>9</sup>, déclaration à cet effet;*

h) *si les entrepreneurs et fournisseurs sont autorisés à soumettre des offres ne portant que sur une portion des biens, des travaux [ou des services] requis, désignation de la portion ou des portions pour lesquelles des offres peuvent être soumises;*

i) *manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé et, dans les procédures d'appel d'offres international, monnaie ou monnaies retenues;*

j) *[supprimé]<sup>10</sup>;*

k) *dans les procédures d'appel d'offres international, langue ou langues dans lesquelles les offres doivent être établies [ conformément à l'article 23];<sup>6</sup>*

l) *toute stipulation de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne la nature, le montant et les autres conditions principales de la garantie de soumission devant être éventuellement fournie par les entrepreneurs et fournisseurs soumettant des offres et de toute garantie de bonne exécution du marché devant être fournie par l'entrepreneur ou le fournisseur concluant le marché et en ce qui concerne le type d'institution ou entité dont les garanties seront acceptables, ou toute option offerte par l'entité adjudicatrice en ce qui concerne la nature, le montant ou les autres conditions de la garantie de soumission ou le type d'institution ou entité<sup>11</sup> [conformément à l'article 26]<sup>6</sup>;*

m) *mode, lieu et délai de soumission des offres [ conformément à l'article 24]<sup>6</sup>;*

n) *moyens par lesquels, en application de l'article 22<sup>12</sup>, les entrepreneurs et fournisseurs peuvent demander des éclaircissements sur le dossier d'appel d'offres et lieu et date de toute réunion d'entrepreneurs et fournisseurs [qui peut être]<sup>13</sup> organisée par l'entité adjudicatrice;*

n bis) *si l'entité adjudicatrice se réserve le droit de modifier le dossier d'appel d'offres conformément à l'article 22, déclaration à cet effet;<sup>14</sup>*

o) *période de validité des offres [ conformément à l'article 25]<sup>6</sup>;*

p) *lieu, date et heure d'ouverture des offres [ conformément à l'article 27]; procédures à suivre pour l'ouverture et l'examen des offres et procédures et critères pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour la détermination de l'offre la plus économique [conformément à la définition donnée à l'article 28-7 c], notamment des facteurs tels que la quantification ou d'autres modes d'application des critères, l'importance relative de chaque critère ou toute autre indication du degré de priorité accordé à chacun d'entre eux, la manière dont les critères seront combinés et dont les offres seront comparées en vue de la détermination de l'offre la plus économique et toute marge de préférence qui sera appliquée le cas échéant, son montant, la manière dont elle sera appliquée<sup>15</sup>;*

q) *dans les procédures d'appel d'offres international, monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation et la comparaison des offres [en application de l'article 28-8]<sup>6</sup> et, soit taux de change qui sera utilisé pour la conversion des offres dans cette monnaie, soit déclaration selon laquelle le taux publié par un établissement financier donné, en vigueur à une date donnée, sera appliqué;*

r) *toute autre condition établie par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions de la réglementation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des offres et à la procédure d'appel d'offres;*

s) *[références :*

i) *à la présente Loi, à la réglementation des marchés et à toutes autres lois et réglementations (du présent Etat) directement applicables à la procédure d'appel d'offres; et*

ii) *aux principales lois et réglementations (du présent Etat) en matière d'impôt, de sécurité sociale, de sûreté, de protection de l'environnement, de santé et de travail touchant l'exécution du marché, à condition toutefois que l'omission de toute référence de cet ordre ne constitue pas en soi un motif de recours en vertu de l'article 36 ni n'engage la responsabilité de l'entité adjudicatrice]<sup>16</sup>;*

t) *nom(s) et adresse(s) d'un ou plusieurs fonctionnaires ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les entrepreneurs et les fournisseurs et à recevoir directement des communications adressées par eux à propos de la procédure d'appel d'offres, sans l'intervention d'un intermédiaire<sup>17</sup>;*

u) *tout engagement d'échanges compensés devant être pris par l'entrepreneur ou le fournisseur<sup>18</sup>;*

v) actes et décisions de l'entité adjudicatrice soumis à approbation et organe ou organes habilités à donner cette approbation;<sup>19</sup>

w) droit, en application de l'article 36 de la présente Loi, d'engager une procédure de recours contre un acte ou une décision illicites de l'entité adjudicatrice ou une procédure illicite appliquée par elle dans le cadre de la procédure de passation d'un marché;<sup>18</sup>

x) si l'entité adjudicatrice se réserve le droit de rejeter toutes les offres en application de l'article 29, déclaration à cet effet;<sup>20</sup>

y) toute formalité qui sera requise pour l'entrée en vigueur d'une offre qui aura été acceptée, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit en application de l'article 32.<sup>21</sup>

<sup>18</sup>Le mot "tous" a été placé entre crochets car il avait été proposé de le supprimer au paragraphe 82 du document A/CN.9/331.

<sup>19</sup>Voir A/CN.9/331, par. 83.

<sup>20</sup>Cet alinéa a été modifié et incorpore l'alinéa c qui figurait dans le premier projet; les références à l'article 8 et à l'article 28-8 bis ont été ajoutées conformément au paragraphe 81 du document A/CN.9/331.

<sup>21</sup>Conformément à la proposition faite au paragraphe 45 du document A/CN.9/331, les mots "de leurs aptitudes et", qui figuraient dans le premier projet, ont été supprimés. La référence aux "déclarations écrites", qui figurait dans le premier projet, a été supprimée comme suite à la proposition faite au paragraphe 47 du document A/CN.9/331. La référence aux conditions selon lesquelles les pièces doivent être légalisées a été ajoutée compte tenu de la modification apportée à l'article 10 aux termes de laquelle cet article ne s'appliquerait que si la légalisation était imposée par l'entité adjudicatrice et compte tenu du paragraphe 81 de l'article A/CN.9/331. Elle devra être supprimée si l'article 10 n'est pas conservé.

<sup>22</sup>Pour ce qui est des références aux services dans cet alinéa et dans le reste de l'article, voir la note 8 de l'article 2.

<sup>23</sup>Cette référence a été ajoutée conformément au paragraphe 81 du document A/CN.9/331.

<sup>24</sup>Les mots soulignés à la fin de l'alinéa constituent une modification par rapport au libellé du premier projet, qui a été apportée afin que cet alinéa soit conforme à l'alinéa d de l'article 28-7.

<sup>25</sup>Voir A/CN.9/331, par. 86 et 88. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si cet ajout est nécessaire ou si la référence aux conditions du marché au début de l'alinéa est suffisante.

<sup>26</sup>Voir la note 1 relative au titre de la Section IV. Ce paragraphe a été légèrement modifié sur l'initiative du Secrétariat.

<sup>27</sup>Voir A/CN.9/331, par. 89.

<sup>28</sup>Voir A/CN.9/331, par. 128. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si la question traitée par cet ajout ne l'était pas déjà auparavant et donc si cet ajout est nécessaire.

<sup>29</sup>La référence à l'article 22 corrige une erreur typographique.

<sup>30</sup>Voir A/CN.9/331, par. 91.

<sup>31</sup>Voir A/CN.9/331, par. 115, et la note 3 de l'article 22.

<sup>32</sup>Conformément aux paragraphes 92 et 166 du document A/CN.9/331, les mots "offre la plus économique" remplacent les mots "offre la plus avantageuse" qui figuraient dans le premier projet. Les références à l'article 27 et à l'alinéa c de l'article 28-7 ont été ajoutées conformément au paragraphe 81 du document A/CN.9/331. L'ajout des mots "et l'examen des offres et procédures et critères" vise à améliorer la clarté de cette disposition.

<sup>33</sup>Cet alinéa a été modifié par rapport au premier projet, conformément au paragraphe 97 du document A/CN.9/331. Il combine deux propositions faites au paragraphe 96 du document A/CN.9/331 en demandant qu'il soit fait référence aux "principales" lois et réglementations touchant l'exécution du marché, au lieu d'exiger des références exhaustives et en ne donnant pas à un entrepreneur ou un fournisseur la possibilité d'intenter un recours ou de demander un dédommagement au motif de l'omission d'une telle loi ou réglementation. Le Groupe de travail se rappellera l'approche convenue pour ce qui est de l'alinéa h de l'article 16-3, qui, dans sa version initiale, stipulait que la documentation de présélection devait mentionner les lois et réglementations directement applicables à la

procédure de présélection. Dans ce cas, le Groupe de travail avait décidé de supprimer cette condition et de disposer que l'entité adjudicatrice devait être prête à expliquer à tout entrepreneur ou fournisseur qui en faisait la demande les pratiques et procédures pertinentes (voir A/CN.9/331, par. 76, et voir la modification de la disposition en question à l'article 16-3 bis du présent projet). Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il souhaite adopter une approche similaire à propos de cet alinéa.

<sup>34</sup>Voir A/CN.9/331, par. 98.

<sup>35</sup>Voir A/CN.9/331, par. 99. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si la question visée à l'alinéa u est déjà traitée à l'alinéa f et si la stipulation de l'alinéa w est utile ou souhaitable.

<sup>36</sup>Voir A/CN.9/331, par. 99 et 176. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si cette disposition est utile ou souhaitable. Pour ce qui est de l'exigence de l'approbation, voir la note 1 de l'article 6.

<sup>37</sup>Voir A/CN.9/331, par. 177.

<sup>38</sup>Voir A/CN.9/331, par. 201.

\* \* \*

#### Article 19. Prix facturé pour le dossier d'appel d'offres

L'entité adjudicatrice peut faire payer aux entrepreneurs et fournisseurs le dossier d'appel d'offres<sup>1</sup> qui leur est fourni. La somme demandée ne doit refléter que le coût de l'impression du dossier d'appel d'offres et de sa distribution aux entrepreneurs et fournisseurs.

<sup>1</sup>Voir la note 1 relative au titre de la Section IV.

\* \* \*

#### Article 20. Règles concernant la description des biens ou des travaux dans la documentation de présélection et dans le dossier d'appel d'offres; langue de la documentation de présélection et du dossier d'appel d'offres<sup>1</sup>

1) Dans la documentation de présélection ou dans le dossier d'appel d'offres<sup>2</sup>, les spécifications, plans, dessins et modèles décrivant les caractéristiques techniques ou les normes de qualité des biens ou des travaux [ou des services]<sup>3</sup> requis, les conditions relatives aux essais et méthodes d'essais, à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage, ou aux certificats de conformité et les symboles ou les termes utilisés n'auront pas pour objet de créer des obstacles [injustifiés]<sup>4</sup> à la participation d'entrepreneurs ou fournisseurs à la procédure d'appel d'offres et, notamment, dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international, à la participation d'entrepreneurs et fournisseurs étrangers; il ne sera en outre pas recouru à des spécifications, plans, dessins, modèles, conditions, symboles ou termes ayant pour effet de créer des obstacles injustifiés à une telle participation.

2) Dans la mesure du possible, les spécifications, plans, dessins, modèles et conditions sont fondés sur les caractéristiques techniques objectives et normes de qualité pertinentes des biens, des travaux [ou des services] requis. Ces documents ne stipulent ni ne mentionnent de marque commerciale, appellation, brevet, conception, type, origine ou producteur particuliers, à moins qu'il n'y ait aucun autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques des biens ou de la construction à fournir et à condition que soient ajoutés des mots tels que "ou son équivalent".

3 a) Pour la formulation des spécifications, plans, dessins et modèles, la documentation de présélection et le dossier d'appel d'offres utilisent, lorsqu'il en existe, des expressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques et normes de qualité des biens ou des travaux requis;

b) Des termes commerciaux normalisés sont utilisés, lorsqu'il en existe, pour la formulation des conditions du marché qui sera conclu comme suite à la procédure d'appel d'offres et pour la formulation d'autres aspects pertinents de la documentation de présélection et de la documentation relative au marché;

c) [supprimé]<sup>3</sup>

4) Dans le cas d'une procédure d'appel d'offres international, la documentation de présélection et le dossier d'appel d'offres sont établis dans . . . (chaque Etat adoptant la Loi type spécifie sa langue ou ses langues officielles) (et dans une langue d'usage courant dans le commerce international). (En cas de divergence ou de conflit entre les versions linguistiques, la version établie dans la langue d'usage courant dans le commerce international prévaut.)<sup>6</sup>

<sup>1</sup>Voir A/CN.9/331, par. 103.

<sup>2</sup>Voir la note 1 relative au titre de la Section IV.

<sup>3</sup>Pour ce qui est des références aux services dans ce paragraphe et dans le reste de l'article, voir la note 8 de l'article 2.

<sup>4</sup>Voir A/CN.9/331, par. 105.

<sup>5</sup>Voir A/CN.9/331, par. 108.

<sup>6</sup>Comme il est expliqué au paragraphe 2 du commentaire de l'article 20 dans le premier projet, la référence à une langue d'usage courant dans le commerce international et la dernière phrase ont été placées entre parenthèses parce qu'elles n'ont pas à être adoptées par un Etat dont la langue officielle serait une langue d'usage courant dans le commerce international. Conformément aux suggestions faites au paragraphe 109 du document A/CN.9/331, cette disposition pourrait être modifiée et indiquer que l'Etat adoptant la Loi type doit désigner une langue ou des langues particulières d'usage courant dans le commerce international en disposant que "chaque Etat adoptant la Loi type spécifie sa langue ou ses langues officielles et une ou plusieurs langues additionnelles d'usage courant dans le commerce international".

\* \* \*

Article 21. [supprimé]<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Voir A/CN.9/331, par. 114.

\* \* \*

Article 22. *Clarification et modification du dossier d'appel d'offres*<sup>1</sup>

1) L'entrepreneur ou fournisseur désireux d'obtenir des éclaircissements sur le dossier d'appel d'offres communique sa demande à l'entité adjudicatrice. Celle-ci répond promptement à toute demande d'éclaircissements qu'elle reçoit avant la date limite de soumission des offres. La réponse de l'entité adjudicatrice, n'identifiant pas la source de la demande, est communiquée à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a transmis le dossier d'appel d'offres.<sup>2</sup>

2) A tout moment avant la date limite de soumission des offres, l'entité adjudicatrice peut, pour toute raison, soit de

sa propre initiative, soit en réponse à une demande d'éclaircissements adressée par un entrepreneur ou fournisseur, modifier le dossier d'appel d'offres en publiant un additif à condition que ce droit ait été spécifié dans le dossier d'appel d'offres<sup>3</sup>. Ledit additif est communiqué promptement à tous les entrepreneurs ou fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé le dossier d'appel d'offres et a pour eux force obligatoire.

3) Toute demande d'éclaircissements et toute réponse adressée par l'entité adjudicatrice, ainsi que tout additif au dossier d'appel d'offres sont faits par écrit ou sous toute autre forme permettant de conserver un enregistrement de la demande, de la réponse ou de l'additif. [Toutefois, une demande d'éclaircissements ou une réponse à une telle demande peuvent être communiquées par téléphone, à condition qu'immédiatement après, une confirmation de la demande ou de la réponse, selon le cas, soit communiquée au destinataire de la demande ou de la réponse, par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en conserver un enregistrement.]<sup>4</sup>

4) Si l'entité adjudicatrice organise une réunion d'entrepreneurs et de fournisseurs, elle établit un procès-verbal de la réunion indiquant les demandes d'éclaircissements présentées à la réunion à propos du dossier d'appel d'offres, sans identifier les sources des demandes, ainsi que ses réponses auxdites demandes. Le procès-verbal est établi par écrit, ou sous toute autre forme permettant de conserver un enregistrement des renseignements qui y figurent et est fourni<sup>5</sup> à tous les entrepreneurs et fournisseurs auxquels l'entité adjudicatrice a soumis le dossier d'appel d'offres.

<sup>1</sup>Pour ce qui est de la référence au dossier d'appel d'offres dans ce paragraphe et dans le reste de l'article, voir la note 1 relative au titre de la Section IV.

<sup>2</sup>Les mots "des copies de", qui figuraient au début de cette phrase dans le premier projet, ont été supprimés, car ils pourraient laisser entendre que la réponse doit obligatoirement être par écrit (voir le paragraphe 3).

<sup>3</sup>Voir A/CN.9/331, par. 115. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si cette condition est utile ou souhaitable.

<sup>4</sup>Voir A/CN.9/331, par. 117.

<sup>5</sup>Le mot "fourni" remplace le mot "communiqué" qui figurait dans le premier projet.

\* \* \*

## Section V. Offres

Article 23. *Langue des offres*

*Les offres peuvent être établies et soumises dans toute langue dans laquelle le dossier d'appel d'offres a été publié.*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Voir document A/CN.9/331, par. 119. L'entité adjudicatrice ne peut interdire aux entrepreneurs ou fournisseurs de soumettre leur offre dans une langue dans laquelle le dossier d'appel d'offres a été publié; mais elle peut autoriser la soumission d'offres rédigées dans d'autres langues.

\* \* \*

Article 24. *Soumission des offres*

1) L'entité adjudicatrice fixe une date et une heure données, qui constituent la date limite pour la soumission des offres. Cette date limite est fixée de manière à laisser suffisamment de temps aux entrepreneurs et aux fournisseurs pour préparer et soumettre leurs offres, compte tenu en particulier, dans le cas de la procédure d'appel d'offres international, des délais *raisonnablement* requis par les entrepreneurs et fournisseurs étrangers, et à tenir compte des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice<sup>1</sup>.

2) Si l'entité adjudicatrice publie une clarification ou modification du dossier d'appel d'offres avant la date limite de soumission des offres en vertu de l'article 22, elle reporte ladite date limite si cela est nécessaire afin que les entrepreneurs et fournisseurs disposent d'un délai raisonnable pour tenir compte de la clarification ou modification dans leur offre<sup>2</sup>.

2 bis) L'entité adjudicatrice peut, avant la date limite de soumission des offres, reporter ladite date limite si, en raison de circonstances imprévues, il n'est pas possible aux entrepreneurs ou fournisseurs de soumettre leurs offres avant la date limite<sup>3</sup>.

2 ter) La notification de tout report de la date limite donnée promptement par écrit ou par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de l'information, à chaque entrepreneur et fournisseur auquel l'entité adjudicatrice a envoyé le dossier d'appel d'offres.<sup>4</sup> [Toutefois, le report de la date limite peut être notifié par téléphone sous réserve qu'immédiatement après, confirmation en soit communiquée aux entrepreneurs et fournisseurs par écrit ou par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de la confirmation.]<sup>5</sup>

3) Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de soumission des offres n'est pas ouverte ni examinée et est renvoyée à l'entrepreneur ou au fournisseur qui l'a soumise.<sup>6</sup>

4) Les offres sont soumises par écrit, dans des enveloppes scellées. [Toutefois, l'entité adjudicatrice peut autoriser les entrepreneurs et fournisseurs à soumettre leur offre par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement des informations figurant dans l'offre.]<sup>7</sup> L'entité adjudicatrice délivre à l'entrepreneur ou au fournisseur un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles l'offre a été reçue.

<sup>1</sup>Le mot "raisonnablement" a été ajouté par le Secrétariat pour créer un parallélisme entre l'obligation des entrepreneurs et des fournisseurs et celle de l'entité adjudicatrice. Les mots soulignés à la fin de la phrase ont été ajoutés pour tenir compte de l'opinion exprimée au paragraphe 120 du document A/CN.9/331.

<sup>2</sup>Voir A/CN.9/331, par. 115 et 121. Le Groupe de travail pourra vouloir se demander si exiger le report de la date limite dans des circonstances qui ne sont définies qu'en termes généraux ("si cela est nécessaire afin que les entrepreneurs et fournisseurs disposent d'un délai raisonnable") ne risque pas d'être source de contestations et de procès, et s'il est préférable de laisser l'entité adjudicatrice, comme le faisait le texte initial, apprécier si la date limite doit être reportée. Pour ce qui est de la référence au dossier d'appel d'offres dans ce paragraphe et d'autres paragraphes de l'article, voir le titre de la Section IV, note 1.

<sup>3</sup>Cette phrase constituait le sous-alinéa ii de l'alinéa a du paragraphe 2 du projet initial. On en a fait un paragraphe distinct pour tenir compte

de la modification apportée au sous-alinéa i de l'alinéa a du paragraphe 2 du texte initial (le paragraphe 2 dans le texte actuel).

<sup>4</sup>Cette phrase constituait l'alinéa b du paragraphe 2 du projet initial. Elle a été légèrement remaniée et placée dans un paragraphe distinct pour tenir compte de la modification apportée au sous-alinéa i de l'alinéa a du paragraphe 2 du projet initial (le paragraphe 2 dans le texte actuel).

<sup>5</sup>Voir A/CN.9/331, par. 117.

<sup>6</sup>Conformément au paragraphe 123 du document A/CN.9/331, la phrase qui stipulait qu'une offre soumise après la date limite peut être examinée si l'entrepreneur ou le fournisseur n'a pu soumettre son offre à temps a été supprimée.

<sup>7</sup>Comme expliqué au paragraphe 4 du commentaire à l'article 24 dans le projet initial, cette phrase a été placée entre crochets pour que le Groupe de travail se prononce sur son maintien éventuel, et elle sera supprimée si le Groupe de travail ne se prononce pas expressément. Si on la garde, il peut être souhaitable de préciser que la faculté qu'elle ouvre doit être prévue dans le dossier d'appel d'offres.

\* \* \*

Article 25. *Période de validité des offres; modification et retrait des offres*

1) Les offres restent valides durant le délai spécifié dans le dossier d'appel d'offres.<sup>1</sup> La période de validité commence dès la date limite de soumission des offres.

2 a) Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut, dans des circonstances exceptionnelles,<sup>2</sup> prier les entrepreneurs ou fournisseurs de prolonger cette période d'un délai supplémentaire donné. L'entrepreneur ou le fournisseur peuvent refuser cette demande sans renoncer à leur garantie de soumission, et leur offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité non prolongée.<sup>3</sup> La demande et les réponses sont faites par écrit ou par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de l'information. [Toutefois, demande et réponses peuvent être faites par téléphone sous réserve qu'immédiatement après, confirmation en soit communiquée au destinataire par écrit ou par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de cette confirmation.]<sup>4</sup>

b) L'entité adjudicatrice prie<sup>5</sup> les entrepreneurs et fournisseurs acceptant une telle prolongation de prolonger ou de faire prolonger la durée de validité de leur garantie de soumission ou, si cela est impossible, d'obtenir une nouvelle garantie de soumission portant sur la période supplémentaire de validité de leur offre.

3) [L'entrepreneur ou le fournisseur peuvent modifier ou retirer leur offre avant la date limite de soumission des offres en communiquant à l'entité adjudicatrice, par écrit ou par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de l'information, leur modification ou un avis de retrait. La modification ou l'avis de retrait produisent leurs effets s'ils sont reçus par l'entité adjudicatrice avant la date limite de soumission des offres.]<sup>6</sup>

<sup>1</sup>Voir titre de la Section IV, note 1.

<sup>2</sup>Voir document A/CN.9/331, par. 124. Le Groupe de travail pourra vouloir se demander si le risque de litiges et de procès que crée cette condition lui ôte son utilité.

<sup>3</sup>Voir A/CN.9/331, par. 124.

<sup>4</sup>Voir A/CN.9/331, par. 117.

<sup>5</sup>Les mots "peut prier" ont été remplacés par "prie" conformément au paragraphe 125 du document A/CN.9/331. Le Groupe de travail pourra

vouloir examiner s'il est préférable de laisser l'entité adjudicatrice apprécier si la validité des garanties de soumission doit ou non être prorogée.

<sup>4</sup>Ce paragraphe a été légèrement remanié par le Secrétariat et placé entre crochets pour tenir compte des opinions divergentes formulées au paragraphe 126 du document A/CN.9/331. A moins que le Groupe de travail n'en décide autrement, ce paragraphe sera conservé dans son libellé actuel.

## Section VI. Garanties de soumission

### Article 26. Garanties de soumission

1) Si l'entité adjudicatrice demande aux entrepreneurs et fournisseurs soumettant une offre de fournir une garantie de soumission :

a) cette condition s'applique à tous les entrepreneurs et fournisseurs;

b) en cas de procédure d'appel d'offres international, il ne sera pas interdit à un entrepreneur ou fournisseur de fournir une garantie de soumission émise par une institution ou entité étrangère, si la garantie de soumission et l'institution ou l'entité satisfont par ailleurs aux conditions légitimes énoncées dans le dossier d'appel d'offres, à moins que l'émission de la garantie par l'institution ou l'entité ne soit contraire à une loi du (présent Etat) relative à l'émission de garanties du type en question ou relative à l'exercice par l'institution ou l'entité d'une activité commerciale dans (le présent Etat);<sup>1</sup>

c) le dossier d'appel d'offres peut stipuler que l'institution ou l'entité qui émet la garantie de soumission doit être agréée par l'entité adjudicatrice;<sup>2</sup>

d) l'entité adjudicatrice exige dans le dossier d'appel d'offres que la garantie de soumission contienne des dispositions l'habilitant à réclamer le montant de la garantie si l'entrepreneur ou le fournisseur qui l'a fournie :

- i) retire ou modifie son offre en violation des dispositions de l'article 25;
- ii) n'accepte pas la correction d'une erreur arithmétique dans son offre et son offre est rejetée en application de l'article 28-2 b; ou
- iii) ne signe pas le marché si l'entité adjudicatrice lui demande de le faire, ou ne fournit pas la garantie requise pour l'exécution du marché si son offre a été acceptée.<sup>3</sup>

2) L'entité adjudicatrice ne réclame pas le montant de la garantie de soumission et retourne ou fait retourner sans délai ladite garantie à l'entrepreneur ou au fournisseur l'ayant fournie, après que se produit le premier des faits suivants :

- a) expiration de la garantie de soumission;
- b) entrée en vigueur d'un marché et fourniture d'une garantie de bonne exécution du marché, si une telle garantie est requise;
- c) clôture de la procédure d'appel d'offres sans qu'un marché entre en vigueur, ou<sup>4</sup>
- d) retrait de l'offre pour laquelle la garantie de soumission a été fournie lorsque ce retrait est permis.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>Voir A/CN.9/331, par. 129 et 131. Par souci de clarté, ce paragraphe a été remanié dans sa forme.

<sup>2</sup>Voir A/CN.9/331, par. 129. Bien que le Groupe de travail ait décidé que la teneur de cette disposition devait être incorporée dans un alinéa b remanié, on en a fait un alinéa distinct pour que dans tous les cas (c'est-à-dire même si le marché est purement national), l'entité adjudicatrice puisse exiger que l'entité qui émet la garantie de soumission reçoive son agrément.

<sup>3</sup>Voir A/CN.9/331, par. 135. Le Groupe de travail pourra vouloir examiner s'il est préférable de laisser l'entité adjudicatrice apprécier en quels termes la garantie de soumission doit définir les circonstances dans lesquelles cette garantie peut être réclamée.

<sup>4</sup>Cette disposition remplace celle qui figurait dans le projet initial ("rejet par l'entité adjudicatrice de toutes les offres en application du paragraphe 2 ou 3 de l'article 28 ou de l'article 29"). Le libellé actuel englobe toutes les situations envisagées dans le texte précédent tout en tenant compte de la proposition de mentionner la date de clôture de la procédure d'appel d'offres formulée au paragraphe 133 du document A/CN.9/331.

<sup>5</sup>Voir A/CN.9/331, par. 133.

\* \* \*

## Section VII. Ouverture, examen, évaluation et comparaison des offres

### Article 27. Ouverture des offres

1) Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier d'appel d'offres comme étant la date limite de soumission des offres, ou à la date à laquelle cette date limite a été reportée, à l'endroit et de la manière prévue dans ledit dossier d'appel d'offres.<sup>1</sup>

2) Tous les entrepreneurs et fournisseurs qui ont soumis une offre sont autorisés à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres.

3) Les nom et adresse de chaque entrepreneur ou fournisseur dont l'offre est ouverte ainsi que le prix soumissionné sont annoncés aux personnes présentes à l'ouverture des offres [communiqués à tous les entrepreneurs et fournisseurs qui ont soumis une offre mais ne sont pas présents ni représentés à l'ouverture des offres.] et consignés immédiatement dans le compte rendu de la procédure d'appel d'offres prévu à l'article 33].<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Voir A/CN.9/331, par. 137, et titre de la Section IV, note 1.

<sup>2</sup>Ces ajouts ont été faits en réponse à une suggestion et une proposition faites au paragraphe 142 du document A/CN.9/331. Le Groupe de travail pourra vouloir se demander s'il est utile ou souhaitable d'exiger que les informations soient communiquées aux entrepreneurs et fournisseurs absents.

\* \* \*

### Article 28. Examen, évaluation et comparaison des offres

1 a) Afin de faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, l'entité adjudicatrice peut prier les entrepreneurs et fournisseurs de donner des éclaircissements sur leurs offres. Toute demande d'éclaircissements et toute réponse à ladite demande se font par écrit ou sous toute autre forme permettant de conserver un enregistrement des informations données. [Néanmoins, demandes ou réponses peuvent être faites par téléphone sous réserve qu'immédiatement après, confirmation en soit communiquée au destinataire par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en conserver un enregistrement.]<sup>1</sup> Aucune

modification du prix soumissionné ou de tout autre aspect important de l'offre n'est demandée, proposée ou autorisée, sauf en application des dispositions de l'alinéa b.

b) L'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui apparaissent dans une offre.<sup>2</sup>

2) L'entité adjudicatrice rejette une offre :

a) si l'entrepreneur ou fournisseur l'ayant soumise n'a pas les qualifications requises, sous réserve des dispositions de l'article 8-3;<sup>3</sup>

b) si l'entrepreneur ou fournisseur l'ayant soumise n'accepte pas la correction d'une erreur arithmétique en application du paragraphe 1 b;

c) si l'offre n'est pas conforme;<sup>4</sup>

d) si elle reçoit cette offre après la date limite de soumission des offres].<sup>5</sup>

3) [Sous réserve d'approbation,] l'entité adjudicatrice peut rejeter une offre si l'entrepreneur ou le fournisseur l'ayant soumise propose, donne ou convient de donner à tout fonctionnaire ou employé ou ancien fonctionnaire ou employé de l'entité adjudicatrice une gratification pécuniaire ou autre, un emploi ou toute autre chose ou service de valeur pour influencer sur un acte, une décision ou une procédure de l'autorité adjudicatrice dans le cadre de la procédure d'appel d'offres. Le rejet de l'offre et les motifs de celui-ci sont consignés dans le compte rendu de la procédure d'appel d'offres.<sup>6</sup>

4) L'entité adjudicatrice peut considérer une offre comme conforme même si celle-ci ne comporte que des écarts mineurs ne modifiant pas substantiellement les caractéristiques, conditions et autres exigences énoncées dans le dossier d'appel d'offres. Ces écarts autorisés sont quantifiés et pris en compte comme il convient lors de l'évaluation et de la comparaison des offres.<sup>7</sup>

5) [supprimé]<sup>8</sup>

6) [supprimé]<sup>9</sup>

7 a) L'entité adjudicatrice évalue et compare les offres qui n'ont pas été rejetées en application des paragraphes 2 ou 3 afin de déterminer l'offre la plus économique, telle que celle-ci est définie à l'alinéa c<sup>10</sup>, conformément aux procédures et critères énoncés dans le dossier d'appel d'offres. Aucun critère qui n'a pas été énoncé dans le dossier d'appel d'offres ne peut être utilisé.<sup>11</sup>

b) [supprimé]<sup>12</sup>

c) L'offre la plus économique est soit :

i) l'offre présentant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa e du présent paragraphe, ou

ii) l'offre évaluée la plus basse,<sup>13</sup> ce qui sera déterminé sur la base de critères objectifs et quantifiables dans la mesure du possible, y compris, outre le prix soumissionné, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa e du présent paragraphe, des critères tels que les suivants :

coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux durant leur vie utile prévue; caractéristiques fonctionnelles des biens, travaux [ou services]; efficacité et productivité des biens, travaux [ou services]; délai dans lequel les biens doivent être livrés, les travaux achevés [ou les services fournis]; conditions de paiement; et conditions de garantie de qualité des biens, travaux [ou services].<sup>14</sup>

d) Outre les critères visés à l'alinéa c ii du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice peut appliquer des critères concernant l'effet de l'offre sur la balance des paiements ou les réserves de devises du (présent Etat); la mesure dans laquelle les entreprises, la main-d'œuvre, les industries, les régions ou les secteurs économiques du (présent Etat) tireront économiquement profit de l'offre; ou la mesure dans laquelle les entreprises ou la main-d'œuvre dans le (présent Etat) acquerraient des compétences ou des informations technologiques, opérationnelles ou relatives à la production ou la gestion, ou des informations ou compétences similaires. Dans la mesure du possible, de tels critères seront énoncés dans le dossier d'appel d'offres en termes objectifs et quantifiables.<sup>15</sup>

e) Lors de l'évaluation et de la comparaison des offres, l'entité adjudicatrice peut accorder une marge de préférence aux offres de travaux soumises par des entrepreneurs et fournisseurs nationaux ou aux offres de biens produits localement. La marge de préférence est appliquée en déduisant du prix soumissionné de toutes les offres autres que celles bénéficiant de la marge de préférence les droits et taxes d'importation et les taxes sur la vente et taxes similaires perçues à l'occasion de la fourniture des biens [ou des services] ou des travaux, et en ajoutant au prix soumissionné ainsi obtenu le montant de la marge de préférence prévue dans la réglementation relative aux marchés ou celui des droits d'importations effectifs, si celui-ci est inférieur.<sup>16</sup>

8) Lorsque les prix soumissionnés sont exprimés dans deux monnaies ou plus, ils sont [pour toutes les offres] convertis dans [la même] monnaie aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres.<sup>17</sup>

8 bis) L'entité adjudicatrice exige, lorsqu'elle a ouvert une procédure de présélection en application de l'article 16, et peut exiger lorsqu'elle n'a pas ouvert une telle procédure de l'entrepreneur ou du fournisseur ayant soumis l'offre jugée la plus économique au sens de l'article 28-7 c qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article 8. Les critères et procédures à utiliser pour cette confirmation sont énoncés dans le dossier d'appel d'offres. Si une procédure de présélection a été ouverte, les critères sont ceux utilisés aux fins de cette procédure.<sup>18</sup>

9) Les informations relatives à l'examen, la clarification, l'évaluation et la comparaison des offres ne sont pas divulguées aux entrepreneurs ou fournisseurs, ni à toute autre personne ne participant pas officiellement à l'examen, à l'évaluation et à la comparaison des offres ou n'intervenant pas<sup>19</sup> dans le choix de l'offre à retenir, sous réserve des dispositions de l'article 33-2.

10) [supprimé]<sup>20</sup><sup>1</sup>Voir A/CN.9/331, par. 117.

<sup>2</sup>Voir A/CN.9/331, par. 145. Cet alinéa a été placé entre crochets compte tenu du débat relaté au paragraphe 146 du document A/CN.9/331. Il sera maintenu sous sa forme actuelle à moins que le Groupe de travail n'en décide autrement. La deuxième phrase du texte initial ("Toute correction de cet ordre a force obligatoire pour l'entrepreneur ou le fournisseur ayant soumis l'offre, s'il l'accepte") a été supprimée par le Secrétariat étant donné que ce point semble couvert par l'alinéa b du paragraphe 2.

<sup>3</sup>Comme suite à la proposition figurant au paragraphe 45 du document A/CN.9/331, on a supprimé toute référence aux "conditions d'aptitude". La référence à l'article 8-3 corrige une erreur typographique. Les crochets entre lesquels cette référence était placée dans le texte initial ont été supprimés du fait qu'on a décidé de conserver l'article 8-3 (voir art. 8, note 14).

<sup>4</sup>La référence au paragraphe 6 a été supprimée, ledit paragraphe 6 l'ayant été. La référence à l'article 29-1 a qui figurait dans le premier projet résultait d'une erreur typographique, c'est l'article 30-1 a qui aurait dû être visé. Mais comme cette disposition a été supprimée, on a supprimé la référence.

<sup>5</sup>Cet alinéa a été ajouté pour donner effet à la proposition figurant au paragraphe 150 du document A/CN.9/331. Le Groupe de travail pourra vouloir examiner s'il est préférable que l'entité adjudicatrice doit retourner les soumissions tardives sans les avoir ouvertes, comme le prévoit actuellement l'article 24-3, plutôt que les conserver et les rejeter en application de l'article 28-2. Si tel est le cas, l'alinéa d devrait être supprimé.

<sup>6</sup>Voir A/CN.9/331, par. 152. Pour ce qui est de l'exigence d'une approbation, voir article 6, note 1.

<sup>7</sup>Comme suite à la décision consignée au paragraphe 156 du document A/CN.9/331, la première phrase de cette disposition, qui constituait l'alinéa a du texte antérieur, a été transférée à l'article 2 j; la suite de l'alinéa a été légèrement remaniée et l'alinéa b a été supprimé.

<sup>8</sup>Voir A/CN.9/331, par. 159.<sup>9</sup>Voir A/CN.9/331, par. 164.

<sup>10</sup>Conformément aux paragraphes 92 et 166 du document A/CN.9/331, l'expression "l'offre la plus économique" remplace l'expression "l'offre la plus avantageuse", et on a ajouté une référence à l'alinéa c.

<sup>11</sup>Voir A/CN.9/331, par. 169.<sup>12</sup>Voir A/CN.9/331, par. 167.

<sup>13</sup>L'expression "l'offre évaluée la plus basse" remplace l'expression "l'offre la plus avantageuse économiquement", une conséquence de la substitution de l'expression "l'offre la plus économique" à l'expression "l'offre la plus avantageuse".

<sup>14</sup>La clause qui figurait à la fin de cet alinéa a été supprimée conformément au paragraphe 68 du document A/CN.9/331. Pour ce qui est de la référence aux services dans cet alinéa et dans d'autres dispositions de l'article, voir article 2, note 8.

<sup>15</sup>Voir A/CN.9/331, par. 172.

<sup>16</sup>Voir A/CN.9/331, par. 173. L'approche adoptée est conforme à celle suivie par plusieurs institutions financières internationales. Le Groupe de travail pourra vouloir examiner si c'est plutôt dans la réglementation relative aux marchés que les questions envisagées dans cette disposition devraient être traitées.

<sup>17</sup>Voir A/CN.9/331, par. 174.

<sup>18</sup>Voir A/CN.9/331, par. 70, 73 et 78. Pour ce qui est de l'opinion exprimée au paragraphe 78 du document A/CN.9/331 selon laquelle le paragraphe devrait indiquer ce qui se passerait si les qualifications de l'entrepreneur ou du fournisseur n'étaient pas confirmées, il semble clair que dans un tel cas l'offre devrait être rejetée en application de l'article 28-2 a et que les dispositions de l'article 7-2 b s'appliqueraient. Le Groupe de travail pourra vouloir indiquer s'il est nécessaire de le préciser dans la disposition.

<sup>19</sup>Ajouté par le Secrétariat par souci de clarté.<sup>20</sup>Voir A/CN.9/331, par. 176.

\* \* \*

## Article 29. Rejet de toutes les offres

1) [Sous réserve d'approbation,] [et si le dossier d'appel d'offres le prévoit,] l'entité adjudicatrice peut, à

tout moment avant l'acceptation d'une offre, rejeter toutes les offres pour n'importe quel motif, à condition que ce ne soit pas à la seule fin d'engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence ou à des fins frauduleuses.<sup>1</sup>

*I bis) Si l'entité adjudicatrice rejette toutes les offres au motif que tous les prix soumissionnés dépassent substantiellement un prix estimatif qu'elle a fixé avant le commencement de la procédure d'appel d'offres, elle peut soit engager une nouvelle procédure d'appel d'offres en modifiant les spécifications relatives aux caractéristiques techniques ou qualitatives des biens, travaux [ou services] requis, ou [, sous réserve d'approbation] engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence avec l'entrepreneur ou le fournisseur qualifié qui a soumis l'offre la plus économique au sens de l'article 28-7 c.<sup>2</sup>*

2) L'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis des offres du simple fait qu'elle invoque le paragraphe 1. L'entité adjudicatrice communique à tout entrepreneur ou fournisseur ayant soumis une offre qui en fait la demande les motifs pour lesquels elle a rejeté toutes les offres, mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs.<sup>3</sup>

3) L'avis de rejet de toutes les offres conformément au présent article est donné promptement, par écrit ou par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de l'information, à tous les entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis une offre. [Toutefois, cet avis peut être donné par téléphone sous réserve qu'immédiatement après il soit confirmé par écrit ou par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de cette confirmation.]<sup>4</sup>

<sup>1</sup>Voir A/CN.9/331, par. 177, 180 et 182. Pour ce qui est de la nécessité d'obtenir une approbation prévue dans ce paragraphe et dans d'autres paragraphes de l'article, voir article 6, note 1. Le mot "seule" vise à indiquer qu'en application du paragraphe 1 bis (ajouté conformément au paragraphe 182 du document A/CN.9/331), l'entité adjudicatrice peut rejeter toutes les offres au motif que toutes dépassent un prix estimatif, et que dans un tel cas elle peut engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence. Le Groupe de travail pourra vouloir examiner s'il est utile ou souhaitable d'exiger que le droit de rejeter toutes les offres soit réservé dans le dossier d'appel d'offres. Le Secrétariat a apporté des modifications rédactionnelles mineures à ce paragraphe pour le rendre plus clair.

<sup>2</sup>Voir A/CN.9/331, par. 182. Le Groupe de travail notera que le cas où toutes les offres sont rejetées parce que leur prix dépasse un prix estimatif est le seul cas dans lequel les dispositions spéciales de ce paragraphe s'appliquent. Dans tous les autres cas de rejet de toutes les offres, l'entité adjudicatrice doit appliquer les dispositions de l'article 7; elle peut engager une nouvelle procédure d'appel d'offres (sans être tenue de modifier les spécifications) ou, dans les cas visés à l'article 7-2, engager une procédure de négociation avec appel à la concurrence. Le Groupe de travail pourra vouloir examiner si la situation envisagée dans ce paragraphe devrait être elle aussi régie par les dispositions de l'article 7. De plus, pour ce qui est de la question des prix estimatifs, le Groupe de travail pourra vouloir se souvenir qu'il avait désapprouvé la pratique consistant à fixer un prix maximum ou minimum ou une fourchette de prix (A/CN.9/331, par. 89 et 182), et se demander s'il est souhaitable que la Loi type se réfère à des prix estimatifs.

<sup>3</sup>Voir A/CN.9/331, par. 181.<sup>4</sup>Voir A/CN.9/331, par. 117.

\* \* \*

### Article 30. *Négociations avec les entrepreneurs et fournisseurs*

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un entrepreneur ou fournisseur à propos d'une offre soumise par ledit entrepreneur ou fournisseur, sous réserve des dispositions de l'article 29-1 bis et de l'article 31-4.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Les alinéas 1 a et b du paragraphe 1 et le paragraphe 2 ont été supprimés conformément aux paragraphes 182 et 183 du document A/CN.9/331. L'opinion qui a prévalu au sein du Groupe de travail et qui est reflétée au paragraphe 184 de ce document était qu'il fallait conserver le chapeau du paragraphe 1 mais le placer ailleurs dans la Loi type. On l'a laissé à l'article 30 dans le texte du présent projet car on n'a pas trouvé d'endroit où il serait mieux à sa place. Les mots soulignés ont été ajoutés compte tenu de l'addition d'un paragraphe 1 bis à l'article 29 et de la référence aux négociations à l'article 31-4.

\* \* \*

### Section VIII. *Procédure d'appel d'offres en deux étapes*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Voir A/CN.9/331, par. 186.

\* \* \*

### Article 31. *Procédure d'appel d'offres en deux étapes*

1) [Sous réserve d'approbation,]<sup>1</sup> l'entité adjudicatrice peut recourir aux méthodes prévues dans le présent article si :

a) *au lieu de formuler des spécifications détaillées en ce qui concerne les biens, les travaux [ou les services], elle sollicite des propositions d'entrepreneurs et de fournisseurs pour obtenir les techniques les plus avancées ou les plus appropriées ou pour obtenir la solution la mieux à même de satisfaire ses besoins*<sup>2</sup>; ou si

b) *en raison de la nature des biens, travaux [ou services], elle est dans l'impossibilité de formuler des spécifications techniques détaillées.*<sup>2</sup>

2) Les dispositions du chapitre II de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres dans lesquelles les méthodes décrites dans le présent article sont employées, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

3) Dans le dossier d'appel d'offres, qui est établi conformément aux articles 18 et 20 de la présente Loi, les entrepreneurs et fournisseurs sont priés de soumettre des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. Le dossier d'appel d'offres peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres des biens, travaux [ou services] que les conditions contractuelles de leur fourniture.<sup>3</sup>

4) L'entité adjudicatrice peut engager des négociations<sup>4</sup> avec tout entrepreneur ou fournisseur dont l'offre n'a pas été rejetée en application du paragraphe 2 ou 3 de l'article 28 ou de l'article 29 à propos de tout aspect de son offre.

5) L'entité adjudicatrice invite les entrepreneurs et fournisseurs dont l'offre n'a pas été rejetée à soumettre des offres finales accompagnées d'un prix. L'entité adjudicatrice peut supprimer ou modifier tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives des biens, travaux [ou services] requis énoncés dans le dossier d'appel d'offres, [et tout critère énoncé dans ledit dossier en vue de l'évaluation et de la comparaison des offres et de l'identification de l'offre la plus économique,] et elle peut ajouter de nouvelles caractéristiques [ou de nouveaux critères] conformes à la présente Loi. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des entrepreneurs et fournisseurs dans l'invitation de soumettre leur offre finale qui leur est adressée.<sup>5</sup> L'entrepreneur ou le fournisseur ne souhaitant pas soumettre une offre finale peut se retirer de la procédure d'appel d'offres [sans perdre sa garantie de soumission]<sup>6</sup>. Les offres finales sont évaluées et comparées en vue de déterminer laquelle est la plus économique au sens de l'article 28-7 c.<sup>7</sup>

6) L'entité adjudicatrice inclut dans le compte rendu<sup>8</sup> prévu à l'article 33 un état des circonstances justifiant l'invocation du paragraphe 1 du présent article, et spécifiant les faits pertinents.

<sup>1</sup>Voir article 6, note 1.

<sup>2</sup>Voir A/CN.9/331, par. 185 et 188. En ce qui concerne les références aux services dans ce paragraphe et dans les autres paragraphes de l'article, voir article 2, note 8.

<sup>3</sup>La référence aux articles 18 et 20 a été ajoutée conformément au paragraphe 189 du document A/CN.9/331. La deuxième phrase du paragraphe a été ajoutée conformément au paragraphe 188 du même document. Pour ce qui est de la référence au dossier d'appel d'offres, voir le titre de la Section IV, note 1.

<sup>4</sup>Voir A/CN.9/331, par. 191. Le mot "article" a été ajouté dans le texte anglais pour le rendre plus clair.

<sup>5</sup>Voir A/CN.9/331, par. 190 et 192.

<sup>6</sup>La référence à la garantie de soumission a été placée entre crochets conformément à la proposition figurant au paragraphe 192 du document A/CN.9/331.

<sup>7</sup>Conformément aux paragraphes 92 et 166 du document A/CN.9/331, l'expression "l'offre la plus économique" remplace "l'offre la plus avancée", et la référence à l'article 28-7 c a été ajoutée conformément au paragraphe 189 du document A/CN.9/331.

<sup>8</sup>Conformément au paragraphe 207 du document A/CN.9/331, le mot "compte rendu" remplace le mot "procès-verbal".

\* \* \*

### Section IX. *Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché; compte rendu de la procédure d'appel d'offres*<sup>1</sup>

#### Article 32. *Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché*

1) L'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre la plus économique au sens de l'article 28-7 c est acceptée<sup>2</sup>. Toutefois, si l'entrepreneur ou le fournisseur ayant soumis cette offre est requis de confirmer ses qualifications en application de l'article 28-8 bis, son offre n'est acceptée que si ses qualifications sont confirmées<sup>3</sup>. L'entrepreneur ou le fournisseur ayant soumis l'offre retenue est avisé promptement que son offre a été acceptée.

[2] *Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 b<sup>4</sup>, un marché conforme aux conditions de l'offre acceptée entre en vigueur lorsque l'avis mentionné au paragraphe 1 a été expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur ayant soumis l'offre, à condition qu'il lui soit expédié pendant que l'offre est toujours valide.*<sup>5</sup>

[3 a) Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, l'avis prévu au paragraphe 1 peut stipuler que l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre a été acceptée doit signer un marché écrit conforme à cette offre. *[Lorsque l'avis, ou la loi applicable en matière de formation des contrats, exige la signature d'un contrat écrit,*<sup>6</sup> *l'entité adjudicatrice et l'entrepreneur ou le fournisseur signent le marché dans un délai raisonnable après que l'avis a été expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur.*

b) *Lorsqu'un marché écrit doit être signé en application du paragraphe 3 a,<sup>4</sup> le marché entre en vigueur lorsque le marché écrit est signé par l'entrepreneur ou le fournisseur et par l'entité adjudicatrice. Entre le moment où l'avis prévu au paragraphe 1 est expédié à l'entrepreneur ou au fournisseur et l'entrée en vigueur du marché :*

- i) *L'entité adjudicatrice et l'entrepreneur ou le fournisseur ne prennent aucune mesure qui irait à l'encontre de l'objet ou du but du marché ou qui entraverait<sup>6</sup> l'entrée en vigueur du marché ou son exécution;*
- ii) *L'entité adjudicatrice et l'entrepreneur ou le fournisseur s'informent mutuellement de toute circonstance dont ils ont connaissance qui pourrait entraver l'entrée en vigueur du marché ou son exécution;<sup>6</sup>*
- iii) *L'entité adjudicatrice et l'entrepreneur ou le fournisseur coopèrent entre eux en tant que de besoin pour que le marché entre en vigueur.*<sup>7</sup>

[4] Si l'entrepreneur ou le fournisseur dont l'offre est acceptée ne signe pas de marché écrit, lorsqu'il est tenu de le faire, ou ne fournit pas la garantie requise pour l'exécution du marché, l'offre dont il est déterminé qu'elle est la plus économique au sens de l'article 28-7 c<sup>7</sup> après la première, et qui est toujours valide, peut être acceptée<sup>8</sup>. L'avis prévu au paragraphe 1 est donné à l'entrepreneur ou au fournisseur ayant soumis cette offre.<sup>9</sup>

5) Dès l'entrée en vigueur du marché et la présentation le cas échéant par l'entrepreneur ou le fournisseur d'une garantie de bonne exécution du marché, un avis d'attribution du marché est donné aux autres entrepreneurs et fournisseurs, spécifiant le nom et l'adresse de l'entrepreneur ou du fournisseur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier.

6 a) Les avis prévus dans le présent article peuvent être donnés par écrit ou par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de l'information. *[Toutefois, ces avis peuvent être donnés par téléphone sous réserve qu'immédiatement après confirmation en soit communiquée par écrit ou par tout autre moyen permettant de conserver un enregistrement de la confirmation.]*<sup>10</sup>

b) L'avis prévu au paragraphe 1 est "expédié" lorsqu'il est dûment adressé ou de toute autre manière envoyé et transmis à l'entrepreneur ou au fournisseur, ou adressé à une autorité compétente pour acheminement à l'entrepreneur ou au fournisseur, par un mode de communication autorisé à l'alinéa a du paragraphe 6.<sup>11</sup>

<sup>1</sup>Conformément au paragraphe 207 du document A/CN.9/331, "procès verbal de la procédure d'appel d'offres" a été remplacé par "compte rendu de la procédure d'appel d'offres".

<sup>2</sup>Conformément au paragraphe 194 du document A/CN.9/331, les mots "sous réserve d'approbation" ont été supprimés dans ce paragraphe et au paragraphe 4 (voir également article 6, note 1). Conformément aux paragraphes 92 et 166 du document A/CN.9/331, l'expression "l'offre la plus économique" a été substituée à l'expression "l'offre la plus avantageuse" et l'on a ajouté une référence à l'article 28-7 c.

<sup>3</sup>Voir A/CN.9/331, par. 70 et 78.

<sup>4</sup>Voir A/CN.9/331, par. 196.

<sup>5</sup>Les paragraphes 2 et 3 ont été placés entre crochets compte tenu des divergences d'opinions reflétées aux paragraphes 197 à 200 du document A/CN.9/331. Sauf si le Groupe de travail en décide autrement, ils demeureront dans leur forme actuelle. Conformément au paragraphe 195 du document A/CN.9/331, les références à la réception de l'avis d'acceptation de l'offre ont été supprimées. On notera que la méthode de l'"expédition" n'est pas celle qu'a retenu l'article 24 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Voir le débat qui a eu lieu sur ce point au Groupe de travail dans la note qui fait suite au paragraphe 1 du commentaire de l'article 32 du premier projet.

<sup>6</sup>Voir A/CN.9/331, par. 202, 203 et 206.

<sup>7</sup>Conformément aux paragraphes 92 et 166 du document A/CN.9/331, l'expression "l'offre la plus économique" a été substituée à l'expression "l'offre la plus avantageuse", et l'on a ajouté une référence à l'article 28-7 c.

<sup>8</sup>Conformément au paragraphe 194 du document A/CN.9/331, les mots "sous réserve d'approbation" ont été supprimés (voir aussi art. 6, note 1). Dans le texte anglais, les mots "and effect" qui suivaient les mots "in force" ont été supprimés.

<sup>9</sup>Le paragraphe 4 a été placé entre crochets pour tenir compte des divergences d'opinions reflétées au paragraphe 205 du document A/CN.9/331. Ce paragraphe sera conservé dans son libellé actuel à moins que le Groupe de travail n'en décide autrement.

<sup>10</sup>Voir A/CN.9/331, par. 117.

<sup>11</sup>Conformément au paragraphe 195 du document A/CN.9/331, la variante 2 du paragraphe 6 b a été supprimée.

\* \* \*

### Article 33. *Compte rendu de la procédure d'appel d'offres*<sup>1</sup>

1) L'entité adjudicatrice établit un *compte rendu* de la procédure d'appel d'offres, couvrant notamment l'ouverture, l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres. Ce *compte rendu* comporte une brève description des biens ou des travaux requis, les noms et adresses des entrepreneurs et fournisseurs ayant soumis des offres; des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance de qualifications, des entrepreneurs et fournisseurs;<sup>2</sup> le prix et un résumé des autres conditions principales de chaque offre et du marché; un résumé de l'évaluation et de la comparaison des offres; *les informations requises par l'article 28-3 si une offre a été rejetée en application de cette disposition*,<sup>3</sup> si toutes les offres ont été rejetées en application de l'article 29, une déclaration l'indiquant; et, le cas échéant, la déclaration prescrite par l'article 31-6.

2) Le *compte rendu* de la procédure d'appel d'offres est mis à la disposition de *quiconque* le demande<sup>4</sup> pour inspection, après [que le marché est entré en vigueur et que

l'entrepreneur ou le fournisseur a fourni une garantie de bonne exécution du marché, le cas échéant] [qu'une offre a été acceptée]<sup>5</sup> ou après que la procédure d'appel d'offres a pris fin sans aboutir à la passation d'un marché. Toutefois :

a) Aucune information n'est divulguée dont la divulgation serait contraire à la loi, entraverait l'application de la loi, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence.<sup>6</sup>

b) Aucune information relative à l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, et aux prix soumissionnés, n'est divulguée.<sup>7</sup>

<sup>5</sup>Conformément au paragraphe 207 du document A/CN.9/331, l'expression "procès-verbal de la procédure d'appel d'offres" qui figurait dans le projet initial a été remplacée par "compte rendu de la procédure d'appel d'offres" dans le titre et dans le texte de l'article 33.

<sup>6</sup>Conformément au paragraphe 45 du document A/CN.9/331, les mots "à l'aptitude et" et "ou à la non-aptitude" ont été supprimés.

<sup>7</sup>Voir A/CN.9/331, par. 152.

<sup>8</sup>Conformément au paragraphe 209 du document A/CN.9/331, le mot "public" a été remplacé par "quiconque".

<sup>9</sup>Pour donner suite à la proposition figurant au paragraphe 212 du document A/CN.9/331, deux variantes, placées entre crochets, sont soumises à l'examen du Groupe de travail. Selon la première, reprise du texte antérieur, le compte rendu de la procédure d'appel d'offres est divulgué après que le marché est entré en vigueur et que l'entrepreneur ou le fournisseur a fourni une garantie de bonne exécution. Selon la deuxième variante, la divulgation doit avoir lieu lorsqu'une offre a été acceptée. Il semblerait que ce soit au plus tôt lorsqu'une offre a été acceptée que la divulgation du compte rendu puisse être requise, puisque avant ce moment la procédure d'appel d'offres est encore en cours et le compte rendu n'est pas nécessairement établi ou terminé. On notera aussi qu'en vertu de l'article 32, l'acceptation de l'offre et l'entrée en vigueur du marché se produiront simultanément sauf si la signature d'un marché écrit est requise. A moins que le Groupe de travail n'en décide autrement, la première variante sera retenue.

<sup>10</sup>Voir A/CN.9/331, par. 210.

<sup>11</sup>Voir A/CN.9/331, par. 211. Le Groupe de travail pourra vouloir examiner s'il est important de divulguer ces informations, et en particulier les prix soumissionnés (mentionnés entre crochets), afin que les participants à la procédure d'appel d'offres et le public en général soient assurés que les lois et règlements régissant la passation des marchés ont été respectés, ainsi que pour permettre à un entrepreneur ou fournisseur lésé d'exercer un recours contre les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice ou contester les procédures qu'elle a suivies. L'article 33, le paragraphe 4 de l'article 34 et l'article 35 traitent de questions analogues. Une fois le texte de ces dispositions arrêté, elles pourraient être réunies dans un article unique.

\* \* \*

### Chapitre III. Passation de marchés par d'autres moyens que la procédure d'appel d'offres

#### Article 34. Procédure de négociation avec appel à la concurrence

1) Dans la procédure de négociation avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant d'entrepreneurs et de fournisseurs pour qu'il y ait réellement concurrence.<sup>1</sup>

2) Les conditions, directives, documents ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un entrepreneur

ou fournisseur sont communiqués également à tous les autres entrepreneurs ou fournisseurs ayant engagé des négociations avec l'entité adjudicatrice.<sup>2</sup>

3) Les négociations entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs ou fournisseurs sont confidentielles et, sous réserve des dispositions du paragraphe 4, une partie aux négociations ne révèle ni ne divulgue à aucun tiers des documents ou éléments d'information relatifs auxdites négociations sans le consentement de l'autre partie.

4 a) L'entité adjudicatrice établit un compte rendu de la procédure de négociation avec appel à la concurrence. Ce compte rendu contient les noms et adresses des entrepreneurs et fournisseurs avec lesquels l'entité adjudicatrice a ouvert des négociations; le prix et un résumé des autres conditions principales du marché; si la procédure n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration explicative; et l'exposé des faits et circonstances requis à l'article 7-5.<sup>3</sup>

b) Le compte rendu de la procédure de négociation avec appel à la concurrence est mis à la disposition de quiconque le demande, pour inspection, après que le marché est entré en vigueur, étant entendu qu'aucune information n'est divulguée dont la divulgation serait contraire à la loi, entraverait l'application de la loi, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>La dernière phrase de ce paragraphe a été supprimée conformément au paragraphe 216 du document A/CN.9/331.

<sup>2</sup>La dernière phrase de ce paragraphe a été supprimée conformément au paragraphe 217 du document A/CN.9/331.

<sup>3</sup>Voir A/CN.9/331, par. 218.

\* \* \*

#### Article 35. Compte rendu de la procédure de sollicitation d'une source unique

1) L'entité adjudicatrice établit un compte rendu de la procédure de sollicitation d'une source unique. Ce compte rendu indique le nom et l'adresse de l'entrepreneur ou du fournisseur auquel l'entité adjudicatrice a acheté les biens ou les travaux, le prix et un résumé des autres conditions principales du marché ainsi que la description et l'exposé des faits requis à l'article 7-5.

2) Ce compte rendu est mis à la disposition de quiconque le demande, pour inspection, après que le marché est entré en vigueur; il est toutefois entendu qu'aucune information n'est divulguée dont la divulgation serait contraire à la loi, entraverait l'application de la loi, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Voir A/CN.9/331, par. 220.

### III. GARANTIES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

#### A. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa quatorzième session

(Vienne, 3-14 septembre 1990) (A/CN.9/342) [Original : anglais]

#### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION .....	1-9
I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS .....	10-12
II. EXAMEN DU PREMIER PROJET DE DISPOSITIONS GÉNÉRALES ET DU PROJET D'ARTICLE SUR L'ÉTABLISSEMENT .....	13-75
Article 1 <sup>er</sup> . Champ d'application .....	14-16
Article 2. Lettre de garantie .....	17-21
Article 3. Indépendance de l'engagement .....	22-31
Article 4. Internationalité .....	32-37
Article 5. Interprétation de la présente loi .....	38-41
Article 6. Interprétation de la lettre de garantie .....	42-54
Article 7. Forme et moment de l'établissement .....	55-75
III. EXAMEN D'AUTRES QUESTIONS SUR LESQUELLES POURRAIT PORTER UNE LOI UNIFORME : MODIFICATION, TRANSFERT, EXPIRATION ET OBLIGATIONS DU GARANT .....	76-118
A. Modification .....	76-87
B. Transfert de droits et cession du produit du crédit .....	88-93
C. Expiration .....	94-102
D. Obligations du garant .....	103-110
E. Traitement des conditions non documentaires .....	111-118
IV. QUESTIONS DIVERSES .....	119

#### INTRODUCTION

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

2. A sa vingt-deuxième session, la Commission a accepté la recommandation du Groupe de travail tendant à ce que l'on commence à élaborer une loi uniforme, et a chargé de cette tâche le Groupe de travail<sup>2</sup>.

3. A sa treizième session, le Groupe de travail a commencé ses travaux en examinant les questions qui pourraient être traitées dans une loi uniforme, telles qu'elles étaient présentées dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.65). Ces questions touchaient le champ d'application de la loi uniforme quant au fond, l'autonomie des parties et ses limites et les règles d'interprétation possibles. Le Groupe de travail s'est aussi engagé dans un échange

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

<sup>2</sup>*Ibid.*, quarante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/44/17), par. 244.

préliminaire de vues sur les questions touchant la forme de la lettre de garantie ou de la lettre de crédit stand-by et le moment de leur établissement. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de lui présenter à sa quatorzième session un premier projet d'ensemble d'articles, avec des variantes possibles, sur ces questions ainsi qu'une note sur d'autres questions sur lesquelles pourrait porter la loi uniforme.

4. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa quatorzième session à Vienne, du 3 au 14 septembre 1990. Y ont assisté les représentants des Etats suivants membres du Groupe de travail : Allemagne, République fédérale d', Argentine, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Cuba, Egypte, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Japon, Maroc, Mexique, Nigéria, Pays-Bas, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Tchécoslovaquie et Union des Républiques socialistes soviétiques.

5. Ont aussi assisté à la session des observateurs des Etats suivants : Arabie saoudite, Autriche, Bolivie, Finlande, Pakistan, Panama, Pologne, République démocratique allemande, Suède, Suisse, Thaïlande, Turquie et Venezuela.

6. Etaient aussi présents des observateurs des organisations internationales suivantes : Comité consultatif juridique afro-asiatique, Chambre de commerce internationale (CCI), Commission des Communautés européennes (CCE), Conférence de La Haye de droit international privé et Fédération bancaire européenne.

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

*Président* : M. J. Gauthier (Canada)

*Rapporteur* : M. J. C. Treviño (Mexique)

8. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.66); une note du Secrétariat contenant un premier projet de dispositions générales et un article sur l'établissement (A/CN.9/WG.II/WP.67) et une note du Secrétariat dans laquelle étaient examinées d'autres questions sur lesquelles pourrait porter une loi uniforme : modification, transfert, expiration, obligations du garant, responsabilité et exonérations (A/CN.9/WG.II/WP.68).

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

1. Election du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Elaboration d'une loi uniforme relative aux garanties et aux lettres de crédit stand-by.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

## I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

10. Le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 1<sup>er</sup> à 7 de la loi uniforme établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.67). Les délibérations et conclusions du Groupe de travail sont présentées ci-après au chapitre II. Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces conclusions, des projets révisés pour les articles 1<sup>er</sup> à 7 de la loi uniforme.

11. Le Groupe de travail a ensuite examiné les questions traitées dans la note du Secrétariat qui touchaient la modification, le transfert, l'expiration et les obligations du garant (A/CN.9/WG.II/WP.68). Ses délibérations et ses conclusions sont présentées ci-après au chapitre III. Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces conclusions, un premier projet d'articles sur les questions examinées.

12. Il a été noté que le Secrétariat présenterait au Groupe de travail, à sa prochaine session, une note sur d'autres questions sur lesquelles devrait porter la loi uniforme, dont la fraude et les autres motifs de non-paiement, les injonctions et autres mesures judiciaires et les conflits de lois et de juridictions.

## II. EXAMEN DU PREMIER PROJET DE DISPOSITIONS GÉNÉRALES ET DU PROJET D'ARTICLE SUR L'ÉTABLISSEMENT

13. Le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 1<sup>er</sup> à 7 publiés avec des remarques explicatives dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.67).

### *Article premier. Champ d'application*

14. Le texte du projet d'article premier examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"La présente Loi s'applique à toute lettre de garantie internationale [émise dans le présent Etat]."

15. Lors du débat sur le champ d'application de la loi uniforme, on a fait des observations générales sur l'objectif de la loi et les principes qui devaient guider son élaboration. On a par exemple fait observer que les dispositions normatives de la loi uniforme devaient refléter les pratiques sérieuses ayant effectivement cours, compte dûment tenu des procédés techniques modernes. Etant donné qu'il existait des pratiques différentes, la loi uniforme devait contribuer à les valider et à les mettre en relation. Elle devait être axée sur les questions qui ne pouvaient être traitées efficacement au niveau contractuel, que ce soit par des stipulations des parties ou par des règles uniformes telles que celles qu'a élaborées la Chambre de commerce internationale (CCI).

16. En ce qui concerne les mots entre crochets, on a déclaré qu'il fallait trouver un critère plus objectif (par exemple le lieu d'établissement du garant) et que l'article devait indiquer clairement que les parties sont libres de choisir une autre loi. Le Groupe de travail a estimé qu'il serait prématuré de se prononcer à ce stade sur le champ d'application territorial de la loi uniforme. La décision qui serait prise sur ce point dépendait à certains égards de la forme — convention ou loi type — sous laquelle la loi uniforme serait finalement adoptée. S'il s'agissait d'une loi type, la question pourrait être réglée par les règles de conflit de lois qui seraient probablement incluses dans la Loi type.

### *Article 2. Lettre de garantie*

17. Le texte du projet d'article 2 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

“Une lettre de garantie, qu'elle soit ou non dénommée lettre de garantie, garantie, cautionnement, sûreté ou lettre de crédit stand-by, est un engagement indépendant pris par une banque ou tout autre établissement ou personne (“garant”) [à la demande de son client (“donneur d'ordre”) ou sur les instructions d'une autre banque, établissement ou personne (“partie ordonnatrice”) agissant sur la demande de son client (“donneur d'ordre”)] [que cela soit ou non sur la demande ou sur les instructions d'un autre établissement ou d'une autre personne], de payer à une autre personne (“bénéficiaire”) un certain montant ou un montant déterminable dans une monnaie [ou unité de compte ou autre article doté d'une valeur] déterminée conformément aux conditions de l'engagement.”

18. On a déclaré que bien qu'il contînt l'expression “lettre de garantie” suivie de divers exemples d'engagements de garantie, cet article pouvait s'entendre comme couvrant non seulement les garanties et les lettres de crédit stand-by mais aussi les lettres de crédit commerciales et même d'autres crédits et engagements financiers. Sur la question de savoir si la Loi type devait s'appliquer aux lettres de crédit classiques (commerciales), le Groupe de travail a réaffirmé la décision qu'il avait prise à sa douzième session, à savoir que “la loi uniforme devrait être axée sur les garanties indépendantes, y compris les lettres de crédit stand-by, et être étendue aux lettres de crédit classiques dans tous les cas où cela était jugé utile en raison de leur caractère indépendant et de la nécessité de réglementer de la même manière toutes les questions pertinentes” (A/CN.9/316, par. 125).

19. Selon une opinion, le type d'engagements réglementé par la loi uniforme devait être désigné par l'expression “stand-by documentaire indépendant”. Ce stand-by documentaire indépendant serait défini comme l'engagement pris par un établissement financier envers un bénéficiaire dénommé de répondre du paiement ou du règlement de la dette d'un tiers sur demande documentaire, étant entendu que l'engagement est indépendant de toute opération sous-jacente. Selon une autre opinion, qui a recueilli un appui considérable, il fallait compléter la définition figurant à l'article 2 par une référence à la fonction ou au rôle de garantie des engagements visés. On a fait observer que cette référence ne devait pas se limiter à envisager le défaut du donneur d'ordre, car ce faisant elle laisserait de côté, par exemple, les lettres de crédit stand-by financières payables au vu d'une attestation que le principal est dû. On a fait remarquer que cette référence pourrait indûment limiter l'évolution des pratiques dans ce domaine et faire naître des doutes quant au caractère indépendant de l'engagement.

20. Diverses observations ont été formulées sur certains éléments de la définition figurant à l'article 2. On a noté par exemple qu'il n'était pas clair que tous les engagements énumérés à titre d'exemple étaient indépendants. Selon une autre opinion, l'élément de “demande” manquait dans la définition, et il pouvait être utile de l'ajouter à côté de la référence à la conformité. En ce qui concerne les références à la “demande” et aux “instructions” placées entre crochets, on a déclaré que la deuxième variante avait l'avantage de valider la pratique des engagements donnés par le garant pour son propre compte ou en son nom propre; selon une autre opinion, toutefois, la première variante était préférable.

Aucune observation n'a été faite sur les mots placés entre crochets à la fin du paragraphe (“ou unité de compte ou autre article doté d'une valeur”).

21. Pour ce qui est de la forme, on a proposé que la définition comporte deux parties, dont la première concernerait les engagements pris par le garant envers le bénéficiaire à la demande du donneur d'ordre, et la seconde les situations dans lesquelles d'autres que ces trois personnes ou établissements sont en cause.

### Article 3. Indépendance de l'engagement

22. Le texte du projet d'article 3 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

“Variante A :

1) Un engagement [international] est [réputé être] indépendant, à moins qu'il ne ressorte de ses termes que l'obligation de paiement est fonction de l'existence ou de la validité d'une opération sous-jacente entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire ou de toute autre relation, à l'exception de celle qui naît dudit engagement, ou que le garant peut invoquer des moyens de défense découlant d'une relation autre que sa relation avec le bénéficiaire.

Variante B :

1) Un engagement est indépendant s'il n'est pas lié à une opération sous-jacente ou à toute autre relation, à l'exception de celle qui est née dudit engagement.

[2) Pour la détermination de l'indépendance d'un engagement donné, une description ou un terme figurant dans le texte de l'engagement ne seront pas jugés concluants si les autres termes et conditions vont nettement dans le sens contraire. Lors de l'évaluation des termes et conditions dans leur entièreté, les facteurs ci-après pourront être considérés comme des éléments en faveur de l'indépendance de l'engagement :

a) Paiement promis “sur simple demande”, “à première demande”, “sur demande”, “sur remise d'une demande écrite”, ou mots ayant un sens similaire;

b) Engagement à payer précisé par des termes tels que “inconditionnel”, “indépendamment de l'existence d'un contrat x valide”, “avec renonciation à tout droit d'opposition et toute exception découlant dudit contrat” ou “sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve d'une défaillance”;

c) Paiement contre présentation de documents, y compris une déclaration du bénéficiaire, et sans qu'il soit nécessaire de procéder à une vérification de faits n'étant pas du domaine du garant;

d) Référence à une opération sous-jacente dans un préambule seulement ou dans un récapitulatif et non dans les dispositions de fond;

e) Engagement expressément soumis aux Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires ou aux Règles uniformes relatives aux garanties.]”

### Paragraphe 1

23. Si le Groupe de travail a estimé que le principe de l'indépendance était bon et constituait l'un des fondements

de la loi uniforme, les avis étaient néanmoins partagés quant à la manière de le définir.

24. On a fait observer que la variante A différait de la variante B du paragraphe 1 essentiellement par deux aspects. Premièrement, elle contenait une règle d'interprétation en faveur de l'indépendance. Selon une opinion, cette règle était contenue dans les mots "réputé être" en faveur d'une telle règle, on a dit qu'elle contribuerait à sortir de l'impasse résultant d'une ambiguïté qui serait autrement insoluble, puisque la solution proposée était conforme à la pratique dominante et répondait à l'attente des parties aux opérations internationales de garantie. Néanmoins, selon l'opinion qui a prévalu, il ne fallait pas garder la règle d'interprétation parce que son application risquait d'aboutir à un résultat que les parties concernées n'avaient pas escompté.

25. Le second point sur lequel la variante A différait de la variante B était qu'elle était formulée de manière considérablement plus détaillée et exhaustive. Les partisans de la variante A ont en particulier appelé l'attention sur les termes qui précisaient les diverses relations et envisageaient les moyens de défense découlant de celles-ci. Mais on a manifesté la crainte, précisément en raison de cette référence à des moyens de défense, que l'exclusion de tels moyens dans le cadre de la définition de l'indépendance soit interprétée comme apportant une réponse définitive à des questions telles que celles de savoir si le paiement pouvait être refusé en cas de fraude ou d'abus manifeste, si l'illégalité de l'opération sous-jacente pouvait affecter l'engagement constaté dans la lettre de garantie, ou si la compensation était admissible. C'était là le principal argument des partisans de la variante B. Selon une autre opinion, on pouvait combiner la variante B avec la variante A, en laissant de côté la règle d'interprétation susmentionnée.

26. On a noté à ce propos que les questions évoquées par ceux qui craignaient que la définition de l'indépendance ait un effet limitatif devaient être examinées par le Groupe de travail à sa quinzième session, comme l'avait indiqué le Secrétariat au paragraphe 2 de sa note publiée sous la cote A/CN.9/WG.II/ WP.68. On a conclu qu'il pourrait être nécessaire de revoir et éventuellement d'affiner la définition de l'indépendance compte tenu des conclusions auxquelles parviendrait le Groupe de travail sur les questions touchant les oppositions possibles au paiement.

27. Le Groupe de travail, après avoir délibéré, a prié le Secrétariat d'élaborer un projet de paragraphe 1 révisé sur la base de la variante A, en supprimant la règle d'interprétation en faveur de l'indépendance et en utilisant, le cas échéant, certains des termes employés dans la variante B.

#### Paragraphe 2

28. On s'est demandé si les dispositions telles que celles du paragraphe 2 étaient réellement nécessaires et utiles. Néanmoins, selon l'opinion qui a prévalu, il était utile de fournir, pour l'interprétation des lettres de garantie, certaines indications concernant leur nature juridique. Si les règles énoncées dans le chapeau du paragraphe ont recueilli un large appui, on a par contre exprimé des réserves à l'encontre des facteurs énumérés aux alinéas a à e.

29. On a par exemple fait observer qu'inclure certaines expressions aux alinéas a et b revenait à leur accorder un poids particulier et que des questions complexes d'interprétation pourraient se poser lorsque l'on emploierait des expressions qui n'étaient que similaires ou partiellement identiques. Pour ce qui est de l'alinéa d, on a dit craindre que la simple mention de l'opération sous-jacente ne porte atteinte au caractère indépendant de l'engagement. Selon une autre opinion, cet alinéa avait aussi le défaut d'imposer un formalisme fâcheux en attachant des conséquences juridiques à l'endroit du texte de la lettre de garantie où apparaissait la référence à l'opération sous-jacente.

30. On a fait observer que les facteurs énumérés aux alinéas a à e étaient seulement des éléments qui, considérés dans le cadre de l'évaluation de l'ensemble des termes et conditions, feraient pencher la balance en faveur de l'indépendance, et qu'ainsi, pris isolément, ils n'étaient pas déterminants. A partir de cette observation, on a proposé que la loi uniforme donne à la présence d'une ou plusieurs expressions une valeur déterminante établissant sans doute possible le caractère indépendant de l'engagement.

31. Le Groupe de travail, après avoir délibéré, a prié le Secrétariat de remanier le paragraphe 2 compte tenu des observations et suggestions ci-dessus.

#### Article 4. Internationalité

32. Le texte du projet d'article 4 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

*"Variante A :*

Une lettre de garantie est internationale :

a) si deux des lieux suivants spécifiés dans la lettre de garantie sont situés dans des Etats différents :

- i) [Le lieu où la lettre de garantie a été émise] [L'établissement du garant];
- ii) L'établissement du bénéficiaire;
- iii) Le lieu du paiement;
- iv) L'établissement [d'un donneur d'ordre ou une partie ordonnatrice] [de la personne à la demande de laquelle la lettre de garantie a été émise];
- v) L'établissement d'un garant confirmateur;

ou

b) si cela est expressément énoncé dans la lettre.

*Variante B :*

Une lettre de garantie est internationale si deux des [personnes] [parties] suivantes ont leur établissement dans des Etats différents : garant, bénéficiaire, donneur d'ordre, partie ordonnatrice, garant confirmateur.

*Variante C :*

Une lettre de garantie est internationale si :

- a) le garant et le bénéficiaire ont leur établissement dans des Etats différents; ou
- b) le lieu d'émission et l'établissement d'un donneur d'ordre ou d'une partie ordonnatrice sont situés dans des Etats différents; ou

c) le lieu d'émission et le lieu de paiement sont situés dans des Etats différents; ou

d) la lettre de garantie se rattache de toute autre manière [substantielle] à plus d'un pays.

*Variante D :*

Une lettre de garantie est internationale si elle se rattache à une opération internationale, qu'elle soit commerciale ou financière."

33. Selon un avis, les critères d'internationalité énoncés à l'article 4 devraient être aussi larges que possible, afin d'englober un maximum de situations. Selon une proposition à cet effet, on pourrait définir la lettre de garantie internationale, conformément à l'alinéa *d* de la variante C, comme une lettre de garantie "se rattachant de manière substantielle à plus d'un pays". Selon une autre proposition, il faudrait retenir le libellé de la variante D.

34. En réponse, on a indiqué que, si une définition large de la lettre de garantie internationale était en effet requise, cette définition ne devrait pas avoir pour conséquence d'englober des opérations nationales n'ayant que des aspects internationaux minimes. Les critères d'internationalité devraient non seulement permettre une large applicabilité de la loi uniforme, mais également être aussi objectifs que possible. Selon l'avis qui a prévalu, la variante B devait être retenue; certains doutes ont été exprimés quant à l'utilité de retenir comme critère d'internationalité l'établissement du garant confirmateur.

35. On a dans l'ensemble estimé que les critères d'internationalité devraient être rédigés de manière que toutes les parties puissent être aussi certaines que possible de l'applicabilité ou de la non-applicabilité de la loi uniforme à une opération donnée. Afin de renforcer cette certitude, il a été proposé d'adopter la condition de la spécification énoncée dans les premiers mots de l'alinéa *a* de la variante A. Toutefois, comme cette condition risquerait de rendre la règle excessivement rigide et qu'une règle plus souple semblerait davantage appropriée, il a aussi été proposé d'ajouter à la variante B une disposition similaire au paragraphe 2 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après dénommée "Convention des Nations Unies sur les ventes"), qui est libellé comme suit :

"Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des Etats différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions antérieures entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat."

36. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de réexaminer ultérieurement les deux propositions.

37. Afin d'élargir encore les critères d'internationalité, il a été proposé que le texte de l'alinéa *b* de la variante A soit ajouté à la variante B. En réponse, on a indiqué qu'une telle référence à l'autonomie des parties pourrait être inacceptable à nombre de pays, car elle permettrait aux parties d'éviter l'application de dispositions impératives de leur droit interne. On a également estimé que les dispositions de

l'article 4 ne devraient pas être incompatibles avec celles relatives au choix de la loi applicable qui seraient examinées par le Groupe de travail à sa prochaine session. On a noté que la disposition proposée aurait un caractère différent et produirait des résultats différents selon que la loi uniforme serait finalement adoptée sous la forme d'une convention ou sous celle d'une loi type. Après un débat, le Groupe de travail a décidé d'adopter le libellé de l'alinéa *b* de la variante A, mais de le placer entre crochets.

*Article 5. Interprétation de la présente Loi*

38. Le texte du projet d'article 5 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"Pour l'interprétation de la présente Loi, il sera tenu compte de son [caractère international] [origine internationale] [1] et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application, ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans [les opérations internationales] [la pratique internationale en matière de garantie ou de crédit]."

39. Le Groupe de travail a convenu que cet article serait utile et approprié si la loi uniforme était adoptée sous forme d'une convention. Toutefois, on a jugé qu'il ne le serait pas si la loi uniforme était adoptée sous la forme d'une loi type. Par exemple, on pourrait difficilement confier à des tribunaux nationaux la tâche de promouvoir l'uniformité à l'échelle mondiale dans l'application de leurs propres lois nationales.

40. Il a été répondu que l'article 5 ne serait peut-être pas approprié dans sa totalité au cas où la loi uniforme serait adoptée sous la forme d'une loi type, mais qu'il serait néanmoins utile dans la mesure où il énonçait le critère de la bonne foi. Pour ce qui est du libellé de cette référence à la bonne foi, les mots "pratique internationale en matière de garantie ou de crédit" semblaient préférables aux mots "opérations internationales".

41. Le Groupe de travail a convenu que l'article 5 devrait être placé entre crochets et réexaminé au vu de la décision qui serait prise quant à la forme que prendrait la loi uniforme et des débats relatifs à la notion de bonne foi.

*Article 6. Interprétation de la lettre de garantie*

42. Le texte du projet d'article 6 examiné par le Groupe de travail était ainsi libellé :

*"Variante A :*

1) Sous réserve des dispositions de la présente Loi [et de toute autre loi applicable], les droits et obligations des parties sont déterminés par les termes et conditions énoncés dans la lettre de garantie, y compris toutes règles, conditions ou usages qui y sont mentionnés [et, sauf disposition contraire, tout usage international dont les parties ont connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé par les parties à des opérations de garantie ou de crédit].

2) Les termes et conditions de la lettre de garantie doivent être interprétés conformément à l'intention des parties, compte tenu du sens ordinaire qu'ils ont pour une personne raisonnable comprenant le but commercial de l'opération et compte dûment tenu de toute pratique que les parties ont établie entre elles.

*Variante B :*

Pour la détermination des droits et obligations du garant et du bénéficiaire, les termes et conditions énoncés ou mentionnés dans la lettre de garantie doivent être interprétés compte tenu du sens ordinaire que leur donne une personne raisonnable."

43. L'examen de cet article s'est concentré sur la variante A. Cette variante a été préférée à la variante B parce qu'elle est formulée d'une manière plus détaillée et plus complète. Diverses observations ont été faites au sujet de certains éléments des paragraphes 1 et 2.

*Paragraphe 1 de la variante A*

44. En ce qui concerne la restriction liminaire "Sous réserve des dispositions de la présente Loi", il a été entendu qu'elle ne limitait l'autonomie des parties que dans la mesure où la loi uniforme contenait des dispositions impératives; toute disposition non impérative ne serait naturellement applicable et n'aurait d'effet sur les droits et obligations des parties que si la matière régie par cette disposition n'était pas réglée par les termes et conditions de la lettre de garantie, y compris toutes règles, conditions ou usages qui y sont mentionnés. Dans l'élaboration de la loi uniforme, il faudra décider pour chaque disposition si les parties peuvent ou non y déroger.

45. En ce qui concerne les mots entre crochets "et de toute autre loi applicable", on a dit qu'ils étaient redondants, qu'ils étaient trop généraux pour être utiles, qu'ils risquaient d'induire en erreur et qu'ils étaient même dangereux. Le Groupe de travail a accepté la proposition de ne pas les maintenir.

46. Le Groupe de travail a adopté la partie centrale du paragraphe 1 ainsi conçu : "les droits et obligations des parties sont déterminés par les termes et conditions énoncés dans la lettre de garantie, y compris toutes règles, conditions ou usages qui y sont mentionnés". On a noté que ces règles ou usages pouvaient être, par exemple, ceux de la Chambre de commerce internationale. Conformément à la décision qu'il avait prise à sa treizième session (A/CN.9/330, par. 61), le Groupe de travail n'a pas accepté une proposition tendant à ce que la loi uniforme se réfère explicitement aux Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU) et aux Règles uniformes relatives aux garanties (RUG).

47. Des opinions divergentes ont été exprimées au sujet de la référence aux usages internationaux qui figure entre crochets à la fin du paragraphe 1. Certains estimaient qu'il fallait garder cette référence parce qu'elle accommoderait les juridictions qui donnaient effet aux RUU ou aux Incoterms même si la lettre de garantie ne s'y référait pas et parce que les usages internationaux pertinents constituaient une source utile ou même nécessaire pour déterminer les droits

et obligations des parties et interpréter les termes et conditions de la lettre de garantie. Cependant, la plupart étaient d'avis qu'il ne fallait pas garder la référence aux usages internationaux parce qu'elle créait de l'incertitude et pourrait prendre au piège des parties imprévoyantes.

48. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 à l'exception des mots placés entre crochets.

*Paragraphe 2 de la variante A*

49. Des opinions divergentes ont été exprimées au sujet du premier critère d'interprétation mentionné au paragraphe 2, à savoir "l'intention des parties". D'après certains, ce critère était habituellement le premier critère à suivre pour interpréter les contrats ou les déclarations et il était particulièrement utile en matière de lettres de garantie parce que celles-ci sont souvent rédigées de manière ambiguë ou imprécise.

50. Cependant, la plupart étaient d'avis que ce critère était trop subjectif et ne convenait pas pour une lettre de garantie, qui avait un caractère plus formel, par exemple, qu'un contrat de vente. La référence aux "parties" créait un surcroît d'incertitude; en effet, on ne voyait pas clairement de quelles parties il s'agissait dans le contexte d'une lettre de garantie donnée et s'il faudrait, par exemple, savoir ou rechercher qui était l'auteur du texte de la lettre de garantie. Le Groupe de travail n'a pas accepté une proposition plus limitée selon laquelle le premier critère devrait être l'intention commune et établie du garant et du bénéficiaire.

51. Certains ont appuyé le maintien du critère du "sens ordinaire qu'ils ont pour une personne raisonnable comprenant le but commercial de l'opération". La plupart ont cependant été d'avis qu'il ne fallait pas maintenir ce critère parce qu'il n'offrait pas d'orientation suffisante pour l'interprétation : il était dans une certaine mesure redondant et, dans le cas typique où les termes étaient contestés, il était de peu d'utilité. D'après une suggestion qui a été faite, un critère plus approprié serait le jugement d'un vérificateur de documents compétent et prudent ou l'opinion commune des banquiers, telle qu'elle ressort des manuels de banque ou du papier de haut commerce. En réponse à cette suggestion, on a dit qu'un tel critère était trop subjectif, incertain et difficilement acceptable pour les autres parties aux opérations de garantie et de crédit.

52. Certains ont appuyé l'idée de tenir dûment compte de "toute pratique que les parties ont établie entre elles", parce que cela serait conforme à l'intention et à l'attente des parties ainsi qu'aux principes de la bonne foi et de l'estoppel. Cependant, l'opinion dominante a été que l'interprétation ne devait pas se fonder sur la pratique antérieure, parce qu'il était contraire au principe de l'interprétation stricte de s'appuyer sur des faits étrangers. On s'est demandé à ce propos si les dispositions de l'article 6 étaient des règles d'interprétation ou des clauses de règlement des différends.

53. Certains ont fait observer que la notion de stricte conformité était traitée séparément dans la note du Secrétaire contenue dans le document A/CN.9/WG.II/WP.68. On avait procédé ainsi pour faire la distinction entre

l'interprétation, selon l'article 6, des termes et conditions, y compris les conditions de paiement, énoncés dans la lettre de garantie, et la vérification de la conformité de la demande de paiement avec ces conditions. Certains ont estimé que cette distinction était artificielle en ce sens que, pour les banquiers, l'interprétation de la lettre de garantie — qui pour eux n'était pertinente que pour la présentation des documents — et la vérification de la conformité documentaire constituaient un processus unique auquel il ne fallait appliquer qu'une seule norme.

54. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de ne pas garder le paragraphe 2. Il n'a pas entendu empêcher par là toute proposition en vue d'une nouvelle règle d'interprétation qui pourrait être présentée ultérieurement au cours de l'examen d'autres dispositions.

#### *Article 7. Forme et moment de l'établissement*

55. Le texte du projet d'article 7 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1) Une lettre de garantie peut être établie par tout moyen de communication en attestant l'existence.

##### *Variante A :*

2) La lettre de garantie crée une obligation et, à moins qu'il n'y soit indiqué expressément qu'elle est révoquée, devient irrévocable lorsqu'elle est reçue par le bénéficiaire [, à moins que ce dernier ne la rejette promptement]. La lettre de garantie produit ses effets à ce moment, à moins [qu'il n'y soit indiqué qu'elle produira ses effets à une date différente ou qu'elle ne produira ses effets que lors de la survenance d'un événement futur spécifié et incertain, auquel cas le garant pourra exiger du bénéficiaire ou d'un tiers approprié une déclaration indiquant que ce fait s'est produit, si le garant n'a pas compétence pour vérifier ledit fait] [qu'il n'y soit indiqué expressément qu'elle produira ses effets si une condition spécifiée pouvant être déterminée par le garant est remplie].

##### *Variante B :*

2) Sauf disposition contraire, la lettre de garantie produit ses effets et est irrévocable lorsqu'elle est émise par le garant pour le bénéficiaire ou pour le donneur d'ordre ou la partie ordonnatrice."

#### *Paragraphe 1*

56. On a noté que le paragraphe 1 s'inspirait de l'article 7-2, de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et qu'il se fondait sur l'avis, largement partagé lors de la treizième session (A/CN.9/330, par. 105), selon lequel la lettre de garantie devait être manifeste ou enregistrée sous une forme tangible ou matérielle, ce qui excluait les engagements purement verbaux. Diverses observations ont été faites quant à l'objet de la disposition et à sa formulation.

57. On s'est demandé si le paragraphe 1 visait à énoncer une règle relative à la preuve, comme on pourrait le déduire de l'utilisation du mot "attestant" ("record"). Il a été

répondu que la disposition avait pour objet d'énoncer les conditions formelles de la validité de la lettre de garantie, mais non de prendre position sur la valeur probante de tout moyen de communication en attestant l'existence. S'il fallait définir certains termes ayant des incidences sur la question de la preuve (par exemple, la signature ou l'identification) ou inclure des règles relatives à la preuve applicables lors de procédures judiciaires ou arbitrales, il serait mieux d'examiner ces questions séparément à un stade ultérieur.

58. Il a été proposé que la loi uniforme dispose simplement que l'engagement doit être exprès, de manière à exclure les engagements tacites ou implicites. Il a été convenu que la Loi type ne devait pas donner effet à de tels engagements tacites ou implicites, qui étaient incertains et inappropriés, et que l'on pourrait envisager soit de les ignorer, soit de les exclure du champ d'application de la loi uniforme. Il était clair que, quelle que soit la décision qui serait prise à ce propos, elle ne traiterait pas de la question de la validité formelle. Afin que les engagements purement verbaux ne soient pas frappés de nullité, il a été proposé que la loi uniforme n'énonce aucune exigence quant à la forme, ou qu'elle exclue ces engagements de son champ d'application. Le Groupe de travail n'a pas retenu cette proposition, au motif que les engagements purement verbaux étaient source d'incertitude et n'étaient pas conformes à une saine pratique bancaire.

59. Si l'approche retenue au paragraphe 1 a reçu un large appui, on s'est toutefois demandé si cette disposition donnait des réponses claires dans tous les cas. On a pris pour exemple l'établissement d'une lettre de garantie par téléphone, la conversation étant enregistrée sur bande magnétique. Il a été répondu que cette méthode d'établissement ne satisferait pas aux conditions de forme énoncées au paragraphe 1, car cette disposition ne couvrirait que les enregistrements fournis par le moyen de communication choisi, c'est-à-dire tout produit du système de communication lui-même. On s'est également référé à l'établissement d'une lettre de garantie par des moyens électroniques, auquel cas le message apparaissait sur l'écran du destinataire et pouvait encore être modifié avant d'être imprimé. On a répondu qu'il était satisfait aux conditions de forme énoncées au paragraphe 1 une fois que le message était, soit stocké dans une mémoire, soit imprimé, ou lorsqu'il laissait de toute autre manière une trace permettant une vérification comptable. Il a été proposé à cet égard que l'attestation requise au paragraphe 1 soit telle qu'elle ne puisse être ni modifiée ni altérée. Il a été répondu qu'une telle condition, aussi louable soit-il de vouloir promouvoir la sécurité et la certitude, serait trop stricte dans la pratique.

60. Sur la base de l'exemple ci-dessus d'un message électronique n'ayant pas encore été imprimé, il a été proposé que la loi uniforme dispose que la lettre de garantie doit être établie "par écrit ou par tout autre moyen pouvant établir [automatiquement] un enregistrement écrit de la lettre". Selon une autre proposition, il faudrait exiger un "écrit" et disposer, dans une définition, que ce terme inclut "une télétransmission authentifiée ou un message contrôlé d'échange de données informatisées ('EDI') équivalent". On a noté que ce libellé était tiré de l'article 2 des RUG, dans lequel le mot "écrit" est utilisé pour délimiter le

champ d'application et non pour énoncer une règle de validité formelle<sup>3</sup>.

61. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétaire de réexaminer et de modifier la disposition du paragraphe 1, compte tenu en particulier de cette dernière proposition.

#### *Paragraphe 2*

##### *Moment où la lettre produit ses effets en application de la loi*

62. Des avis divergents ont été exprimés quant au moment où la lettre de garantie, sauf indication contraire y figurant, crée une obligation et produit ses effets. Selon un avis, le moment déterminant devrait être la réception par le bénéficiaire, comme l'énonce la variante A, et cela essentiellement parce que la lettre de garantie établissait une relation entre le garant et le bénéficiaire et que ce n'était qu'à la réception que le bénéficiaire était à même de pouvoir se fonder sur l'engagement du garant. Avant ce moment, il n'était pas nécessaire que le garant soit lié par son engagement, même si un moment antérieur pouvait être pertinent à des fins de réglementation ou de comptabilité. S'il ne faudrait pas exiger une acceptation expresse de la lettre de garantie, la réception de la lettre était une condition nécessaire de son acceptation tacite et d'un rejet possible.

63. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, le moment déterminant devrait être la date d'émission ou d'expédition de la lettre de garantie, comme il est énoncé dans la variante B (et à l'article 6 des RUG). A l'appui de cet avis, on a noté que les garants se considéraient comme liés une fois que la lettre de garantie n'était plus sous leur contrôle. Le moment de l'émission constituait un critère certain et défini, à la différence du moment de la réception qu'il pouvait être difficile de déterminer. Cette certitude quant au moment de la prise d'effet n'était pas seulement souhaitable à des fins de réglementation ou de comptabilité, elle était aussi dans l'intérêt de toutes les parties, y compris les banques intermédiaires.

64. Il a été noté que les lettres de garantie n'étaient pas toujours émises directement pour le bénéficiaire en tant que destinataire final; elles pouvaient être envoyées au donneur d'ordre (par exemple dans le cas d'une garantie de soumission) ou à une partie ordonnatrice, comme il était envisagé dans la variante B, ou même à une banque notificatrice ou confirmatrice. Vu la diversité des situations envisageables, il a été convenu de ne pas essayer d'établir une liste de tous les intermédiaires possibles, mais de faire simplement référence au moment où la lettre de garantie est "émise par le garant".

##### *Possibilité d'un prompt rejet par le bénéficiaire*

65. Certains partisans du moment de l'émission et certains partisans du moment de la réception ont appuyé la

restriction énoncée dans la variante A "à moins que ce dernier [le bénéficiaire] ne la [la lettre de garantie] rejette promptement". Comme la lettre de garantie créait une relation entre le garant et le bénéficiaire, elle ne devrait pas être considérée comme produisant des effets lorsque le bénéficiaire la rejetait promptement dès réception. Il ne fallait pas exiger d'acceptation expresse, mais la lettre de garantie ne devait pas être imposée à un bénéficiaire qui n'était pas disposé à l'accepter.

66. On a répondu que la possibilité de rejeter la lettre de garantie ne devrait pas être traitée en même temps que la question du moment où celle-ci produisait ses effets, parce que sur ce dernier point la certitude était une considération dominante. La notion même de rejet vis-à-vis du garant n'était pas facile à concilier avec le fait que la lettre de garantie avait été émise à la demande du donneur d'ordre et, peut-on présumer, conformément aux termes des instructions. Si une lettre de garantie donnée ne répondait pas aux espérances du bénéficiaire, c'était rarement au seul garant qu'il appartenait de satisfaire les espérances du bénéficiaire, lequel, d'ailleurs, recherchait plus probablement une modification de la lettre de garantie qu'un rejet total. Dans la mesure où la loi uniforme devait reconnaître la possibilité d'un rejet, peut-être pourrait-on envisager d'inclure une règle sur le rejet, la décharge ou la renonciation par le bénéficiaire sans toutefois stipuler qu'un rejet devait intervenir promptement dès la réception.

67. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de maintenir les mots entre crochets et de réexaminer la question ultérieurement.

##### *Clauses de la lettre de garantie relatives au moment où elle produit ses effets*

68. Le Groupe de travail a été d'accord pour estimer que, comme le prévoyait la variante A, le moment de la prise d'effet fixé par la loi uniforme ne devait pas être déterminant lorsque la lettre de garantie stipulait un moment différent. Une telle clause pouvait se référer soit à une date fixée, soit à une période à déterminer.

69. Le Groupe de travail a examiné s'il pouvait être dérogé au moment légal de prise d'effet par une clause de la lettre de garantie qui en différerait les effets jusqu'au moment où une condition spécifiée serait remplie. Aucune objection n'a été faite aux clauses en vertu desquelles le fait que la condition était remplie était facile à déterminer en ce sens qu'il devait être établi par un document ou une déclaration écrite du bénéficiaire ou d'une autre personne spécifiée ou qu'il pouvait être vérifié par le garant.

70. En revanche, des opinions divergentes ont été exprimées en ce qui concernait les autres clauses, qui contenaient des conditions dites "non documentaires". Rappelant son débat de la treizième session (A/CN.9/330, par. 68 à 75), le Groupe de travail a estimé que le problème des conditions non documentaires de prise d'effet était essentiellement le même que celui des conditions non documentaires de paiement. En fait, on pouvait même considérer n'importe quelle condition de prise d'effet (par exemple, paiement anticipé en vertu d'une lettre de garantie de remboursement) comme une condition de paiement.

<sup>3</sup>Les articles des RUG mentionnés dans le présent rapport sont ceux du projet de Règles uniformes pour les garanties sur demande de la CCI qui figure dans le document de la CCI n° 460/470-1/Int.16 (7 juin 1990).

71. D'après certains, il ne fallait pas admettre les conditions non documentaires ou ne pas en tenir compte, comme il est prévu à la fin de la variante A dans les mots entre crochets repris de l'article 6 des RUG. On a fait observer que des conditions exigeant une enquête sur des faits étrangers n'étaient pas souhaitables parce qu'elles ne rentreraient pas dans l'activité ordinaire des banques et qu'elles tendaient à saper le caractère indépendant de l'engagement. En fait, on pourrait même considérer les engagements assortis de conditions non documentaires comme des engagements accessoires ne rentrant pas dans le champ d'application de la loi uniforme. En outre, les conditions non documentaires étaient souvent incluses par inadvertance. Dans la mesure où elles l'étaient délibérément, la pratique montrait qu'il y avait risque de fraude, d'abus ou de fausse déclaration.

72. S'inspirant de considérations analogues, d'autres ont estimé que les conditions non documentaires devraient être transformées en conditions documentaires comme le prévoit le passage entre crochets de la variante A où il est dit que "le garant pourra exiger du bénéficiaire ou d'un tiers approprié une déclaration indiquant que ce fait s'est produit". On a fait observer que cette rédaction représentait l'opinion qui avait prévalu à la treizième session (A/CN.9/330, par. 75). Il a été suggéré de préciser ce texte en tenant compte de différents types de conditions. Une autre suggestion consistait à recommander aux parties de se mettre d'accord sur les moyens de vérification ou de preuve et, faute d'un accord, de se contenter d'une déclaration du bénéficiaire.

73. D'autres, se fondant sur des considérations différentes, estimaient que la loi uniforme ne devait ni négliger de tenir compte des conditions non documentaires ni les transformer en conditions documentaires, mais les laisser intactes comme le prévoyait la variante B. S'il est vrai qu'une condition non documentaire donnée pouvait autoriser la conclusion que l'engagement n'était pas indépendant au sens de l'article 3, ce n'était pas toujours le cas, et il serait contraire à l'autonomie et à l'attente des parties de ne pas respecter une condition faisant partie d'un engagement indépendant. L'usage actuellement fait de ces clauses donnait à penser qu'elles répondaient à un besoin pratique et, dans la mesure où les banques les considéraient comme non souhaitables ou comme contraires à une bonne pratique bancaire, c'est à elles qu'il incombait de refuser ou de décourager leur inclusion dans les lettres de garantie.

74. D'après un autre point de vue encore, partagé par certains tenants des opinions exposées ci-dessus, on pourrait envisager d'exclure du champ d'application de la loi uniforme tous les engagements qui contenaient une condition non documentaire de prise d'effet ou de paiement. Si la définition de la lettre de garantie à l'article 2 et la définition de l'indépendance de l'engagement à l'article 3 étaient révisées de manière à restreindre le champ d'application à ce que l'on pourrait appeler les "lettres de garantie documentaires", la loi uniforme ne régirait aucun engagement assorti de conditions non documentaires, c'est-à-dire qu'elle ne donnerait pas effet à de telles conditions ni ne les invaliderait ou les transformerait en conditions documentaires. On a répondu à cela que les conditions non documentaires posaient en pratique des problèmes considérables

qui appelaient des solutions juridiques. Au lieu de méconnaître ou d'écarter le problème, il fallait ne ménager aucun effort pour trouver une solution acceptable en examinant de plus près les genres de conditions dont il était question et la signification précise de l'indépendance.

75. Après un débat, le Groupe de travail a décidé d'examiner à nouveau, lors d'une future session, le problème des conditions non documentaires, y compris la possibilité de limiter le champ d'application de la loi uniforme aux engagements documentaires. Le Groupe de travail a ultérieurement repris son examen des conditions non documentaires (voir ci-après, par. 111 à 118).

### III. EXAMEN D'AUTRES QUESTIONS SUR LESQUELLES POURRAIT PORTER UNE LOI UNIFORME : MODIFICATION, TRANSFERT, EXPIRATION ET OBLIGATIONS DU GARANT

#### A. Modification

76. Le Groupe de travail a examiné les questions liées à la modification de la lettre de garantie, sur la base des considérations et suggestions présentées dans la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.68, par. 3 à 17). Il a été convenu que la loi uniforme comporterait des dispositions sur la modification de la lettre de garantie.

#### *Parties dont le consentement est requis*

77. Pour ce qui est des parties dont le consentement est requis pour qu'une modification prenne effet, il a été convenu que la lettre de garantie ne pouvait être modifiée sans le consentement du garant, dont les obligations étaient en jeu, et du bénéficiaire, dont les droits étaient en jeu. Des avis divergents ont été exprimés quant à la question de savoir si, en outre, le consentement du donneur d'ordre devait être requis. Selon un avis, la modification ne devrait pas prendre effet sans le consentement du donneur d'ordre, puisque la lettre de garantie initiale avait été établie sur ses instructions et qu'une modification aurait pour effet d'altérer les termes initiaux. L'exigence du consentement du donneur d'ordre servait également les intérêts du garant, en ce sens qu'elle supprimait une possibilité d'opposition du donneur d'ordre à une demande ultérieure de remboursement.

78. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, le consentement du donneur d'ordre ne devrait pas être une condition de la prise d'effet d'une modification, car la modification portait sur la lettre de garantie qui créait une relation entre le garant et le bénéficiaire. Toute considération quant aux instructions ou souhaits du donneur d'ordre, ainsi qu'à la situation du garant en cas de demande ultérieure de remboursement, se rattachait exclusivement à la relation distincte établie entre le garant et le donneur d'ordre.

79. On a jugé que ces considérations devaient être traitées dans la loi uniforme, mais pas dans la règle exigeant le consentement du garant et du bénéficiaire seulement. Il a été notamment proposé d'ajouter les mots suivants : "La présente disposition n'excuse pas le défaut

d'obtention du consentement du donneur d'ordre, dans la mesure où ledit consentement est requis par l'accord entre le donneur d'ordre et le garant ou les instructions du donneur d'ordre." Il a également été proposé de disposer que le garant doit informer le donneur d'ordre de toute modification ou demande de modification. Selon une autre proposition, le garant ne pourrait invoquer une modification, dans sa relation avec le donneur d'ordre, que si ce dernier avait consenti à ladite modification.

80. Des avis divergents ont été exprimés quant à la question de savoir si le consentement du bénéficiaire devait être exprès ou si le silence emportait consentement. Selon un avis, le consentement devait être exprès ou, peut-être, être confirmé par un acte ou une conduite conformes aux termes de la modification. A l'appui de cet avis, il a été indiqué que la relation établie ne pourrait être modifiée que par un accord sans ambiguïté des parties et qu'une acceptation expresse était notamment requise lorsque la modification était au désavantage du bénéficiaire.

81. Selon un autre avis, le silence pouvait valoir acceptation, lorsque le bénéficiaire n'avait pas rejeté la modification promptement ou dans un délai donné. On a fait remarquer que cet avis était conforme à l'approche retenue par le Groupe de travail pour l'établissement de la lettre de garantie (article 7-2) et qu'il tenait compte du fait que la majorité des modifications (par exemple une prolongation de la période de validité) augmentait les droits du bénéficiaire.

82. Le Groupe de travail n'a pas accepté une proposition selon laquelle il faudrait élaborer une double série de règles dont l'une ou l'autre serait applicable, selon que la modification était à l'avantage ou au désavantage du bénéficiaire. On a jugé que des règles fondées sur des jugements subjectifs seraient difficiles à appliquer.

83. Après un débat, le Groupe de travail a convenu qu'il déciderait, lors d'une session ultérieure, sur la base de variantes établies par le Secrétariat, si le consentement du bénéficiaire devait être exprès ou si le silence valait consentement.

#### *Forme des modifications*

84. Le Groupe de travail a convenu qu'une modification pouvait prendre toute forme dans laquelle la lettre de garantie pouvait être établie en application de l'article 7-1, car il n'y avait aucune raison d'imposer des conditions plus strictes ou plus souples quant à la forme. Cette cohérence était en outre justifiée par le fait qu'une lettre de garantie modifiée pouvait être considérée comme une nouvelle lettre de garantie.

85. Il a été convenu que la disposition relative à la forme des modifications ne devrait pas être impérative, afin qu'il soit donné effet à toute condition différente énoncée dans la lettre de garantie ou convenue de toute autre manière par le garant et le bénéficiaire. Selon une opinion, la nature non impérative de la disposition pourrait nécessiter un examen plus approfondi. Il a été proposé d'ajouter une règle similaire à celle qu'énonce l'article 29 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

#### *Moment où une modification prend effet*

86. Le Groupe de travail a estimé que la règle relative au moment où une modification prend effet devrait s'inspirer de l'approche qui a été adoptée en ce qui concerne le moment où la lettre de garantie elle-même prend effet. On a rappelé que, dans le contexte de l'article 7-2, le Groupe de travail avait choisi le moment de l'émission comme moment déterminant et que le membre de phrase relatif au prompt rejet de la lettre de garantie par le bénéficiaire avait été maintenu entre crochets en vue d'un réexamen ultérieur.

87. On s'est rendu compte que la future règle relative au moment où une modification prend effet dépendait du choix que l'on ferait entre les deux points de vue susmentionnés (par. 80 et 81) en ce qui concerne les effets du silence du bénéficiaire. Si l'on se prononçait pour l'acceptation tacite, la future règle relative à l'amendement pourrait suivre de près la règle relative à l'établissement y compris le membre de phrase en question. Si l'on se prononçait en faveur de l'acceptation expresse, le moment de l'acceptation pourrait déterminer le moment de la prise d'effet ou l'acceptation pourrait avoir un effet rétroactif. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer des projets de dispositions reflétant ces différents points de vue.

#### **B. Transfert de droits et cession du produit du crédit**

88. Le Groupe de travail a examiné des questions relatives au transfert de droits et à la cession du produit du crédit sur la base des considérations et suggestions énoncées dans la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.68, par. 18 à 23). On a admis que la distinction, faite dans cette note ainsi que dans les RUU et les RUG, entre le transfert du droit du bénéficiaire de demander le paiement en vertu de la lettre de garantie et la simple cession du produit du crédit était valable et utile.

#### *Transfert de droits*

89. Le Groupe de travail a estimé qu'il ne faudrait pas permettre au bénéficiaire de transférer ses droits sans l'autorisation du garant, laquelle pourrait être énoncée dans la lettre de garantie ou donnée séparément. L'exigence d'une telle autorisation, a-t-on dit, tenait compte du désir éventuel du garant, en tant que débiteur, de ne pas être mis en face d'un nouveau créancier inacceptable; surtout, cette exigence tenait compte indirectement de l'intérêt du donneur d'ordre à ce que les droits découlant de la lettre de garantie appartiennent à la personne dont le risque devait être couvert par cette lettre. Cette dernière considération était particulièrement importante lorsque le bénéficiaire était le créancier d'une opération sous-jacente avec le donneur d'ordre.

90. Une proposition plus restrictive tendait à limiter le droit de transfert aux cas où, dans la relation sous-jacente, le créancier garanti changeait, par cession du contrat sous-jacent ou d'une autre façon. Dans ce contexte, le Groupe de travail a discuté l'effet qu'un tel changement pouvait avoir

sur la relation entre le bénéficiaire et le garant. On a noté que des conclusions divergentes pouvaient être tirées, par exemple : extinction automatique de la lettre de garantie, transfert automatique des droits du bénéficiaire, ou absence totale d'effet automatique, auquel cas toute demande du bénéficiaire, qui n'était plus le créancier du donneur d'ordre, pourrait constituer un abus de droits. Le Groupe de travail a conclu que le problème devait être étudié plus avant.

### *Cession du produit du crédit*

91. Le Groupe de travail a estimé que le bénéficiaire était libre de céder tout produit qui deviendrait disponible lorsque le garant s'acquitterait de son obligation en vertu de la lettre de garantie. Certains ont émis des doutes quant à la nécessité de faire figurer une règle à cet effet dans la loi uniforme, mais le Groupe de travail a conclu qu'une telle règle pourrait être utile.

92. Des opinions divergentes ont été émises sur le point de savoir s'il fallait envisager des règles supplémentaires traitant de la notification de la cession au garant et d'autres détails d'exécution. Certains étaient d'avis qu'il ne convenait pas d'essayer, dans le contexte de la loi uniforme, d'unifier les diverses législations nationales relatives à la cession, par exemple, de traiter de la notification de cession en tant que condition de validité. D'autres étaient d'avis que la loi uniforme devrait traiter des questions qui avaient un effet direct sur la relation entre le bénéficiaire et le garant. L'une de ces questions était l'exigence d'une notification, qui était pertinente en ce qui concerne la bonne exécution par le garant de son obligation de paiement. A cet argument, on a répondu que d'autres questions aussi étaient pertinentes à cet égard, par exemple, la faillite du bénéficiaire ou le paiement à un agent de recouvrement.

93. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétaire de préparer, au sujet de la notification et éventuellement d'autres détails d'exécution, des projets de dispositions qui serviront de base à un réexamen ultérieur de la question.

### **C. Expiration**

94. Le Groupe de travail a examiné les questions liées à l'expiration des lettres de garantie sur la base des considérations et suggestions présentées dans la note du Secrétaire (A/CN.9/WG.II/WP.68, par. 24 à 43). Il a été convenu qu'il était d'une importance pratique considérable d'éviter les incertitudes liées à l'expiration et que la loi uniforme pourrait promouvoir la certitude sous deux aspects : la signification et les effets de l'expiration tels qu'énoncés dans la lettre de garantie et les conditions éventuelles liées aux clauses d'expiration.

#### *Signification et effets de l'expiration*

95. Le Groupe de travail a convenu qu'une date d'expiration figurant sur la lettre de garantie signifiait qu'une demande de paiement, accompagnée, le cas échéant, des documents requis, ne pouvait être présentée

qu'à cette date au plus tard et que le garant n'était donc pas tenu de payer lorsqu'une demande était présentée après cette date. Vu que les tribunaux de certaines juridictions avaient une interprétation différente, il a été convenu d'énoncer cette signification dans la loi uniforme en incluant une disposition similaire à l'article 19 des RUG. L'article 19 est libellé comme suit :

"Toute demande sera faite conformément aux termes et conditions de la garantie au plus tard à l'expiration de celle-ci et, en particulier, tous les documents spécifiés dans la garantie faisant l'objet de la demande seront présentés au garant au plus tard à l'expiration de celle-ci au lieu de son émission, sinon la demande sera refusée."

96. Il a été convenu que la future disposition devrait préciser si le moment pertinent en ce qui concerne la présentation de la demande est le moment de l'expédition par le bénéficiaire ou celui de la réception par le garant. Aucune observation n'a été faite quant au caractère impératif ou non de cette disposition.

97. Le Groupe de travail a convenu que les effets de l'expiration étaient automatiques, en ce sens qu'ils n'étaient pas fonction d'une mesure supplémentaire telle que la restitution de la lettre de garantie ou une déclaration libératoire faite par le bénéficiaire. Cette interprétation devrait être précisée dans la Loi type, au moins pour ce qui est de la question de la restitution de la lettre de garantie, comme c'est le cas à l'article 24 des RUG qui est rédigé comme suit :

"Lorsqu'une garantie a pris fin par paiement, expiration, annulation ou autrement, le fait de conserver la garantie ou un quelconque amendement y ayant été apporté ne confère aucun droit au bénéficiaire au titre de cette garantie."

98. On pourrait également envisager d'inclure une disposition similaire à l'article 23 des RUG traitant de la restitution de la lettre de garantie et de la libération avant l'expiration. On a noté que toute disposition reprise des RUG aurait des effets juridiques différents lorsqu'elle serait incorporée dans la loi uniforme et qu'un Etat donné lui donnerait effet car, à la différence d'une disposition contractuelle, elle remplacerait toute disposition légale conditionnant par exemple l'expiration à la restitution de l'instrument de garantie.

#### *Conditions possibles liées aux clauses d'expiration*

99. Le Groupe de travail a convenu que les clauses d'expiration pouvaient valablement faire référence à une date précise ou à un délai donné après l'émission de la lettre de garantie. Pour ce qui est des clauses liant l'expiration à un acte ou fait donné, ou à toute autre condition, il fallait établir une distinction, selon que la détermination de l'expiration supposait ou non une vérification ou un examen des faits. Si aucune vérification n'était requise, parce que l'expiration supposait la présentation de certains documents, il ne se poserait pas de problèmes sérieux, sinon que l'entreprise risquerait d'être de longue haleine, du moins si un document devait être fourni par le bénéficiaire.

100. Toutefois, on a exprimé des doutes sérieux quant à toute autre clause supposant un examen de faits n'étant pas du domaine de compétence du garant. Il a donc été suggéré que toute condition d'expiration non documentaire soit considérée comme une condition documentaire, ou transformée en condition documentaire. Il a été noté que cette approche documentaire avait été retenue à l'article 22 des RUG, qui semblait considérer la présentation de documents elle-même comme un fait emportant expiration. L'article 22 des RUG est rédigé comme suit :

"L'expiration d'une garantie pour ce qui est de la présentation des demandes aura lieu à une date du calendrier spécifiée ('date d'expiration') ou résultera de la présentation au garant du (des) document(s) spécifié(s) aux fins de l'expiration ('fait entraînant expiration'). Les réclamations reçues après la date d'expiration ou le fait entraînant expiration seront refusées par le garant."

101. Des avis divergents ont été exprimés quant à la question de savoir si la loi uniforme devrait exiger que les lettres de garantie comportent une clause d'expiration et, dans l'affirmative, quelle serait la sanction d'un défaut en la matière. Certains ont estimé qu'une lettre de garantie sans clause d'expiration devrait être invalidée, mais, selon l'avis qui a prévalu, il ne faudrait pas exiger de clause d'expiration, puisque l'on rencontrait dans la pratique des lettres de garantie ne comportant pas de telles clauses et qu'il y avait peut-être de bonnes raisons à cela. Toutefois, on pourrait envisager d'énoncer dans la loi uniforme un délai maximum, peut-être de cinq ans, après lequel les lettres de garantie ne comportant pas de telles clauses expireraient. Lorsqu'il rédigerait une disposition à cet effet, qui serait examinée ultérieurement par le Groupe de travail, le Secrétariat devrait tenir compte du fait que les parties pouvaient éventuellement avoir intérêt à prolonger la période de validité au-delà de ce délai limite.

102. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer des projets de dispositions relatives à l'expiration, sur la base des conclusions et suggestions ci-dessus.

#### D. Obligations du garant

103. Le Groupe de travail a examiné des questions relatives à l'obligation du garant de payer sur présentation d'une demande conforme (y compris la question des modalités de l'examen de conformité), sur la base des considérations et suggestions énoncées dans la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.68, par. 44 à 57)<sup>4</sup>.

104. En ce qui concerne la forme de la demande, le Groupe de travail a estimé que les demandes purement verbales ne devraient pas être autorisées.

105. Une proposition a été faite tendant à ce que la loi uniforme énumère, dans le contexte des conditions auxquelles le paiement est subordonné ou à l'article 3-2 c, les

quatre principaux types de lettres de garantie généralement utilisés en pratique. Ces types étaient, en bref, que le paiement était dû : 1) sur simple demande, 2) sur déclaration supplémentaire du bénéficiaire selon laquelle le donneur d'ordre ne s'était pas acquitté de ses obligations, 3) sur spécification supplémentaire des obligations dont le donneur d'ordre ne s'était pas acquitté, ou 4) sur preuve documentaire (par exemple, attestation d'un tiers, décision judiciaire ou arbitrale) établissant que le donneur d'ordre ne s'était pas acquitté de ses obligations. L'énumération proposée, qui ne devrait pas être exhaustive, aurait un but éducatif et ferait savoir que tous les quatre types étaient utilisés et reconnus dans la pratique internationale. A l'encontre de cette proposition, certains ont fait valoir que l'énumération de particularités d'une pratique en évolution constante n'avait pas sa place dans une loi à moins d'avoir un but régulateur précis, et qu'elle pourrait être mal comprise et être interprétée comme accordant une reconnaissance spéciale aux quatre types mentionnés.

106. En ce qui concerne les modalités de l'examen de conformité, beaucoup ont appuyé l'idée d'inclure dans la loi uniforme une disposition s'inspirant de l'article 9 des RUG. L'article 9 des RUG est rédigé comme suit :

"Tout (Tous) document(s) présent(s) à un garant au titre d'une garantie, y compris la demande, sera(ont) examiné(s) par le garant avec un soin raisonnable, afin de déterminer s'il(s) est (sont) conforme(s) en apparence aux termes et conditions de la garantie. Les documents qui, en apparence, ne sont pas conformes ou ne sont pas compatibles entre eux, seront refusés."

107. On a particulièrement appuyé la notion de conformité apparente et l'exigence d'un soin raisonnable. Diverses suggestions ont été faites en vue de fournir des indications plus précises au sujet de la notion de conformité apparente et de l'exigence d'un soin raisonnable. L'une de ces suggestions tendait à ce que la loi uniforme consacre le principe de la stricte conformité des documents avec les termes de la lettre de garantie. Certains ont cependant fait observer que ce principe communément accepté n'indiquerait peut-être pas clairement jusqu'à quel point on tolérerait qu'on s'en écarte, et qu'il y aurait peut-être moins d'occasions de l'appliquer dans le contexte des lettres de garantie que dans le contexte des lettres commerciales de crédit. Une autre suggestion tendait à ce que l'exigence d'un soin raisonnable soit interprétée compte tenu des coutumes et pratiques établies. Une autre suggestion encore tendait à ce que le soin raisonnable exigé du garant soit déterminé en fonction de la conduite des émetteurs de lettres de garantie les plus diligents. En réponse à cette suggestion, on a fait observer que tout degré de diligence devait être apprécié en fonction du groupe de personnes pertinent et que, dans une situation où les intérêts risquaient d'être en conflit, il ne fallait pas donner la préférence à l'un de ces groupes.

108. Sur la base de la discussion susmentionnée, le texte suivant a été proposé :

"Lorsqu'il interprète les termes et conditions de garanties indépendantes ou de lettres de crédit stand-by, le garant ou l'émetteur doit le faire strictement, c'est-à-dire en faisant preuve d'un soin raisonnable pour en établir la conformité apparente, conformément aux normes les

<sup>4</sup>Le Groupe de travail n'a pu, faute de temps, examiner les questions du délai alloué pour l'examen, des obligations de notification et de la responsabilité et de l'exonération traitées dans le document A/CN.9/WG.II/WP.68 (par. 58 à 72).

plus élevées de la pratique en matière de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by.”

109. Beaucoup ont approuvé l'esprit de cette proposition mais plusieurs en ont critiqué le texte. On a fait observer que la norme à appliquer pour évaluer la conduite du garant était décrite d'une manière plutôt détournée. On a également dit que la référence aux normes les plus élevées de la pratique en matière de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by était peut-être trop générale pour fournir des réponses claires dans des cas précis où l'on avait besoin de directives. On a en outre fait observer que, pour louable qu'en soit l'objet, la référence aux normes "les plus élevées" risquait de ne pas être généralement acceptable.

110. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de poursuivre son examen de la proposition à une session future et prié le Secrétariat de rédiger des projets de texte sur la base de la proposition et de l'article 9 des RUG.

#### E. Traitement des conditions non documentaires

111. Une vive préoccupation ayant été exprimée, le Groupe de travail a repris son examen des conditions non documentaires qu'il avait entamé lorsqu'il avait examiné la variante A du projet d'article 7 2 (voir par. 70 à 75 ci-dessus). Cette préoccupation était la suivante : le problème des conditions non documentaires était fondamental et avait des incidences sur toutes les questions qui devaient être traitées lors de l'élaboration de la loi uniforme. Il fallait, a-t-on dit, y apporter promptement une solution satisfaisante, qui consisterait à limiter le champ d'application de la loi uniforme aux engagements indépendants de caractère documentaire. Les conditions non documentaires étaient tout à fait inappropriées, car elles étaient sources d'incertitude et imposaient aux banques la charge d'examiner des faits extérieurs qui n'entraient pas dans le cadre de leurs activités ordinaires (comme le dit la maxime : les banques traitent des documents et non des marchandises).

112. On a noté que les conditions non documentaires apparaissaient dans le texte des engagements de garantie de deux manières. Dans le premier cas, il s'agissait d'une négligence ou d'une inadvertance de la banque émettrice qui, par exemple, oubliait de mentionner un des divers documents normalement requis pour le type d'engagement en question. Dans le second cas, il y avait intention du garant et sans doute du donneur d'ordre, lorsque, par exemple, dans une garantie apparemment indépendante et documentaire, apparaissait une condition non documentaire liée à l'opération sous-jacente. Il semblait approprié d'inclure dans le champ de la loi uniforme le premier type de cas et soit d'ignorer la condition non documentaire, soit de la transformer en condition documentaire. Toutefois, le deuxième type de cas devrait être exclu du champ d'application de la loi uniforme. Il ne faudrait pas accorder de crédibilité aux engagements pris dans de tels cas ni les considérer comme certains.

113. Sur la base de ladite préoccupation, la proposition ci-après a été faite :

"1) *Champ d'application* : Le présent projet ne porte que sur les engagements documentaires indépendants.

2) Lorsqu'un engagement est rédigé de manière à être essentiellement un engagement documentaire indépendant, mais comporte une condition qui ne suppose pas la production d'un document et si ladite condition n'a pas pour effet de rendre l'engagement essentiellement non documentaire, ledit engagement entre dans le champ d'application de la loi/convention de la CNUDCI. La condition non documentaire sera soit ignorée, soit convertie en condition documentaire, selon la décision qui sera prise par le Groupe de travail lors de sessions ultérieures.

3) Lorsqu'un engagement est rédigé de manière à être essentiellement non documentaire, même s'il inclut des conditions documentaires, il n'entre pas dans le champ d'application de la loi/convention de la CNUDCI. La question de savoir si cet engagement produit ses effets, et à quelles conditions, est régie uniquement par le droit interne.

4) Pour déterminer si un engagement est essentiellement documentaire ou non documentaire, il faut examiner la nature de l'engagement, compte tenu de la pratique en matière de garantie/stand-by, afin de déterminer si ledit engagement est conforme au type et à la présentation habituellement utilisés soit pour les engagements non documentaires, soit pour les engagements documentaires."

114. Diverses observations ont été faites quant au fondement et aux objectifs de la proposition, au caractère approprié de la solution proposée et à la distinction faite entre un engagement essentiellement documentaire et un engagement essentiellement non documentaire. Pour ce qui est du fondement de la proposition, il est apparu durant le débat que cette proposition se fondait sur une approximation du caractère indépendant et documentaire de l'engagement. L'objet de cette approche était de limiter le champ d'application de la loi uniforme davantage encore que ne le faisait actuellement la condition de l'indépendance de l'engagement énoncée dans le projet d'article 3, en ce sens que la proposition englobait les conditions non documentaires qui ne rendaient pas l'engagement accessoire en donnant au garant un moyen de défense fondé sur l'opération sous-jacente.

115. Des avis divergents ont été exprimés quant à la solution proposée consistant à exclure ces types d'engagements du champ d'application de la loi uniforme. Selon un avis, la solution était acceptable, car elle laissait intacte l'autonomie des parties, mais n'encourageait pas le recours à de tels engagements incertains, ou ne leur donnait pas de crédibilité. Selon un autre avis, plutôt que de voir ces engagements régis par des lois nationales disparates et incertaines, il était souhaitable de les soumettre à la loi uniforme, notamment s'ils posaient des problèmes qui ne pouvaient être évités ou réglés par les banques elles-mêmes. Selon un autre avis encore, si l'exclusion de tels engagements du champ d'application de la Loi type semblait souhaitable, l'acceptation de cette solution serait en dernière analyse fonction de la possibilité de tracer une ligne de démarcation précise entre les types d'engagement qui

devraient être exclus et ceux qui devraient être inclus dans le champ d'application de la loi uniforme.

116. La distinction établie dans la proposition ci-dessus entre les engagements essentiellement documentaires et les engagements essentiellement non documentaires a reçu un certain appui. Toutefois, des doutes ont été exprimés quant à la règle d'interprétation avancée dans la dernière partie de la proposition (par. 4). On s'est demandé, par exemple, s'il était approprié et équitable, dans des cas mettant en jeu trois personnes ayant des intérêts potentiellement divergents, de faire référence à ce qui est "habituellement utilisé". On s'est aussi demandé s'il existait en fait pour les engagements des types et présentations suffisamment précis qui permettent de donner une réponse claire en cas de doute. Dans la mesure où la distinction en question reflétait la distinction entre une inclusion non intentionnelle et une inclusion intentionnelle de conditions non documentaires, on s'est aussi demandé si cela n'introduisait pas un élément de subjectivité et d'incertitude. En réponse, il a été indiqué que la notion d'intention devait être comprise de manière objective, que l'on avait mis au point dans la pratique des types et présentations suffisamment précis pour les engagements et qu'il serait utile d'inclure dans les définitions de la loi uniforme une description succincte de ces types et présentations. En outre, on a déclaré qu'en cas de conflit éventuel entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, c'était au garant de jouer un rôle neutre en tant que "payeur honnête et fiable".

117. Afin de réduire les incertitudes liées à la distinction proposée, il a été suggéré qu'un engagement dans lequel figuraient des mots tels que "stand-by documentaire indépendant" soit considéré comme essentiellement documentaire. Selon une autre suggestion, il faudrait définir clairement les mots "condition non documentaire", et en particulier déterminer quels types de conditions devraient être traitées comme non documentaires.

118. Après un débat, le Groupe de travail a convenu que le problème des conditions non documentaires qui avait suscité la préoccupation susmentionnée était un problème fondamental et complexe et que la proposition tendant à exclure les engagements essentiellement non documentaires du champ d'application de la loi uniforme constituait une base utile pour la poursuite des débats à la recherche d'une solution satisfaisante.

#### IV. QUESTIONS DIVERSES

119. Le Groupe de travail a décidé de tenir sa quinzième session du 13 au 24 mai 1991 à New York. Sous réserve de l'approbation de la Commission à sa vingt-quatrième session (Vienne, 10-28 juin 1991), le Groupe de travail tiendrait sa seizième session du 4 au 15 novembre 1991 à Vienne.

### B. Documents de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa quatorzième session

#### 1. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : loi uniforme sur les lettres de garantie internationales : premier projet de dispositions générales et article sur l'établissement : note du Secrétariat

(A/CN.9/WG.II/WP.67) [Original : anglais]

#### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION .....	343
I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES .....	343
Article 1 <sup>er</sup> . Champ d'application .....	343
Article 2. Lettre de garantie .....	343
Article 3. Indépendance de l'engagement .....	344
Article 4. Internationalité .....	345
Article 5. Interprétation de la présente Loi .....	346
Article 6. Interprétation de la lettre de garantie .....	346
II. ÉTABLISSEMENT, MODIFICATION ET EXPIRATION .....	347
Article 7. Forme et moment de l'établissement .....	347

## INTRODUCTION

1. A sa treizième session, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a examiné, sur la base d'une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.65), les questions qui pourraient être traitées dans une loi uniforme sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (A/CN.9/330). Il s'agissait du champ d'application de la loi uniforme quant au fond, de l'autonomie des parties et de ses limites et des règles d'interprétation possibles. Le Groupe de travail a également procédé à un échange de vues préliminaire sur des questions liées à la forme et au moment de l'établissement de la lettre de garantie. Il a prié le Secrétariat de soumettre à sa session suivante une première série de projets d'articles, avec toutes les variantes possibles, sur les questions examinées durant la treizième session.

2. La présente note fait suite à ladite demande. Elle comporte un premier projet de dispositions générales relatives au champ d'application quant au fond et à l'interprétation, ainsi qu'un premier projet d'article sur l'établissement.

3. La présentation retenue a pour objet de faciliter les délibérations et décisions du Groupe de travail sur les diverses questions traitées dans les projets de dispositions. Les différentes options ou suggestions de caractère tout-à-fait préliminaire sont en général placées entre crochets; certaines options qui sont plus élaborées ou présentent des approches différentes sont appelées variantes. Une variante peut comporter un élément qui est interchangeable, en ce sens qu'il pourra être utilisé dans une autre variante, selon la décision que prendra le Groupe de travail à propos de la question traitée. Une fois que le Groupe de travail aura choisi une option ou une partie de cette option, le Secrétariat réexaminera le libellé retenu afin d'en vérifier la cohérence et le style.

4. Chaque projet de disposition est suivi de remarques présentant de brèves explications sur le projet lui-même et sur ses éléments ou variantes; lorsqu'une portion d'un projet de dispositions fait l'objet d'une remarque, le numéro de paragraphe de cette remarque y est indiqué (entre crochets, p. ex. [3]). Dans un souci de concision, le Secrétariat n'a pas repris dans lesdites remarques les considérations et conclusions pertinentes du Groupe de travail à sa treizième session, qu'il est aisé de consulter dans le rapport de ladite session (A/CN.9/330).

## I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

*Article premier. Champ d'application [1]*

La présente Loi [2] s'applique à toute lettre de garantie internationale [3] [émise dans le présent Etat] [4].

*Remarques*

1. Les titres des projets de dispositions figurant dans la présente note n'ont pour objet que de faciliter l'examen du texte par le Groupe de travail. S'il est ultérieurement décidé de conserver les titres dans la version définitive, on pourra envisager d'ajouter une note explicative, telle que celle qui

figure dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international : "Les titres des articles sont destinés uniquement à faciliter la lecture du texte et ne doivent pas être utilisés à des fins d'interprétation".

2. Pour ce qui est de l'utilisation proposée du mot "Loi", on se rappellera que le Groupe de travail a pour mandat d'entreprendre des travaux sur une loi uniforme, qu'elle prenne la forme d'une loi type ou d'une convention, et qu'il a convenu de trancher ultérieurement la question de la forme. S'il est décidé de choisir la forme d'une convention, des modifications devront être apportées dans ce projet de disposition et dans d'autres.

3. Le mot "internationale" est défini dans le projet d'article 4 et on trouvera dans le projet d'article 2 une définition de la "lettre de garantie".

4. Les mots placés entre crochets ont été ajoutés essentiellement pour indiquer un emplacement approprié sur lequel pourrait se fonder tout critère relatif au champ d'application territorial. Si l'on pourrait déjà examiner à titre préliminaire les critères proposés, il serait sans doute plus approprié de le faire de manière plus approfondie à une date ultérieure, lors de l'examen des règles relatives aux conflits de lois.

\* \* \*

*Article 2. Lettre de garantie [1]*

Une lettre de garantie, qu'elle soit ou non dénommée lettre de garantie, garantie, cautionnement, sûreté ou lettre de crédit stand-by, [2] est un engagement indépendant [3] pris par une banque ou tout autre établissement ou personne ("garant") [à la demande de son client ("donneur d'ordre") ou sur les instructions d'une autre banque, établissement ou personne ("partie ordonnatrice") agissant sur la demande de son client ("donneur d'ordre")] [4] [, que cela soit ou non sur la demande ou sur les instructions d'un autre établissement ou d'une autre personne], [5] de payer à une autre personne ("bénéficiaire") [6] un certain montant ou un montant déterminable dans une monnaie [ou unité de compte ou autre article doté d'une valeur] déterminée [7] conformément aux conditions de l'engagement.

*Remarques*

1. Ce projet de disposition présente une définition unique de la lettre de garantie englobant les garanties indépendantes et les lettres de garantie stand-by. Cette approche unitaire semble justifiée, vu que ces instruments ont une fonction équivalente et ont pour l'essentiel le même caractère juridique. Si l'on jugeait nécessaire ou préférable d'adopter une approche dualiste, on pourrait envisager de fonder les définitions sur celles qui sont données dans le projet de Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties (RUG) et dans les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU). Toutefois, pour ce qui est de la définition du crédit donné à l'article 2 des RUU, il serait probablement nécessaire d'exprimer la fonction de garantie que remplit la lettre de crédit stand-by, par contraste avec

la fonction de paiement garanti que remplit la lettre de crédit commerciale traditionnelle, en ajoutant, par exemple, les mots suivants "pris afin de garantir le bénéficiaire contre toute défaillance du donneur d'ordre ou contre tout autre risque spécifié".

2. Ce libellé se fonde sur l'article premier des RUG ("quelle que soit son appellation ou sa description"). Il a pour objet de préciser qu'un engagement peut être considéré comme une lettre de garantie, quel que soit son nom et même s'il ne porte aucun nom. Le libellé proposé permet également de donner des exemples des types les plus courants d'engagements indépendants qui pourront entrer dans la nouvelle catégorie des "lettres de garantie". Toujours dans ce souci d'illustration et d'information, il faudrait soigneusement examiner la liste des types d'engagements, afin d'utiliser les noms les plus appropriés utilisés jusqu'ici dans les différentes régions et dans les diverses langues.

3. Le mot "indépendant" est défini au projet d'article 3.

4. Ce libellé est une version abrégée du texte correspondant figurant à l'article 2 a des RUG. Il ne comprend pas, notamment, les mots "et sous la responsabilité" (du donneur d'ordre ou de la partie ordonnatrice), qui ne semblent pas appropriés dans la définition d'une garantie indépendante. Ce libellé ne constitue pas un contexte approprié pour définir des termes tels que la "lettre de contre-garantie", ou la "confirmation d'une lettre de garantie", bien qu'il englobe également ce type de lettres de garantie. De telles définitions seront ou non nécessaires selon que les règles de fond de la loi uniforme comporteront ou non des dispositions particulières relatives à ces types de lettre de garantie.

5. Ce libellé, aux termes duquel une demande (du donneur d'ordre ou de la partie ordonnatrice) n'est pas requise, englobe les engagements pris par le garant pour son propre compte ou en son nom, c'est-à-dire lorsqu'une partie est à la fois garant et donneur d'ordre. Puisque ce libellé n'offre pas un contexte approprié pour des définitions, celles-ci devront être présentées, si cela est jugé nécessaire, dans d'autres dispositions.

6. On pourra envisager d'ajouter les mots "ou personnes", afin de couvrir sans ambiguïté les cas où il y a pluralité de bénéficiaires, comme cela se produit notamment dans le cas des lettres de crédit stand-by financières, qui sont d'habitude émises en faveur de bénéficiaires multiples ou de représentants fiduciaires de bénéficiaires ou sous-bénéficiaires multiples. Cette précision permettra peut-être de résoudre les problèmes qui se posent dans les juridictions où les règles de l'interprétation légale ne permettront de conclure que le singulier inclut le pluriel.

7. Le libellé entre crochets serait plus large que l'expression "paiement d'un montant" utilisé à l'article 2 des RUG. Il inclurait les unités de compte, comme il est indiqué plus en détail à l'article 5-1 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (ci-après dénommée "Convention de la CNUDCI sur les lettres de change et les billets à ordre").

En outre, il répondrait aux préoccupations exprimées lors de la treizième session, selon lesquelles la référence au paiement d'un montant ou à une monnaie serait peut-être trop étroite en ce sens qu'elle exclurait, par exemple, un engagement à payer en or (A/CN.9/330, par. 21).

\* \* \*

### Article 3. Indépendance de l'engagement [1]

#### Variante A : [2]

1) Un engagement [international] [3] est [réputé être] [4] indépendant, à moins qu'il ne ressorte de ses termes [5] que l'obligation de paiement est fonction de l'existence ou de la validité d'une opération sous-jacente entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire ou de toute autre relation, à l'exception de celle qui naît dudit engagement, ou que le garant peut invoquer des moyens de défense découlant d'une relation autre que sa relation avec le bénéficiaire [6].

#### Variante B : [7]

1) Un engagement est indépendant s'il n'est pas lié à une opération sous-jacente ou à toute autre relation, à l'exception de celle qui est née dudit engagement.

[2][8] Pour la détermination de l'indépendance d'un engagement donné, une description ou un terme figurant dans le texte de l'engagement ne seront pas jugés concluants si les autres termes et conditions vont nettement dans le sens contraire. Lors de l'évaluation des termes et conditions dans leur intégralité, les facteurs ci-après pourront être considérés comme des éléments en faveur de l'indépendance de l'engagement :

a) Paiement promis "sur simple demande", "à première demande", "sur demande", "sur remise d'une demande écrite", ou mots ayant un sens similaire;

b) Engagement à payer précisé par des termes tels que "inconditionnel", "indépendamment de l'existence d'un contrat x valide", "avec renonciation à tout droit d'opposition et toute exception découlant dudit contrat" ou "sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve d'une défaillance";

c) Paiement contre présentation de documents, y compris une déclaration du bénéficiaire, et sans qu'il soit nécessaire de procéder à une vérification de faits n'étant pas du domaine du garant;

d) Référence à une opération sous-jacente dans un préambule seulement ou dans un récapitulatif et non dans les dispositions de fond;

e) Engagement expressément soumis aux Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires ou aux Règles uniformes relatives aux garanties.]

#### Remarques

1. Ce projet de disposition vise à définir le mot "indépendant" utilisé en tant que critère de l'application de la loi uniforme dans le projet d'article 2. On notera que le mot "indépendant" n'est pas défini ici simplement comme l'opposé du mot "accessoire", c'est-à-dire lié à l'opération

sous-jacente entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Le principe de l'indépendance, tel qu'il est énoncé dans ce projet de disposition, est plus large, en ce sens qu'il énonce aussi l'autonomie par rapport à d'autres relations, telles que celles qui existent entre le garant et un donneur d'ordre ou une partie ordonnatrice.

2. La variante A est considérablement plus détaillée que la variante B; elle est expliquée plus en détail ci-après (remarques 3 à 6). Il existe également entre ces deux variantes une différence qui est peut-être moins apparente : la variante A incorpore une suggestion que le Groupe de travail avait convenu de réexaminer sur la base d'un projet du Secrétariat : un engagement international serait considéré comme indépendant si l'on ne pouvait déterminer s'il était indépendant ou accessoire (A/CN.9/330, par. 95 et 96). Si la variante B ne serait d'aucun secours en cas de doute, la variante A résoudrait le problème d'interprétation en n'excluant du champ d'application que les engagements dont il serait déterminé qu'ils sont accessoires ou dépendants de toute autre manière, sur la base des règles d'interprétation dont le Groupe de travail pourrait convenir.

3. Le mot "international" n'est pas nécessaire, vu le projet d'article premier. Toutefois, il peut être utile de le répéter ici, afin de souligner que la règle proposée, favorisant en cas de doute l'indépendance, est limitée aux engagements internationaux.

4. Les mots "réputé être" peuvent, au sens strict, ne pas être corrects pour ce qui est d'engagements manifestement indépendants. Toutefois, ils peuvent contribuer à mettre en exergue la règle mentionnée ci-dessus, stipulant qu'aux fins de la loi uniforme un engagement sera considéré comme indépendant s'il ne peut être déterminé qu'il est accessoire.

5. On pourrait envisager d'ajouter après les mots "ses conditions" les mots "telles qu'interprétées conformément à l'article 6 et au paragraphe 2 du présent article". Si les règles d'interprétation en question devaient être incluses dans la loi uniforme cet ajout permettrait de préciser qu'une interprétation approfondie est requise, avant que l'on puisse déterminer que le doute est suffisamment sérieux pour déclencher le fonctionnement de la règle susmentionnée.

6. La variante A définit en substance le mot "accessoire" en soulignant les relations possibles qui empêchent l'engagement d'être indépendant ou autonome. Il semble que la ligne de démarcation proposée entre les mots "accessoire" et "indépendant" soit en principe correcte. Toutefois, il faudra la réexaminer et peut-être l'affiner compte tenu des conclusions du Groupe de travail sur des questions telles que les conditions non documentaires requises en matière de validité ou de paiement, les effets possibles de l'illégalité de l'opération sous-jacente sur l'obligation du garant et la mesure dans laquelle des faits liés à l'opération sous-jacente peuvent être invoqués en cas de fraude ou d'abus manifestes.

7. La variante B est présentée pour deux raisons : premièrement, pour introduire une définition simple n'incorporant pas la règle mentionnée ci-dessus tendant à

favoriser l'indépendance en cas de doute absolu; deuxièmement, pour soumettre une autre définition du mot "indépendant", qui est considérablement plus brève que celle qui est présentée dans la variante A.

8. Le paragraphe 2 est présenté entre crochets, afin que le Groupe de travail donne son avis sur la question suivante : la loi uniforme devrait-elle comporter des directives particulières permettant de déterminer le caractère indépendant d'un engagement et devrait-elle donner tous ces détails, touchant notamment la pratique actuelle et la terminologie, qui figurent dans les indicateurs types de l'indépendance ? Ce paragraphe énonce également la règle proposée selon laquelle tel ou tel terme ou description peuvent ne pas être pris en compte au cas où la lettre de garantie comporterait des termes contradictoires.

\* \* \*

#### Article 4. *Internationalité* [1]

*Variante A* : [2]

Une lettre de garantie est internationale :

a) si deux des lieux suivants spécifiés dans la lettre de garantie sont situés dans des Etats différents :

- i) [Le lieu où la lettre de garantie a été émise] [L'établissement du garant];
- ii) L'établissement du bénéficiaire;
- iii) Le lieu du paiement;
- iv) L'établissement [d'un donneur d'ordre ou une partie ordonnatrice] [de la personne à la demande de laquelle la lettre de garantie a été émise];
- v) L'établissement d'un garant confirmateur;

ou

b) si cela est expressément énoncé dans la lettre.

*Variante B* : [3]

Une lettre de garantie est internationale si deux des [personnes] [parties] suivantes ont leur établissement dans des Etats différents : garant, bénéficiaire, donneur d'ordre, partie ordonnatrice, garant confirmateur.

*Variante C* : [4]

Une lettre de garantie est internationale si :

a) le garant et le bénéficiaire ont leur établissement dans des Etats différents; ou

b) le lieu d'émission et l'établissement d'un donneur d'ordre ou d'une partie ordonnatrice sont situés dans des Etats différents; ou

c) le lieu d'émission et le lieu de paiement sont situés dans des Etats différents; ou

d) la lettre de garantie se rattache de toute autre manière [substantielle] à plus d'un pays.

*Variante D* : [5]

Une lettre de garantie est internationale si elle se rattache à une opération internationale, qu'elle soit commerciale ou financière.

*Remarques*

1. Ce projet de disposition définit le mot "international" utilisé dans le projet d'article premier et pourra ultérieurement être ajouté audit article. Il présente quatre variantes, car le Groupe de travail avait demandé au Secrétariat d'établir diverses variantes du critère d'internationalité, compte tenu des vues et suggestions exprimées lors de la treizième session (A/CN.9/330, par. 51 à 57).

2. La variante A, comme la variante B, énumère un certain nombre de lieux, dont deux au moins doivent être situés dans des Etats différents pour qu'une lettre de garantie soit internationale. Toutefois, elle précise que ces lieux doivent être spécifiés dans la lettre de garantie, de sorte que le personnel des banques et les autres personnes entre les mains desquelles passe la lettre puissent aisément vérifier si celle-ci est internationale. Si la liste donnée à l'alinéa a couvre déjà la plupart des liens internationaux possibles, l'alinéa b élargirait encore le champ d'application en donnant effet à une déclaration figurant dans la lettre de garantie disposant que celle-ci doit être considérée comme internationale — il s'agit donc en quelque sorte d'une clause contractuelle de soumission (*opting-in clause*). Cette solution, qui pourrait également être incluse dans la variante B, semble plus appropriée dans la variante A qui dispose que les éléments pertinents doivent être spécifiés dans la lettre. Elle pourra par exemple être retenue par une personne émettant une lettre de crédit stand-by financière, même si l'établissement du bénéficiaire ou des bénéficiaires, probablement à l'étranger, n'est pas spécifié ou n'est pas connu.

3. La variante B diffère de la variante A à deux autres titres. Elle n'inclut pas le lieu du paiement, qui est rarement différent du lieu d'émission, et les établissements d'un donneur d'ordre et d'une partie donnant des instructions y sont considérés comme des facteurs de rattachement distincts; elle englobe ainsi le cas où un donneur d'ordre demande à une banque dans un Etat différent de charger une autre banque dudit Etat d'émettre la lettre de garantie. Pour ce qui est du mot "établissement" utilisé également dans les variantes A et C, on pourrait envisager de compléter ce terme en énonçant les règles applicables au cas où une partie a plus d'un établissement ou n'a pas d'établissement (en prenant par exemple pour modèle l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, ci-après dénommée "Convention des Nations Unies sur les ventes").

4. La variante C n'envisage que trois facteurs de rattachement définis, mais son alinéa d englobe un nombre indéterminé de facteurs possibles. Cette formule souple introduit une certaine imprécision, ce qui peut ne pas être souhaitable, du moins si cela risque d'avoir des conséquences juridiques sérieuses.

5. La variante D est encore plus souple et indéterminée. Si elle peut être appropriée dans une législation nationale, où elle aura été sans doute précisée par la jurisprudence, elle semble moins adaptée à une nouvelle loi uniforme d'origine et de conception universelles.

\* \* \*

*Article 5. Interprétation de la présente Loi*

Pour l'interprétation de la présente Loi, il sera tenu compte de son [caractère international] [origine internationale] [1] et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application, ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans [les opérations internationales] [la pratique internationale en matière de garantie ou de crédit]. [2]

*Remarques*

1. Le mot "caractère" a été utilisé dans diverses conventions émanant des travaux de la Commission et serait certainement approprié si la loi uniforme était adoptée sous forme d'une convention. Il pourrait également l'être si la loi uniforme était promulguée en tant que Loi type. Dans ce dernier cas, il sera toutefois peut-être techniquement plus juste de faire référence à l'origine internationale.

2. Le terme général "opérations" a été utilisé dans la Convention de la CNUDCI sur les lettres de change et les billets à ordre et semble approprié également pour la loi uniforme. Toutefois, si l'on souhaite un terme plus précis, les mots "pratique en matière de garantie ou de crédit" pourraient être appropriés, notamment si le texte définitif de la loi uniforme englobe les lettres de crédit commerciales traditionnelles.

\* \* \*

*Article 6. Interprétation de la lettre de garantie [1]**Variante A : [2]*

1) Sous réserve des dispositions de la présente Loi [et de toute autre loi applicable] [3], les droits et obligations des parties sont déterminés par les termes et conditions énoncés dans la lettre de garantie, y compris toutes règles, conditions ou usages qui y sont mentionnés [4] [et, sauf disposition contraire, tout usage international dont les parties ont connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé par les parties à des opérations de garantie ou de crédit] [5].

2) Les termes et conditions de la lettre de garantie doivent être interprétés conformément à l'intention des parties [6], compte tenu du sens ordinaire qu'ils ont pour une personne raisonnable comprenant le but commercial de l'opération et compte dûment tenu de toute pratique que les parties ont établie entre elles [7].

*Variante B : [8]*

Pour la détermination des droits et obligations du garant et du bénéficiaire, les termes et conditions énoncés ou mentionnés dans la lettre de garantie doivent être interprétés compte tenu du sens ordinaire que leur donne une personne raisonnable.

*Remarques*

1. Le titre de l'article pourra être modifié si la variante A est retenue. Il pourrait par exemple être libellé comme suit : "Détermination des droits et obligations".

2. Le paragraphe 1 de la variante A vise à introduire le principe de l'interprétation stricte et à traiter de la question de l'autonomie des parties et de ses limites. La combinaison de ces deux questions permet d'appeler l'attention sur le fait que, si les droits et obligations découlent des conditions de l'engagement, ils peuvent être soumis aux dispositions impératives de la loi. Pour ce qui est des dispositions de la loi uniforme elle-même, il faudra décider pour chacune d'entre elles si les parties ont le droit ou non d'y déroger.

3. La référence entre crochets à "toute autre loi applicable" pourrait être un rappel utile au fait que les droits et obligations des parties peuvent être soumis à diverses dispositions impératives de la loi traitant de questions non régies par la loi uniforme (par exemple, contrôle des changes, supervision des banques, capacités des parties ou faillite). Toutefois, une telle référence ne figure normalement pas dans les textes juridiques comparables et elle pourra être considérée comme trop générale pour être utile.

4. Une référence dans la lettre de garantie à des règles (par exemple, des règles uniformes), à des conditions (par exemple, des conditions générales) ou à des usages n'a aucune incidence sur les droits et obligations des parties si elle n'est pas valide en vertu de la loi applicable. Toutefois, il ne semble pas nécessaire d'exprimer cette exigence de validité dans le projet de disposition.

5. Le libellé entre crochets s'inspire de l'article 9-2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Bien que le sujet ne soit pas le même, il est peut-être nécessaire que la loi uniforme donne effet à un usage international par le biais d'un accord implicite. Toutefois, cette nécessité se fera peut-être moins sentir si le Groupe de travail retient l'incorporation des règles et usages dans la lettre de garantie (voir ci-dessus la remarque 4) et la référence à toute autre loi applicable (voir ci-dessus la remarque 3) qui pourra, par exemple, être une règle de droit coutumier sur les lettres de crédit. Si l'on souhaite une formule plus directe, un usage international pourra être reconnu même sans accord implicite et sans que soit mentionnée la condition de la connaissance.

6. La référence à l'intention des parties comme critère principal de l'interprétation se fonde sur l'article 8-1 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Toutefois, elle est utilisée dans ce dernier texte par référence à une partie donnée et n'exerce ses effets que si l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention. La loi uniforme pourrait comporter cette formule individualisée si, axée sur l'engagement, elle limitait la règle d'interprétation aux droits et obligations du garant. Si la règle est appliquée aux deux parties, le critère de l'intention conserve son importance, mais il faudra sans doute le préciser au moyen d'un libellé plus souple.

7. La règle d'interprétation proposée vise à établir un équilibre entre deux exigences : d'une part, être strict en donnant pleinement crédit à la lettre même de l'engagement et, d'autre part, être souple en introduisant des facteurs ne découlant pas nécessairement de la lettre de

garantie. Cet équilibre n'est certes pas facile à atteindre, mais la règle proposée devrait favoriser deux importants objectifs, à savoir, répondre à l'attente des parties et assurer l'utilité commerciale des engagements indépendants.

8. La variante B introduit la règle d'interprétation par des mots qui énoncent l'objectif visé et reflètent moins directement que le paragraphe 1 de la variante A la notion de stricte interprétation. Pour ce qui est de ces deux variantes, on notera que la question connexe de la mesure dans laquelle la demande en garantie devra être conforme aux conditions de la lettre de garantie sera traitée dans un projet de disposition distinct, dans un futur chapitre consacré à la demande de paiement.

\* \* \*

## II. ÉTABLISSEMENT, MODIFICATION ET EXPIRATION

### Article 7. *Forme et moment de l'établissement* [1]

1) Une lettre de garantie peut être établie par tout moyen de communication en attestant l'existence. [2]

#### *Variante A* : [3]

2) La lettre de garantie crée une obligation et, à moins qu'il n'y soit indiqué expressément qu'elle est révoquable, devient irrévocable lorsqu'elle est reçue par le bénéficiaire [4] [, à moins que ce dernier ne la rejette promptement]. La lettre de garantie produit ses effets [5] à ce moment, à moins [qu'il n'y soit indiqué qu'elle produira ses effets à une date différente ou qu'elle ne produira ses effets que lors de la survenance d'un événement futur spécifié et incertain, auquel cas le garant pourra exiger du bénéficiaire ou d'un tiers approprié une déclaration indiquant que ce fait s'est produit, si le garant n'a pas compétence pour vérifier ledit fait] [6] [qu'il n'y soit indiqué expressément qu'elle produira ses effets si une condition spécifiée pouvant être déterminée par le garant est remplie] [7].

#### *Variante B* : [8]

2) Sauf disposition contraire, la lettre de garantie produit ses effets et est irrévocable lorsqu'elle est émise par le garant pour le bénéficiaire ou pour le donneur d'ordre ou la partie ordonnatrice [9].

### *Remarques*

1. Ce projet de disposition porte sur la forme et le moment de l'établissement de la lettre de garantie, c'est-à-dire un engagement satisfaisant aux conditions essentielles mentionnées dans le projet d'article 2. La question de savoir si les mêmes règles relatives à la forme et au moment seront applicables à des changements ultérieurs (par exemple, modification ou annulation) et à d'autres communications (par exemple, demande ou notification) sera examinée dans une note du Secrétariat relative à d'autres questions qui pourraient être traitées dans la loi uniforme (A/CN.9/WG.II/WP.68).

2. Le paragraphe 1 s'inspire de l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Il se fonde sur l'avis, largement partagé lors de la treizième session (A/CN.9/330, par. 105), selon lequel la lettre de garantie devait être manifeste ou revêtir une forme tangible ou matérielle, à l'exclusion d'engagements purement verbaux.

3. La variante A du paragraphe 2 est considérablement plus détaillée que la variante B. Alors que, dans la variante B, l'expression "sauf disposition contraire" s'applique à l'ensemble du paragraphe, la variante A énonce quelles stipulations contraires seront admises, notamment en ce qui concerne le moment où la lettre produit ses effets. Les deux variantes font suite à la décision prise par le Groupe de travail selon laquelle la loi uniforme devrait disposer que tous les engagements entrant dans son champ d'application sont irrévocables, sauf disposition contraire de la lettre de garantie (A/CN.9/330, par. 102). Cette règle remplacerait l'article 7 c actuel des RUU qui, à défaut d'indication, considère les lettres de crédit comme révocables.

4. La variante A prend comme moment déterminant la réception par le bénéficiaire de la lettre de garantie. Cette solution se fonde sur la considération suivante : ce n'est qu'à ce moment que le bénéficiaire est à même de se fier à l'engagement du garant. La règle proposée ne tranche pas la question de savoir si l'engagement peut être considéré comme un contrat, bilatéral ou unilatéral, ou comme une création particulière du droit commercial. Quelle que soit la solution retenue, il semble convenu, en droit et dans la pratique, qu'aucune acceptation expresse du bénéficiaire n'est requise. Toutefois, on pourra envisager d'inclure une réserve concernant le refus possible d'acceptation, comme il est proposé à la fin de la première phrase. Si cette réserve est conservée, on pourra envisager de traiter des questions telles que l'acceptation avec réserve, les effets juridiques de l'engagement avant le rejet ou le moment à partir duquel la lettre est considérée comme rejetée.

5. La variante A établit une distinction entre "créé une obligation" et "produit ses effets". Il ne s'agit pas ici de définir ces termes, mais l'expression "créé une obligation" indique qu'il existe une promesse faite avec l'intention de se lier juridiquement; cette promesse peut, par exemple, fonder le droit du garant d'obtenir des honoraires et elle peut être révoquée, si elle est révocable. L'expression

"produit ses effets" fait référence au caractère effectif de l'engagement, habilitant le bénéficiaire à demander paiement conformément aux conditions de paiement. Par exemple, une garantie de remboursement créera une obligation, mais ne produira pas ses effets avant que le paiement initial n'ait été effectué par le bénéficiaire ou que le garant n'ait connaissance de ce paiement.

6. Le libellé entre crochets présente deux exceptions à la règle relative au moment où la lettre produit ses effets. Premièrement, la lettre de garantie peut indiquer un moment ultérieur : soit une date fixe, soit un moment pouvant être déterminé. Deuxièmement, elle peut énoncer une condition; le libellé proposé n'annulerait pas les conditions non documentaires, mais les transformerait en conditions documentaires. Si les conditions de la production d'effets peuvent être traitées différemment des conditions de paiement, comme il a été dit durant la treizième session (A/CN.9/330, par. 69), on pourra envisager ultérieurement de traiter de ces deux types de conditions dans un seul projet de disposition.

7. L'option placée entre crochets s'inspire de l'article 6 des RUG. Elle n'inclut pas la première exception, c'est-à-dire l'indication d'un moment différent pour la production d'effets et elle annulerait ou écarterait toute condition en la matière qui ne pourrait être déterminée par le garant.

8. Comme il est indiqué ci-dessus (remarque 3), la variante B permettrait aux parties d'écarter l'ensemble du projet de disposition. Si elle était adoptée, la question des conditions non documentaires de la production d'effets devrait être traitée dans une disposition distincte, peut-être dans le cadre des conditions de paiement non documentaires.

9. Dans la variante B, le moment déterminant est l'émission de la lettre de garantie. Cela, parce que la lettre de garantie, lorsqu'elle est émise ou envoyée, n'est plus sous le contrôle du garant. A ce propos, il importera sans doute peu de savoir si la lettre de garantie est envoyée au bénéficiaire ou au donneur d'ordre ou à une partie ordonnatrice. Alors que cette règle imputerait au bénéficiaire le risque lié à la transmission, on pourra envisager d'établir une distinction entre la question du moment où la lettre produit ses effets et celle du risque lié à la transmission.

\* \* \*

**2. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : examen d'autres questions sur lesquelles pourrait porter une loi uniforme : modification, transfert, expiration, obligations du garant, responsabilité et exonérations : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.68) [Original : anglais]**

**TABLE DES MATIÈRES**

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION .....	1-2
I. MODIFICATION .....	3-17
A. Parties dont le consentement est requis .....	6-11
B. Forme des modifications .....	12-15
C. Moment où une modification prend effet .....	16-17
II. TRANSFERT DE DROITS ET CESSIION DU PRODUIT DU CRÉDIT .....	18-23
III. EXPIRATION .....	24-43
A. Signification et effets .....	25-33
B. L'autonomie des parties et ses limites possibles .....	34-43
1) Modalités de la détermination de la date d'expiration .....	35-37
2) Clauses d'expiration et période maximale de validité .....	38-43
IV. OBLIGATIONS DU GARANT .....	44-64
A. Obligation de payer sur présentation d'une demande conforme .....	45-60
1) Modalités de l'examen de conformité .....	49-57
2) Délai alloué pour l'examen .....	58-60
B. Obligations de notification .....	61-64
V. RESPONSABILITÉ ET EXONÉRATION .....	65-72
A. Responsabilité et degré de diligence .....	67-68
B. Exonérations de responsabilité .....	69-72

**INTRODUCTION**

1. A sa treizième session, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a examiné, sur la base d'une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.65), les questions qui pourraient être traitées dans une loi uniforme sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (A/CN.9/330). Il s'agissait des questions suivantes : le champ d'application de la loi uniforme quant au fond, l'autonomie des parties et ses limites, et les règles d'interprétation possibles. Le Groupe de travail a aussi procédé à un échange de vues préliminaire sur des questions touchant la forme et le moment de l'établissement de la lettre de garantie. Il a prié le Secrétariat de lui présenter, à sa prochaine session, une note traitant d'autres questions sur lesquelles pourrait porter la loi uniforme (A/CN.9/330, par. 110).

2. La présente note a été établie pour répondre à cette demande. Elle examine les questions suivantes : modification, transfert et expiration de la lettre de garantie, obligations du garant, et responsabilité et exonérations. Le Secrétariat a l'intention de soumettre au Groupe de travail, à sa quinzième session, une nouvelle note qui portera sur les questions restantes : la fraude et les autres oppositions au paiement, les injonctions et autres mesures judiciaires, et les conflits de lois et de juridiction.

**I. MODIFICATION**

3. Le Groupe de travail pourra souhaiter examiner si la loi uniforme doit contenir des dispositions relatives à la modification des lettres de garantie. De telles dispositions pourraient notamment traiter de la forme des modifications

et du moment où elles prennent effet, ainsi que de la question de savoir qui doit donner son consentement pour qu'une modification soit effective.

4. On notera que dans le projet de Règles uniformes pour les garanties sur demande de la CCI (les "RUG")<sup>1</sup> aucune disposition particulière n'est consacrée aux modifications, même si celles-ci sont mentionnées dans certaines de leurs dispositions (par exemple, aux articles 1<sup>er</sup>, 3, 16, 23 et 24). On peut supposer que les dispositions relatives à la forme de la lettre de garantie et au moment où elle prend effet (art. 2 a et 6) sont censées être applicables par analogie aux modifications.

5. Les Règles et Usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU)<sup>2</sup> contiennent un certain nombre de dispositions traitant des modifications apportées aux crédits. L'article 12 des RUU, par exemple, indique dans quelles conditions la notification par un quelconque mode de télétransmission d'un amendement relatif à un crédit constitue l'instrument donnant effet à l'amendement. Aux termes de l'article 10 d des RUU, des "engagements [irrévocables] ne peuvent être amendés ou annulés sans l'accord de la banque émettrice, de la banque qui confirme (le cas échéant) et du bénéficiaire. L'acceptation partielle d'amendements contenus dans un seul et même avis d'amendement n'aura d'effet qu'avec le consentement de toutes les parties citées ci-dessus". Le Groupe de travail pourra souhaiter utiliser cette liste de parties pour examiner qui doit donner son consentement pour qu'une modification apportée à une lettre de garantie prenne effet.

#### A. Parties dont le consentement est requis

6. Il est évident qu'une modification ne peut prendre effet sans le consentement du garant, qu'il ait émis ou confirmé la lettre de garantie initiale. S'il peut aussi sembler évident que le consentement du bénéficiaire est nécessaire, le doute est permis s'agissant des modifications qui étendent les droits de ce dernier (par exemple une prorogation de la période de validité). Toutefois, une extension particulière des droits du bénéficiaire peut n'être pas nécessairement acceptable pour celui-ci, par exemple parce qu'il peut avoir demandé une prorogation encore plus longue de la période de validité. De plus, une règle qui serait applicable ou non selon que la modification en question est ou non avantageuse pour le bénéficiaire serait malaisée à administrer.

7. Comme dans le cas de l'établissement de la lettre de garantie, le consentement ne doit pas nécessairement s'entendre comme une acceptation expresse. Dans l'esprit de la

variante A du projet d'article 7-2 (A/CN.9/WG.II/WP.67), une modification pourrait prendre effet lorsqu'elle est reçue par le bénéficiaire, à moins que ce dernier ne la rejette promptement ou dans un délai déterminé (par exemple quatorze jours). Une autre solution consisterait à considérer le silence, voire l'acceptation partielle ou conditionnelle, comme valant rejet. Par exemple, un amendement pourrait être réputé rejeté à l'issue d'un délai de vingt et un jours à compter de sa notification au bénéficiaire à moins que le garant n'ait reçu une acceptation inconditionnelle du bénéficiaire ou n'ait eu connaissance que ce dernier, par ses actes ou son comportement, s'est conformé aux termes de l'amendement (par exemple, en présentant une déclaration requise).

8. Un autre point à éclaircir est celui de savoir qui exactement est visé par le terme "bénéficiaire". Comme indiqué dans la remarque 6 relative au projet d'article 2 (A/CN.9/WG.II/WP.67), la lettre de garantie initiale peut avoir plusieurs bénéficiaires, comme cela se produit dans le cas des lettres de crédit stand-by financières. En ce qui concerne les modifications qui prennent effet à un moment ultérieur, il pourra être nécessaire de tenir compte des autres bénéficiaires possibles, à savoir les bénéficiaires substitués et les bénéficiaires par détermination de la loi. Le bénéficiaire substitué remplace le bénéficiaire initial lorsque ce dernier se retire ou que les bénéficiaires représentés d'une lettre de crédit stand-by — généralement les détenteurs de sûretés sous forme de créances ou de parts de capital — mettent fin à son mandat. Cette substitution de bénéficiaires doit être conforme aux termes et conditions de la lettre de crédit stand-by, et cette conformité doit être établie par des moyens documentaires. Le bénéficiaire par détermination de la loi entre en scène dans les cas où le bénéficiaire initial, étant insolvable ou incapable d'agir en tant que bénéficiaire, les pouvoirs qu'il détient à ce titre sont transférés en vertu d'une loi ou d'un règlement ou par l'effet d'une décision. Le Groupe de travail pourra vouloir décider si des catégories particulières de bénéficiaires — substitués ou par détermination de la loi — doivent être visées expressément dans une disposition exigeant le consentement du bénéficiaire, ou si, par l'application de règles générales d'interprétation, l'on conclura nécessairement qu'elles sont aussi visées.

9. La liste des parties dont le consentement est requis, figurant dans les RUU, ne comprend pas le donneur d'ordre. Par contre, l'article 5-106 2 du Code de commerce uniforme dispose : "A moins qu'il n'en soit convenu autrement, une fois qu'un crédit irrévocable est établi vis-à-vis du client, il ne peut être modifié ou révoqué qu'avec le consentement de ce dernier, et, une fois qu'il est établi vis-à-vis du bénéficiaire, il ne peut être modifié ou révoqué qu'avec le consentement de celui-ci." On notera que le Groupe d'experts chargé d'étudier l'article 5 du Code de commerce uniforme a recommandé que la disposition soit modifiée de telle manière qu'elle n'exige pas le consentement du donneur d'ordre.

10. Exiger le consentement du donneur d'ordre peut être justifié par l'intérêt qu'a ce dernier à protéger sa relation avec le garant contre les ingérences de tiers, ou par son désir éventuel de ne pas voir son nom associé à la lettre de garantie modifiée.

<sup>1</sup>Document de la CCI n° 460/470-1/Int. 16, 470/622 et 460/382 (7 juin 1990). Dans cette dernière version du projet, dont le Secrétariat ne disposait pas lorsqu'il a élaboré le document A/CN.9/WG.II/WP.67, des modifications ont été apportées au titre, à l'introduction et aux articles 1<sup>er</sup>, 2, 4 et 20. Il semble particulièrement remarquable qu'en vertu de l'article 2 les Règles soient maintenant applicables aux lettres de crédit stand-by. On peut lire dans l'introduction : "Bien que, pour le moment, les RUU 400 s'appliquent aussi aux lettres de crédit stand-by, il est envisagé que les présentes règles seront adoptées par les parties aux lettres de crédit stand-by."

<sup>2</sup>Publication n° 400 de la CCI, reproduite dans le document A/CN.9/251.

11. La principale raison d'exclure le donneur d'ordre de la liste des parties dont le consentement est requis est l'indépendance de l'engagement du garant, en d'autres termes le fait que l'engagement du garant crée un rapport de droit seulement entre lui et le bénéficiaire. Le consentement du donneur d'ordre à la modification intéresse un rapport de droit distinct, à savoir celui entre le garant et le donneur d'ordre. Le garant est donc libre de modifier son engagement envers le bénéficiaire sans le consentement du donneur d'ordre et il est lié par l'engagement ainsi modifié, mais il le fait au risque de voir le donneur d'ordre rejeter sa demande de remboursement en invoquant les instructions qu'il a données ou les termes de l'accord de remboursement qui le lie au garant. On pourrait envisager de signaler que le consentement du donneur d'ordre peut très bien être requis dans le cadre du rapport de droit entre le donneur d'ordre et le garant en ajoutant à la disposition exigeant le consentement des seuls garant et bénéficiaire la clause suivante ou une clause de même effet : "La présente disposition ne dispense pas d'obtenir le consentement du donneur d'ordre lorsque celui-ci est exigé en vertu de l'accord entre le garant et le donneur d'ordre ou des instructions de ce dernier."

### B. Forme des modifications

12. En ce qui concerne les conditions de forme auxquelles une modification doit satisfaire pour prendre effet, on pourrait en premier lieu exiger que les modifications soient effectuées dans les formes prévues à l'article 7-1 pour l'établissement de la lettre de garantie (A/CN.9/WG.II/WP.67), sous réserve de stipulations particulières dans ladite lettre quant à la forme des modifications (voir par. 15 ci-dessous). On peut considérer, à l'appui d'une telle approche, qu'une modification est partie intégrante de la lettre de garantie et qu'en tant que telle, elle a les mêmes nature et caractéristiques juridiques, notamment la même valeur probatoire, que cette dernière.

13. Néanmoins, on peut aussi faire observer qu'une modification n'est qu'une toute petite partie des termes et conditions de la lettre de garantie et que la pratique actuelle en la matière tend à être moins formelle. On a signalé à la treizième session l'existence d'une pratique selon laquelle une modification pouvait être apportée à une lettre de garantie écrite oralement et certifiée sous cette forme. La modification était alors confirmée par un message sous une forme permettant d'en garder trace mais, dans la pratique, c'était la communication orale qui était prise en compte pour déterminer le moment auquel la modification avait pris effet (A/CN.9/330, par. 106).

14. Si le Groupe de travail souhaitait tenir compte de cette pratique et d'autres pratiques informelles de ce genre, il pourrait envisager de ne pas soumettre les modifications à des conditions de forme particulières mais exiger une certification de leur origine. Une telle certification, qui comprendrait la signature, semblerait également s'imposer si le Groupe de travail décidait, en ce qui concerne le projet d'article 7-1, de ne pas assujettir l'établissement de la lettre de garantie à une forme particulière. Si l'on adoptait une telle disposition exigeant seulement la certification pour l'établissement ou la modification d'une lettre de garantie,

et si la loi uniforme était finalement incorporée à une convention, l'on pourrait envisager d'y ajouter une disposition comparable à l'article 12 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise (Vienne, 1981; ci-après dénommée "Convention des Nations Unies sur la vente").

15. S'il est concevable qu'avant l'établissement de la lettre de garantie, le garant et le bénéficiaire se soient mis d'accord sur la forme de ladite lettre, l'existence d'une stipulation sur la forme des modifications ultérieures est plus probable. Ainsi, toute règle générale relative à la forme telle que celle envisagée ci-dessus devra être subordonnée à l'existence d'une stipulation contraire. Par souci de clarté, on pourrait élaborer une disposition prévoyant que la lettre de garantie pourra être modifiée autrement que selon la forme prescrite (comme le fait le paragraphe 2 de l'article 29 de la Convention des Nations Unies sur la vente). On pourrait aussi envisager d'adopter la dernière phrase de ce paragraphe, qui est ainsi libellée : "Toutefois, le comportement de l'une des parties peut l'empêcher d'invoquer une telle disposition si l'autre partie s'est fondée sur ce comportement." Le principe qui sous-tend cette disposition semble aussi être valable en matière de garantie et de crédit, même si, en matière de vente, les cas dans lesquels une partie s'est fondée sur le comportement de l'autre et mérite d'être protégée sont peut-être plus nombreux.

### C. Moment où une modification prend effet

16. Le moment où une modification prend effet pourrait être celui prévu au projet d'article 7-2 pour l'établissement de la lettre de garantie. Cependant, comme le consentement du bénéficiaire est requis, ce résultat serait moins approprié si l'on choisissait la variante B du projet d'article 7-2, qui dispose que la lettre prend effet au moment où elle est émise (A/CN.9/WG.II/WP.67). La variante A elle-même, qui retient le moment de la réception par le bénéficiaire, pourrait devoir être assortie de réserves.

17. Par exemple, si une modification était réputée rejetée au cas où elle n'aurait pas été acceptée dans son intégralité dans un délai donné, le moment où elle prend effet pourrait être celui où le garant reçoit notification de l'acceptation. Si l'on adoptait la solution opposée, à savoir une présomption en faveur de l'acceptation, le moment approprié pourrait être celui de la réception de la modification par le bénéficiaire, alors même qu'elle pourrait être rejetée ou acceptée sous condition dans le délai spécifié. Le choix du moment de la réception de la notification par le bénéficiaire comme moment déterminant pourrait aussi autoriser la pratique signalée au paragraphe 13, à savoir qu'une modification orale certifiée quant à son origine produirait effet même si une confirmation formelle peut être nécessaire ou, au moins, souhaitable en bonne pratique bancaire.

## II. TRANSFERT DE DROITS ET CESSION DU PRODUIT DU CRÉDIT

18. Le Groupe de travail pourra souhaiter examiner si la loi uniforme devrait traiter la question du transfert de droits et de la cession du produit du crédit par le bénéficiaire. Les

termes "transfert" et "cession" sont repris des RUU, dont l'article 54 établit un régime juridique spécial pour la lettre de crédit transférable et l'article 55 autorise la cession du produit d'un crédit. Le terme "cession", qui est utilisé dans la terminologie juridique générale pour désigner un transfert de droits et d'obligations en vertu d'un contrat, est utilisé dans les RUU dans le sens étroit de cession du produit. Un changement du titulaire du droit de demander le paiement est appelé un "transfert". Les dispositions des RUU sur la transférabilité exigent que le crédit soit qualifié expressément de "transférable" par la banque émettrice, et exigent le consentement de la banque requise d'opérer le transfert, qu'elle ait ou non confirmé le crédit, et elles n'autorisent qu'un seul transfert du crédit.

19. Les RUG diffèrent des RUU tant dans la terminologie utilisée qu'au fond. L'article 4 des RUG est ainsi libellé : "Le droit du bénéficiaire d'appeler une garantie n'est pas transférable, sauf stipulation expresse dans la garantie ou dans un amendement à celle-ci. Cet article n'affectera cependant pas le droit du bénéficiaire de transférer tout montant auquel il aurait droit ou viendrait à avoir droit en vertu de la garantie." Seul le mot "transfert" est utilisé et, si la distinction opérée par les RUU entre la demande de paiement et le produit est maintenue, la disposition ne fixe aucune limite au nombre de transferts possibles.

20. Si le Groupe de travail décidait que la loi uniforme doit contenir des dispositions sur le transfert de droits et la cession du produit du crédit, il pourra souhaiter examiner les points ci-après en ce qui concerne le mécanisme et les conséquences d'un transfert et d'une cession. En ce qui concerne la cession du produit, il pourrait être utile de préciser que l'objet d'une cession est uniquement le produit, c'est-à-dire les fonds qui seront disponibles lorsque le garant exécutera son obligation de paiement. En conséquence, le cessionnaire n'a pas le droit de demander le paiement ni de présenter une déclaration ou un document pouvant être nécessaire pour demander le paiement, puisque cela pourrait modifier le risque auquel le donneur d'ordre et le garant sont convenus d'être exposés. La position d'un cessionnaire est ainsi plus précaire que celle de celui à qui des droits sont transférés en ce que le bénéficiaire, ayant obtenu des fonds du cessionnaire en contrepartie de la cession, pourra empêcher le paiement au cessionnaire en ne présentant pas de demande de paiement. On pourrait aussi, par souci de précision, exiger que le bénéficiaire notifie la cession au garant, voire que le garant accuse réception de cette notification, de manière à établir avec certitude à qui le garant est censé payer et s'acquitter ainsi de son obligation de paiement en vertu de la lettre de garantie. Une autre question qui pourrait être examinée est celle de savoir si l'on doit autoriser une seule cession du produit, et si une telle cession doit porter sur 100 % du produit.

21. Pour ce qui est de la possibilité de transférer le droit du bénéficiaire de demander le paiement, deux caractéristiques particulières des garanties indépendantes et des lettres de crédit stand-by doivent être prises en considération lorsque l'on formule des règles, compte tenu des différents intérêts en jeu. Premièrement, lorsqu'une lettre de garantie est émise pour garantir l'exécution d'une obligation sous-jacente du donneur d'ordre, le véritable bénéficiaire sera le

créancier de cette obligation sous-jacente qui est en position de déclarer, ou d'établir en présentant des documents, le défaut. Si généralement le garant n'évalue pas la fiabilité du bénéficiaire avant d'émettre sa lettre de garantie, il est censé tenir compte de l'intérêt du donneur d'ordre, qui a généralement porté une appréciation sur la fiabilité du bénéficiaire avant de nouer sa relation avec ce dernier. Dans cet esprit, le transfert du droit du bénéficiaire de demander le paiement se justifie lorsque le créancier de l'obligation sous-jacente a changé.

22. Une deuxième caractéristique particulière devient apparente si l'on compare la lettre de crédit stand-by à une lettre de crédit commerciale classique. Dans ce dernier cas "seul le bénéficiaire initial, s'il s'agit d'un crédit non transférable, ou le second bénéficiaire, si le crédit est transférable, est habilité à présenter les documents qui déclencheront le paiement par la banque émettrice. Néanmoins, lorsqu'une banque émet une lettre de crédit stand-by en s'engageant à payer le bénéficiaire et le détenteur du billet à ordre, de la traite ou de la demande de paiement non honorés, elle étend aussi son engagement d'accepter les documents à toute personne à laquelle le bénéficiaire initial aura transféré le billet, la traite ou la demande de paiement et, le cas échéant, les documents connexes. Cet engagement est différent de celui qui est donné dans le cadre de la 'négociation circulaire' qui caractérise la lettre de crédit commerciale (dont la terminologie de négociation, incidemment, n'en est pas moins généralement utilisée dans le texte des lettres de crédit stand-by) parce que la négociation envisagée dans la lettre de crédit commerciale circulaire est uniquement celle de la traite. Elle ne présume pas le transfert du droit de présenter les documents conformes au texte du crédit, un droit qui, souvent, est exercé par le bénéficiaire avant la négociation de la traite"<sup>3</sup>.

23. On peut considérer que ces deux caractéristiques particulières appellent les conclusions ci-après. Le bénéficiaire ne doit pas pouvoir transférer librement son droit au paiement; il ne peut le faire que si la lettre de garantie l'y autorise et donc, vraisemblablement, qu'avec le consentement du donneur d'ordre. La description de la lettre de crédit stand-by financière qui est donnée ci-dessus permet néanmoins de penser qu'une disposition exigeant que la lettre soit expressément déclarée "transférable" serait trop restrictive. On pourrait même considérer les transferts envisagés dans un tel engagement comme des substitutions prévisibles des personnes visées dans l'engagement initial et non comme des transferts au sens technique du terme. Par ailleurs, on peut aussi conclure que, si la lettre de garantie en dispose ainsi, plusieurs transferts doivent être possibles. Enfin, on pourrait envisager de préciser si, en l'absence d'indication claire dans la lettre de garantie, seul celui à qui les droits sont transférés est habilité à demander le paiement et à présenter, le cas échéant, la déclaration ou les documents requis ou si l'auteur de transfert, c'est-à-dire le bénéficiaire initial, est censé le faire pour lui.

<sup>3</sup>Kozolchik, *The Emerging Law of Standby Letters of Credit and Bank Guarantees*, 24 Arizona L.R. (1982), p. 319 et 356.

### III. EXPIRATION

24. Une certitude quant au moment où la lettre de garantie vient à expiration est au moins aussi importante qu'une certitude quant au moment où elle prend effet (voir projet d'article 7-2, A/CN.9/WG.II/WP.67). La loi uniforme pourrait apporter plus de certitude sur ces deux points. Elle pourrait préciser la signification et les effets de l'expiration telle que celle-ci est prévue dans la lettre de garantie, et aborder diverses questions touchant l'autonomie des parties dans la définition des conditions de l'expiration.

#### A. Signification et effets

25. Une stipulation selon laquelle la lettre de garantie ou la lettre de crédit stand-by vient à expiration à une date donnée est généralement comprise comme signifiant qu'une demande de paiement, accompagnée le cas échéant des documents requis, doit être présentée au plus tard à cette date et, qu'en conséquence, le garant n'est pas tenu de payer lorsqu'une demande lui est présentée après cette date. Néanmoins, les tribunaux de certains pays ont interprété différemment cette stipulation : elle signifierait que seul l'événement pour lequel la garantie a été fournie doit s'être produit avant la date d'expiration ou à cette date. Ces tribunaux ont donc admis la validité d'une demande de paiement présentée après cette date, dans un délai raisonnable ou même durant un délai de prescription, lequel peut prendre fin bien après la date d'expiration.

26. Il pourrait être utile que la loi uniforme éclaircisse cette question en prescrivant la première interprétation, comme le font un certain nombre de lois nationales. L'article 671 du Code tchécoslovaque du commerce international de 1963, par exemple, dispose :

“Si la validité de la garantie bancaire est limitée dans le temps, la personne habilitée présentera sa demande à la banque dans le délai ainsi fixé; dans le cas contraire, les droits qui sont les siens en vertu de la garantie bancaire seront éteints.”<sup>4</sup>

27. On trouve des dispositions similaires dans la législation du Bahreïn<sup>5</sup>, de l'Iraq<sup>6</sup> et du Koweït. Ainsi, l'article 386 du Code de commerce koweïtien de 1980 dispose :

“La banque sera déchargée de toute obligation vis-à-vis du bénéficiaire si elle ne reçoit aucune demande de paiement de ce dernier pendant la période de validité de la lettre de garantie, à moins qu'il n'ait été expressément convenu de proroger ladite période avant qu'elle ne vienne à expiration.”<sup>7</sup>

28. Dans les règles uniformes, la même interprétation de l'expiration est consacrée à l'article 22 *in fine* des RUG (“Les réclamations reçues après la date d'expiration ou le

fait entraînant expiration seront refusées par le garant”), ainsi qu'à l'article 19 des mêmes règles, qui est ainsi libellé :

“Toute demande sera faite conformément aux termes et conditions de la garantie au plus tard à l'expiration de celle-ci et, en particulier, tous les documents spécifiés dans la garantie faisant l'objet de la demande seront présentés au garant au plus tard à l'expiration de celle-ci au lieu de son émission, sinon la demande sera refusée.”

29. Si le Groupe de travail adopte une disposition consacrant la première interprétation, c'est-à-dire disposant que la demande de paiement doit être présentée pendant la période de validité, il pourrait être nécessaire de prévoir une dérogation pour le cas où la clause d'expiration figurant dans la lettre de garantie en dispose autrement (par exemple, un engagement de payer au cas où le donneur d'ordre manquerait à ses obligations dans un délai déterminé). On pourrait à cet égard prévoir un délai supplémentaire — déterminé ou “raisonnable” — pour la présentation de la demande et des documents requis. Il devrait probablement en être de même lorsqu'un contre-garant promet de rembourser au garant toute somme qu'il peut avoir payée avant l'expiration de sa lettre de garantie, à condition que la lettre de contre-garantie ne contienne aucune autre clause relative à l'expiration, telle qu'une date d'expiration spécifique. Dans ce cas, comme dans tout autre cas, chaque lettre de garantie est indépendante pour ce qui est du moment où elle produit ses effets et où elle vient à expiration.

30. L'effet de l'expiration par lequel on ne peut plus demander le paiement est décrit dans les dispositions citées ci-dessus (par. 26 à 28) par des expressions telles que “les droits seront éteints”, “la banque sera libérée de son obligation à l'égard du bénéficiaire” ou “la demande sera refusée”. L'inclusion d'une disposition de même effet dans la loi uniforme pourrait renforcer la certitude des parties en ce qu'elle indiquerait clairement que l'effet de l'expiration ne dépend d'aucun acte ultérieur du bénéficiaire, par exemple la restitution de la lettre de garantie ou une déclaration de décharge. Cet effet automatique devrait exister même lorsqu'une clause de la lettre de garantie prescrit que l'instrument doit être restitué ou exige une déclaration de décharge. Pour ce qui est de la restitution de la lettre de garantie, l'article 24 des RUG dispose :

“Lorsqu'une garantie a pris fin par paiement, expiration, annulation ou autrement, le fait de conserver la garantie ou un quelconque amendement y ayant été apporté ne confère aucun droit au bénéficiaire au titre de cette garantie.”

31. Une telle règle est utile en ce qu'elle écarte toute incertitude et le risque que l'exécution puisse être demandée indéfiniment. Elle tient compte du fait qu'il peut exister diverses raisons de conserver la lettre de garantie et que la notion de restitution ou de rétention est rendue obsolète par les moyens modernes de communication. Surtout, elle contribue à dissiper l'erreur qui tend à voir dans la lettre de garantie un titre matérialisant le droit au paiement — comme c'est le cas pour un effet de commerce — qu'il faudrait

<sup>4</sup>Loi n° 101 (du 4 décembre 1963) sur les relations juridiques dans les opérations commerciales internationales, voir introduction et commentaires de *Kopac* (Prague 1967), p. 201.

<sup>5</sup>Art. 335-1 du Code commercial du Bahreïn, loi n° 7 de 1987.

<sup>6</sup>Art. 291-1 du Code commercial de l'Iraq, loi n° 30 de 1984.

<sup>7</sup>Décret n° 68 de 1980 portant Code de commerce du Koweït.

avoir en sa possession et présenter pour exercer ce droit. L'intérêt d'inclure une disposition similaire à l'article 24 des RUG dans la loi uniforme est qu'ainsi cette dernière, à la différence des règles uniformes qui prennent effet par convention, rendrait inapplicable toute disposition contraire de la législation des Etats qui l'adoptent.

32. Il est par contre douteux qu'il soit nécessaire d'incorporer à la loi uniforme une disposition similaire à l'article 23 des RUG, qui touche aussi la question de la restitution ou de la rétention lorsqu'il envisage les événements pouvant se produire avant l'expiration de la lettre qui libèrent le garant de son obligation et privent ainsi l'expiration de tout effet :

"Quelles que soient les dispositions relatives à l'expiration qui y figure, une garantie pourra être annulée avant la date d'expiration ou le fait entraînant expiration sur présentation au garant de la garantie elle-même ou d'une déclaration écrite du bénéficiaire libérant le garant de son obligation au titre de la garantie, que la garantie et les amendements y ayant été apportés soient ou non restitués."

33. Si une disposition de ce type est incorporée dans la loi uniforme, le Groupe de travail pourra souhaiter examiner les deux points suivants. Premièrement, l'on pourrait modifier l'expression "pourra être annulée" de manière qu'il soit bien clair que l'effet est automatique et ne dépend pas d'un acte ou d'une déclaration ultérieurs. Deuxièmement, il est peut-être trop rigoureux d'attacher l'effet d'annulation à la "présentation au garant de la garantie elle-même", en ce que ces mots pourraient être interprétés comme couvrant des situations autres que celles où la présentation constitue une décharge ou une renonciation implicites, par exemple comme couvrant le cas d'une restitution par erreur.

#### **B. L'autonomie des parties et ses limites possibles**

34. L'examen de la signification et des effets de l'expiration auquel on a procédé ci-dessus postulait l'existence d'une clause d'expiration valide. Une telle clause peut être contenue dans la lettre de garantie ou, en particulier lorsque la période de validité a été prorogée, dans une modification à la lettre de garantie (voir par. 3 à 17 ci-dessus; on notera que le Secrétariat a l'intention d'examiner les problèmes relatifs aux demandes du type "prorogation ou paiement" dans une note ultérieure). Il convient d'examiner deux questions touchant l'autonomie dont jouissent les parties lorsqu'elles formulent une clause d'expiration. La première concerne les modalités de la détermination du moment de l'expiration, en particulier la référence à un événement causant l'expiration et non à une date d'expiration. La deuxième question est celle de savoir si une lettre de garantie doit contenir une clause d'expiration et, dans l'affirmative, quelles seraient les conséquences de l'absence d'une telle clause. On se demandera à cet égard si la loi uniforme doit prévoir un délai maximum de validité et, dans l'affirmative, quelle doit être la nature juridique d'un tel délai.

#### **1) Modalités de la détermination de la date d'expiration**

35. La date d'expiration peut être fixée de diverses manières. La plus sûre est de fixer une date de l'année civile. On peut aussi fixer un délai (par exemple six mois). Comme il peut exister une incertitude quant au moment où un tel délai commence à courir, la loi uniforme pourrait utilement retenir le moment où la lettre produit ses effets (en application du projet d'article 7-2; A/CN.9/WG.II/WP.67). On peut encore viser un acte ou un événement particulier (par exemple l'exécution de ses obligations par le donneur d'ordre, la réception des travaux par le bénéficiaire, l'octroi du marché à un autre soumissionnaire). Les clauses d'expiration de ce type peuvent créer des problèmes pour deux raisons.

36. Premièrement, lorsque l'expiration est liée à un événement, le garant devra se livrer à un examen des faits — ce qui n'est pas souhaitable — et risque d'être impliqué dans un différend entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre. Comme les observations formulées par le Groupe de travail au sujet des conditions de paiement dites non documentaires (A/CN.9/330, par. 68 à 75) semblent valoir en l'espèce, on pourrait envisager de transformer toute condition d'expiration non documentaire dont il est malaisé pour le garant de s'assurer qu'elle est satisfaite en une condition documentaire. La méthode documentaire est adoptée par l'article 22 des RUG (première phrase) qui semble voir dans la présentation des documents elle-même un événement entraînant l'expiration :

"L'expiration d'une garantie pour ce qui est de la présentation des demandes aura lieu à une date du calendrier spécifiée ('date d'expiration') ou résultera de la présentation au garant du (des) document(s) spécifié(s) aux fins de l'expiration ('fait entraînant expiration')."

37. Deuxièmement, lorsque l'expiration est liée à un événement, elle peut ne jamais se produire, ou à tout le moins qu'après un long laps de temps. Même lorsque la présentation d'un document est requise, il y a un risque d'engagement perpétuel, du moins si le document doit être fourni par le bénéficiaire. La solution la plus efficace pour éviter ce type de situation serait de ne pas reconnaître comme valides les clauses d'expiration visant un événement et donc de n'autoriser que celles qui fixent une date de l'année civile ou un délai. Cette solution risque néanmoins d'être considérée comme trop stricte. Une autre solution pourrait être fournie par la période de validité maximale (examinée ci-après aux paragraphes 42 et 43) ou, pour certains cas extrêmes, par des dispositions relatives à la fraude ou à l'abus manifeste (des questions qui seront examinées dans une note ultérieure du Secrétariat).

#### **2) Clauses d'expiration et période maximale de validité**

38. Le Groupe de travail pourra souhaiter examiner si la loi uniforme doit exiger que les lettres de garantie contiennent une clause d'expiration et, dans l'affirmative, quelles seraient les conséquences de l'absence d'une telle clause. Il convient de noter que les RUG ne semblent pas exiger une

clause d'expiration et ne sanctionnent pas l'absence d'une telle clause. Si l'article 22 des RUG (dont les dispositions essentielles sont citées au paragraphe 36 ci-dessus) peut être lu comme exigeant l'indication d'une date d'expiration ou d'un événement entraînant l'expiration, l'article 3 f se limite à une recommandation lorsqu'il stipule, dans la version anglaise, "*all guarantees should stipulate the expiry date and/or expiry event of the Guarantee*".

39. L'absence de clause d'expiration dans une lettre de garantie peut être due à une omission ou à une négligence. Même lorsqu'une telle clause est délibérément omise, il en résulte à tout le moins une incertitude, voire un engagement d'effectivité indéfinie ou pouvant être invoqué à perpétuité. Comme le Groupe de travail l'a noté à sa treizième session (A/CN.9/330, par. 24 et 44), les engagements perpétuels peuvent être considérés comme perturbants et peu souhaitables sur le plan commercial. Ils peuvent aussi soulever des problèmes de réglementation compte tenu du caractère permanent du risque encouru, et entraîner un surcoût par l'effet des règles de l'Accord de Bâle concernant l'existence d'un capital suffisant. Enfin, ils sont source d'incertitude parce qu'ils risquent d'être touchés par un délai de prescription pouvant lui-même être difficile à déterminer. Cette incertitude est en outre aggravée par les différences existant dans les divers droits nationaux en matière de prescription. Les délais de prescription varient considérablement et peuvent atteindre 30 ans; ils peuvent commencer à courir à la date de l'établissement de la lettre de garantie ou de la survenance de l'événement contre lequel cette dernière vise à prémunir, ou à partir de la demande; ils peuvent être ou ne pas être réductibles par les parties; les lettres de garantie étrangères peuvent être ou ne pas être assujetties aux délais de prescription nationaux.

40. On peut avancer les raisons suivantes contre l'exigence d'une clause d'expiration. Puisqu'on trouve dans la pratique des engagements sans indication de période de validité, la loi uniforme ne devrait pas essayer de modifier cette pratique. Les craintes que suscitent les engagements de validité indéfinie ne sont pas dues au premier chef à l'absence de clause d'expiration, car on peut faire la même objection à l'encontre des clauses prévoyant une validité perpétuelle ou de très longue durée.

41. Si le Groupe de travail décide que la loi uniforme doit imposer une clause d'expiration, il devra se prononcer sur la conséquence de l'absence d'une telle clause. Cette absence pourrait par exemple rendre la lettre de garantie invalide ou la priver d'effet. Toutefois, une telle sanction serait probablement trop rigoureuse.

42. Une solution plus acceptable, et qui a été proposée lors de la treizième session du Groupe de travail (A/CN.9/330, par. 25 et 46), consisterait à prévoir une période de validité maximale, par exemple de cinq ans, pour les lettres de garantie, y compris leurs modifications, qui ne contiennent pas de clause d'expiration. En raison de son caractère supplétif, une telle disposition n'empêcherait pas les parties de stipuler une période de validité plus longue.

43. Toutefois, cette solution ne dissiperait pas les craintes — évoquées ci-dessus — suscitées par les engagements de validité perpétuelle ou excessivement longue. On pourrait

donc envisager d'interdire toute dérogation à la période de validité maximale. Si cette période devait être obligatoire, elle devrait probablement être plus longue (par exemple dix ans) que si elle n'était que supplétive. Mais qu'elle soit obligatoire ou non, la période de validité maximale doit avoir la signification et les effets examinés ci-dessus (par. 25 à 33).

#### IV. OBLIGATIONS DU GARANT

44. On examine ci-après la situation la plus cruciale dans le fonctionnement d'une lettre de garantie, c'est-à-dire le moment où le bénéficiaire demande le paiement. Cet examen est axé sur divers aspects des obligations du garant ainsi que du contre-garant et du garant confirmateur. En examinant ces questions, on se demandera à chaque fois si elles doivent être traitées dans la loi uniforme et, dans l'affirmative, si les dispositions correspondantes doivent être obligatoires ou supplétives — en particulier pour les questions réglementées par les RUG.

##### A. Obligation de payer sur présentation d'une demande conforme

45. Comme l'indique le projet d'article 2 (A/CN.9/WG.II/WP.67), le garant est tenu de payer "conformément aux termes de l'engagement". Quand il reçoit une demande de paiement, le garant examine donc sa conformité avec les termes de la garantie. On notera qu'une note ultérieure du Secrétariat examinera les motifs possibles de refus de paiement qui ne relèvent pas de la non-conformité (par exemple la fraude ou l'abus manifeste).

46. Le garant qui reçoit une demande devra, pour décider s'il est tenu de payer en vertu de la lettre de garantie, vérifier notamment :

*Si la demande est présentée en temps voulu, par exemple si elle n'est pas présentée après l'expiration;*

*L'identité de l'auteur de la même demande, c'est-à-dire si la personne qui demande le paiement est le bénéficiaire désigné dans la lettre de garantie;*

*La forme de la demande, c'est-à-dire si la demande satisfait aux conditions de forme éventuellement énoncées dans la lettre de garantie ou dans la loi applicable;*

*Si la demande est présentée à la personne habilitée à la recevoir et au lieu prescrit, c'est-à-dire si le paiement est demandé à la partie qui est obligée (par exemple le garant, mais pas la banque notificatrice) et au lieu prescrit en ce qui concerne cette partie (par exemple la banque émettrice ou la banque confirmatrice);*

*Le montant de la demande, c'est-à-dire si le montant demandé n'excède pas le montant maximum indiqué dans la lettre de garantie ou tel qu'il a été réduit par un paiement précédent ou l'application d'une clause expresse de réduction;*

*Si les conditions auxquelles le paiement est subordonné sont satisfaites, c'est-à-dire si les documents requis ont bien été présentés et si toute autre condition à laquelle le paiement est subordonné est satisfaite.*

47. En ce qui concerne la forme de la demande, le Groupe de travail pourra souhaiter examiner si la loi uniforme doit elle-même énoncer les conditions de forme et si, par exemple, elle doit interdire les demandes purement verbales.

48. Il pourra aussi vouloir examiner si la loi uniforme doit contenir une disposition relative au lieu où la demande doit être présentée. On pourrait remanier la règle énoncée à l'article 19 des RUG, selon laquelle la demande doit être faite "au lieu de [l']émission", de manière à rattacher clairement la présentation à la partie à laquelle elle doit être faite, et pour donner effet aux clauses stipulant un lieu de présentation différent.

### 1) Modalités de l'examen de conformité

49. L'article 9 des RUG est ainsi libellé :

"Tout (Tous) document(s) présenté(s) à un garant au titre d'une garantie, y compris la demande, sera(ont) examiné(s) par le garant avec un soin raisonnable, afin de déterminer s'il(s) est (sont) conforme(s) en apparence aux termes et conditions de la garantie. Les documents qui, en apparence, ne sont pas conformes ou ne sont pas compatibles entre eux, seront refusés."

50. C'est principalement en matière de vérification des conditions auxquelles le paiement est subordonné que les modalités de l'examen de la conformité apparente sont pertinentes. Même lorsque le paiement est subordonné à la survenance d'un événement étranger au domaine de compétence du garant, l'examen de documents sera nécessaire si la loi uniforme consacre l'opinion qui a prévalu à la treizième session (A/CN.9/330, par. 75), à savoir que des conditions de paiement non documentaires doivent être converties en conditions documentaires, obligeant le bénéficiaire à présenter une déclaration dans laquelle il certifie que l'événement en question s'est produit ou une attestation émanant d'un tiers compétent.

51. Le degré de conformité apparente peut aussi jouer un rôle dans l'examen d'autres points figurant dans la liste non exhaustive ci-dessus (par. 46). Par exemple, lorsque l'expiration est liée à un événement, il peut être nécessaire d'examiner des documents pour vérifier si la demande a été présentée en temps voulu, en particulier si la loi uniforme adopte l'approche documentaire évoquée ci-dessus (par. 36). De même, lorsqu'une clause de réduction vise un événement, la détermination du montant approprié peut nécessiter l'examen de documents, en particulier si la loi uniforme exigeait, ainsi qu'on l'a proposé à la treizième session (A/CN.9/330, par. 22), que le montant puisse être facilement déterminé par le garant, par exemple sur la base de documents clairement spécifiés.

52. Le Groupe de travail pourra vouloir examiner si la loi uniforme doit contenir une règle telle que celle qui figure à l'article 9 des RUG, et si cette disposition doit être affinée ou complétée. Il pourra vouloir, ce faisant, se souvenir des observations qui ont été formulées à sa treizième session en ce qui concerne la règle de l'interprétation stricte et la possibilité d'utiliser l'interprétation et les

pratiques bancaires établies comme normes d'interprétation et de diligence (A/CN.9/330, par. 86 à 91).

53. Comme on l'a noté à la treizième session, l'expression "strict respect" — qu'il faut distinguer du "respect effectif" — peut soit impliquer une rigueur absolue, à la virgule près, soit laisser un minimum de latitude permettant de corriger une erreur typographique et autres anomalies du même ordre. En fait, il n'existe pas de règle d'interprétation uniforme et, en matière de lettres de crédit, le maniement de documents présentant des différences semble être une des principales sources de litiges et de procès.

54. Lorsqu'on se demande si l'impératif de conformité doit être entendu de manière stricte ou de manière plus souple, il faut tenir compte de certaines différences existant entre la lettre de crédit commerciale et la lettre de garantie. Premièrement, la lettre de crédit commerciale constitue un mécanisme de paiement assuré qui est normalement utilisé durant le cours ordinaire de l'opération, alors que la lettre de garantie vise à mettre le bénéficiaire à l'abri des conséquences d'un événement dont la survenance est improbable. Deuxièmement, les documents présentés en vertu d'une lettre de crédit commerciale (par exemple, un connaissance) sont le plus souvent négociables, alors que les déclarations ou documents exigés dans le cadre d'une lettre de garantie le sont rarement. Troisièmement, les documents à présenter en vertu d'une lettre de crédit commerciale tendent à être plus normalisés que ceux exigés en vertu d'une lettre de garantie, et ils sont expliqués et réglementés en détail par les RUU.

55. Les trois exemples ci-après peuvent contribuer à une meilleure compréhension du rôle que peut jouer la norme de conformité apparente en matière de lettres de garantie :

A) Une lettre de crédit stand-by financière contient dans son annexe le texte de trois déclarations décrivant les risques que l'engagement vise à couvrir, et des espaces laissés en blanc, à remplir par le bénéficiaire, pour ce qui est du montant.

(Dans un tel cas, la maxime bien connue de la règle du strict respect est clairement applicable : il n'y a pas de place pour des documents qui sont presque identiques, ou qui feront tout aussi bien l'affaire)

B) Une garantie de soumission est payable à première demande accompagnée d'une déclaration écrite du bénéficiaire certifiant que le soumissionnaire n'a pas honoré son engagement. Le bénéficiaire adresse au garant, par télécopie, le message suivant : "Par la présente, nous demandons le paiement de 125 000 dollars des Etats-Unis, confirmant que la société X n'a pas signé le contrat. Signé B." Le garant refuse de payer parce que le bénéficiaire ne contient ni le verbe "certifier" ni les mots "n'a pas honoré son engagement".

(Quel que soit le jugement que l'on porte sur les motifs donnés pour rejeter la demande, cet exemple illustre les limites de la règle du strict respect, qu'elle soit ou non interprétée dans son sens littéral et étroit)

C) Une garantie de bonne exécution indique que le paiement s'effectuera sur simple demande et que la garantie est assujettie aux RUG. Le bénéficiaire joint à

sa demande une déclaration indiquant que le donneur d'ordre ne s'est pas acquitté de ses obligations, en particulier de ses obligations principales au titre du contrat. Le donneur d'ordre enjoint au garant de ne pas payer parce que le bénéficiaire n'a pas indiqué, comme l'exige l'article 20 a ii des RUG, "en quoi le donneur d'ordre a manqué à ses obligations"<sup>8</sup>.

(La formule entre guillemets, que l'on rencontre parfois aussi dans le texte de lettres de garantie, montre combien les termes fréquemment utilisés pour décrire le contenu de la déclaration du bénéficiaire sont vagues et, partant, combien l'utilité d'une norme fondée sur le respect littéral du texte serait limitée. Pour déterminer la conformité d'une déclaration aux termes de la lettre de garantie, interprétée conformément au projet d'article 6 de la loi uniforme, un processus d'interprétation et de jugement est nécessaire que ni l'expression "strict respect" ni, probablement, l'expression "respect effectif", ne peuvent refléter adéquatement.)

56. On pourrait en conclure que c'est d'abord aux parties qu'il appartient d'assurer une plus grande certitude en formulant des conditions précises, comme celles énoncées dans le premier exemple. Pour ce qui est de la loi uniforme, une norme de conformité apparente, qu'elle soit stricte ou souple, peut être moins importante que la norme de diligence raisonnable applicable aux fins de l'examen de la conformité de la demande et des documents éventuellement requis, avec les termes de la lettre de garantie.

57. A cet égard, on pourrait envisager d'affiner la norme de diligence, par exemple par une référence à l'interprétation d'un vérificateur de documents raisonnable et expérimenté. On pourrait ainsi contribuer à empêcher qu'une attitude indûment restrictive prévale là où un processus d'interprétation et de jugement est nécessaire. Néanmoins, cela n'est peut-être pas nécessaire puisque toute norme juridique de diligence tend à être jugée par rapport au groupe de personnes intéressé et que la loi uniforme exigera probablement des garants qu'ils agissent de bonne foi et avec un soin raisonnable (comme l'exige la nouvelle version de l'article 15 des RUG; voir par. 67 et 68 ci-après).

## 2) Délai alloué pour l'examen

58. L'article 10 a des RUG dispose :

"Le garant aura un délai raisonnable pour examiner une demande au titre d'une garantie et pour décider s'il doit payer ou rejeter la demande."

<sup>8</sup>L'alinéa a de l'article 20 des RUG est ainsi libellé : "Toute demande de paiement aux termes de la garantie sera appuyée d'une déclaration écrite (que celle-ci figure dans la demande elle-même ou dans un document ou des documents distincts accompagnant la demande qui y fera référence) stipulant :

- i) que le donneur d'ordre a manqué à ses obligations selon le(s) contrat(s) sous-jacent(s); et
- ii) en quoi le donneur d'ordre a manqué à ses obligations."

(L'alinéa c du même article est ainsi libellé : "Le présent article s'applique pour autant qu'il n'est pas expressément exclu par les termes de la garantie ou de la contre-garantie.")

59. Hormis quelques modifications rédactionnelles mineures, le texte de cette disposition correspond à celui de sa version antérieure, que le Groupe de travail avait examiné à sa douzième session (A/CN.9/316, par. 50 et 51). Comme on l'avait alors noté en faveur du maintien de la notion de "délai raisonnable", il s'agit d'une notion bien connue et qui tient compte des situations propres à chaque cas particulier et des différentes pratiques régionales et nationales.

60. Néanmoins, une telle souplesse va nécessairement de pair avec une incertitude qui peut n'être pas souhaitable dans la pratique internationale. Pour renforcer la certitude des parties, on a proposé de fixer un délai déterminé, par exemple cinq jours ou, comme le fait l'article 5-112 1 a du Code de commerce uniforme, trois jours. Une proposition de compromis a été avancée : un délai serait fixé selon les circonstances en tant que présomption simple, sauf convention ou preuve contraire, la charge de la preuve incombant à la partie alléguant le caractère raisonnable du délai.

## B. Obligations de notification

61. Le Groupe de travail pourra vouloir se demander si la loi uniforme doit obliger le garant qui reçoit une demande à en aviser le donneur d'ordre ou la partie ordonnatrice<sup>9</sup>. Il pourra aussi souhaiter examiner le moment et les modalités de la notification que le garant serait tenu d'adresser au bénéficiaire s'il rejetait la demande. Ces deux obligations sont énoncées dans des dispositions des RUG (qui ont été examinées dans une version antérieure, quelque peu différente, par le Groupe de travail à sa douzième session, A/CN.9/316, par. 50, 52, et 72 à 75) :

### Article 10 b

"Si le garant décide de refuser une demande, il en avisera immédiatement le bénéficiaire par télétransmission ou, si ce n'est pas possible, par d'autres moyens rapides. Tous documents éventuels seront mis à la disposition du bénéficiaire."

### Article 17

"Sous réserve des termes de l'article 10, le cas échéant, en cas de demande, le garant en avertira sans délai le donneur d'ordre ou la partie ordonnatrice et, dans ce cas, la partie ordonnatrice avertira le donneur d'ordre."

62. En ce qui concerne la disposition sur la notification du rejet, le Groupe de travail a proposé, à sa douzième session, qu'elle indique les motifs du rejet : en effet, une fois informé de la nature de l'anomalie documentaire, le bénéficiaire pourrait être en mesure d'y remédier et de présenter à nouveau le document en question. D'où une seconde proposition tendant à inclure dans l'article une disposition, éventuellement semblable à celle qui figure dans l'article 16 des RUU, restreignant le droit du garant de rejeter des documents sur la base d'anomalies qui auraient pu ou dû être notifiées au bénéficiaire lors d'une présentation antérieure (A/CN.9/316, par. 52). On peut ajouter

<sup>9</sup>Pour ce qui est de l'expression "partie ordonnatrice", voir le projet d'article 2, A/CN.9/WG.II/WP.67.

qu'une disposition restrictive calquée sur l'article 16 e des RUG aurait aussi pour conséquence d'interdire au garant qui n'aurait pas examiné les documents dans le délai prescrit d'invoquer leur non-conformité avec les termes et conditions de la lettre de garantie. Une telle disposition restrictive sanctionnerait donc le non-respect de la règle relative au délai alloué pour l'examen envisagée ci-dessus (par. 58 à 60).

63. Pour ce qui est de l'obligation du garant d'aviser le donneur d'ordre ou la partie ordonnatrice qu'une demande lui est présentée, elle risque d'être controversée dans son principe et de créer des difficultés d'application, étant donné notamment l'obligation du garant de payer sur présentation d'une demande conforme. Par exemple, on a demandé à la douzième session si une telle notification devrait précéder le paiement, ou si le paiement pourrait être valablement effectué sans notification, et si la notification, faite avant le paiement, devrait contenir des indications quant à l'intention du garant s'agissant de payer ou de ne pas payer. Lorsqu'il examinera ces questions et les questions connexes, le Groupe de travail pourra vouloir tenir compte des mots qui ont été ajoutés au début de la nouvelle version de l'article 17 des RUG : "Sous réserve des termes de l'article 10", c'est-à-dire les dispositions relatives au temps disponible pour l'examen de conformité et à l'obligation de notifier le rejet.

64. Enfin, le Groupe pourra vouloir examiner si la loi uniforme devrait envisager d'autres obligations de notification. Elle pourrait par exemple exiger des établissements financiers auxquels il est demandé d'émettre une lettre de contre-garantie ou de confirmer ou notifier une lettre de garantie et qui décident pour une raison ou pour une autre de ne pas faire droit à une telle demande d'en informer la partie dont la demande émane dans un délai spécifié, par exemple cinq jours, à compter de la réception de la demande.

## V. RESPONSABILITÉ ET EXONÉRATION

65. Le Groupe de travail pourra vouloir se demander si la loi uniforme doit contenir des dispositions sur la responsabilité des garants et, éventuellement, des parties ordonnatrices. A cet égard, il pourra fonder ses délibérations sur les dispositions pertinentes des RUG, dont il avait déjà examiné une version à sa douzième session (A/CN.9/316, par. 53 à 69), et qui sont maintenant ainsi libellées :

### Article 11

"Les garants et les parties ordonnatrices n'assument aucune responsabilité quant à la forme, au caractère suffisant, à l'exactitude, à l'authenticité, à la falsification ou à la portée légale de tout document qui leur est présenté, ni quant aux déclarations générales et/ou particulières qui y figurent, ni encore quant à la bonne foi ou aux actes et/ou omissions de toute personne quelle qu'elle soit."

### Article 12

"Les garants et les parties ordonnatrices n'assument aucune responsabilité quant aux conséquences des retards ou pertes que pourraient subir lors de leur transmission

tous messages, lettres, demandes ou documents, ni quant aux retards, mutilations ou autres erreurs pouvant se produire dans la transmission de toute télécommunication. Les garants et les parties ordonnatrices n'assument aucune responsabilité quant aux erreurs de traduction ou d'interprétation de termes techniques et se réservent le droit de transmettre des textes de garantie ou parties de ceux-ci sans les traduire."

### Article 13

"Les garants et les parties ordonnatrices n'assument aucune responsabilité quant aux conséquences pouvant résulter d'une interruption de leurs activités provoquée par des émeutes, troubles civils, insurrections, guerres et tous cas de force majeure ou toutes autres causes indépendantes de leur volonté, ainsi que par des grèves, lock-out ou actions industrielles de quelque nature que ce soit."

### Article 14

a) "Les garants et les parties ordonnatrices utilisant, pour donner suite aux instructions du donneur d'ordre, les services d'une autre partie, le font pour le compte et aux risques du donneur d'ordre.

b) "Les garants et les parties ordonnatrices n'assument aucune responsabilité si les instructions qu'ils transmettent ne sont pas exécutées, même si elles sont elles-mêmes à l'origine du choix de cette autre partie.

c) "Le donneur d'ordre sera tenu d'indemniser le garant ou la partie ordonnatrice, le cas échéant, pour toutes obligations et responsabilités découlant de lois et usages étrangers."

### Article 15

"Les garants et les parties ordonnatrices ne seront pas exonérés de leur responsabilité en vertu des articles 11, 12 et 14 ci-dessus si ils n'ont pas agi de bonne foi et avec un soin raisonnable."

66. On peut, pour la commodité, procéder à l'examen de ces questions en deux temps, en examinant premièrement les questions faisant l'objet de l'article 15 des RUG, la seule disposition prévoyant une responsabilité et, dans un deuxième temps, les questions que soulèvent les articles 11 à 14 des RUG qui, bien qu'ils figurent dans ces règles sous le titre "Responsabilités passives et actives des garants", contiennent essentiellement des clauses d'exonération.

## A. Responsabilité et degré de diligence

67. On se souviendra que la version précédente de l'article 15 des RUG disposait que les garants et les parties ordonnatrices étaient responsables "en cas de faute délibérée ou de négligence grave de leur part". Le nouveau libellé, aux termes duquel ils sont responsables "si ils n'ont pas agi de bonne foi et avec un soin raisonnable", reflète l'opinion qui a bénéficié d'un large appui au sein du Groupe de travail, à savoir que les garants et les parties ordonnatrices doivent exercer une diligence raisonnable dans l'exécution de leurs obligations (A/CN.9/316, par. 69).

68. Dans la loi uniforme, une disposition similaire à l'article 15 des RUG aurait une nature juridique différente et peut-être une portée différente. L'article 15 des RUG limite l'effet des clauses d'exonération figurant dans les autres articles, dont tous, y compris l'article 15, prennent effet par une convention des parties et peuvent donc être écartés ou modifiés. Par contre, la loi uniforme pourrait imposer une responsabilité obligatoire. Elle pourrait ainsi effectivement limiter toutes exonérations d'une telle responsabilité, que celles-ci figurent dans des lettres de garantie ou dans des conditions générales ou des règles uniformes visées dans des lettres de garantie.

### B. Exonérations de responsabilité

69. Pour ce qui est des articles 11 à 14 des RUG, leurs dispositions sont pratiquement identiques à celles que le Groupe de travail avait examinées à sa douzième session. On se souviendra que de sérieuses objections avaient été formulées, en particulier à l'encontre des articles 12 à 14, jugés trop favorables aux garants et aux parties ordonnatrices. On a donc proposé de supprimer ces clauses d'exonération ou de les formuler de manière plus équilibrée.

70. On a répondu à cela que ces dispositions étaient calquées sur les articles 17 à 20 des RUU et que ceux-ci n'avaient pas posé de difficultés. Pour ce qui est de l'exonération en cas de force majeure, on a déclaré que les textes de garantie contenaient souvent des clauses de force

majeure et que même en l'absence d'exonération contractuelle, l'application de la législation nationale aboutirait à un résultat similaire. Toutefois, étant donné que la portée des faits exonérateurs variait selon les législations nationales, il pourrait être souhaitable de tenter une harmonisation.

71. Lorsqu'il examinera si la loi uniforme doit retenir tout ou partie des exonérations prévues aux articles 11 à 14 des RUG, le Groupe de travail pourra souhaiter tenir compte des considérations ci-après qui découlent des différences existant entre les RUG et la loi uniforme. Si l'acceptabilité du texte pour les banquiers en tant qu'ils sont les premiers intéressés constituera un facteur important dans la décision d'un Etat d'adopter ou non la loi uniforme, cette acceptabilité ne risque guère d'être compromise par des clauses d'exonération, car de telles clauses sont couramment utilisées par les milieux intéressés, par exemple dans des conditions générales.

72. En outre, du fait même que les RUG contiennent des clauses d'exonération, il semble moins nécessaire d'en faire figurer dans la loi uniforme. Enfin, les clauses d'exonération semblent plus appropriées dans un texte qui énonce lui-même les diverses obligations dont la violation soulève la question de la responsabilité et de l'exonération de cette responsabilité. Il peut donc être moins nécessaire d'inclure des clauses d'exonération dans la loi uniforme qui, quelle qu'en soit en définitive la portée, contiendra à coup sûr moins de "règles de la circulation" et de dispositions imposant des obligations que les RUG.

### C. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa quinzième session (New York, 13-24 mai 1991) (A/CN.9/345) [Original : anglais]

#### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION .....	1-10
I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS .....	11-13
II. EXAMEN DE CERTAINES QUESTIONS CONCERNANT LES OBLIGATIONS DU GARANT .....	14-36
A. Délai alloué pour l'examen .....	15-17
B. Obligations de notification .....	18-29
C. Responsabilité et exonération .....	30-36
III. FRAUDE, ABUS ET NOTIONS SIMILAIRES .....	37-57 67-77
A. Champ d'application et définition éventuelle de la notion de fraude ou d'abus .....	39-52
B. Connaissance ou critère auquel doit satisfaire la preuve .....	53-57
C. Exception de fraude opposable par un contre-garant .....	67-71
D. Personnes contre lesquelles ne peut être invoquée l'exception de fraude .....	72

	<i>Paragraphes</i>
E. Possibilité d'inclure dans la loi uniforme une disposition relative aux demandes du type "prorogez ou payez" .....	73-77
IV. AUTRES MOTIFS DE NON-PAIEMENT .....	78-83
A. Invalidité, nullité ou caractère inexécutable de l'obligation de paiement .....	79-80
B. Compensation avec des créances du garant .....	81-83
V. MESURES CONSERVATOIRES ET AUTRES MESURES JUDICIAIRES .....	58-66
VI. CONFLIT DE LOIS ET JURIDICTION COMPÉTENTE .....	85-110
A. Débat préliminaire sur l'opportunité d'inclure dans la Loi uniforme des dispositions relatives au conflit de lois et à la juridiction compétente .....	85-87
B. Relations devant être couvertes par des règles de conflit de lois .....	88-89
C. Désignation et la loi applicable .....	90-103
1. Liberté des parties de choisir la loi applicable .....	91-94
2. Détermination de la loi applicable en l'absence de choix des parties .....	95-101
3. Champ d'application de la loi applicable .....	102-103
D. Juridiction compétente .....	104-110

## INTRODUCTION

1. Conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt et unième session<sup>1</sup>, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux s'est attaché, à sa douzième session, à examiner le projet de Règles uniformes en matière de garanties établi par la Chambre de commerce internationale (CCI) et à déterminer s'il était souhaitable et possible de parvenir à une plus grande uniformité de la législation relative aux garanties et aux lettres de crédit stand-by (A/CN.9/316). Le Groupe de travail a recommandé que l'on commence à élaborer une loi uniforme, que ce soit sous la forme d'une loi type ou d'une convention.

2. A sa vingt-deuxième session, la Commission a accepté la recommandation du Groupe de travail tendant à ce que l'on commence à élaborer une loi uniforme, et a chargé de cette tâche le Groupe de travail<sup>2</sup>.

3. A sa treizième session (A/CN.9/330), le Groupe de travail a commencé ses travaux en examinant les questions qui pourraient être traitées dans une loi uniforme, telles qu'elles étaient présentées dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.65). Ces questions touchaient le champ

d'application de la Loi uniforme quant au fond, l'autonomie des parties et ses limites et les règles d'interprétation possibles. Le Groupe de travail s'est aussi engagé dans un échange de vues préliminaire sur les questions touchant la forme de la lettre de garantie ou de la lettre de crédit stand-by et le moment de leur établissement. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de lui présenter à sa quatorzième session un premier projet d'articles, avec des variantes possibles, sur ces questions ainsi qu'une note sur d'autres questions sur lesquelles pourrait porter la Loi uniforme.

4. A sa quatorzième session (A/CN.9/342), le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 1<sup>er</sup> à 7 de la Loi uniforme établis par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.67). Celui-ci a été prié d'établir, sur la base des délibérations et conclusions du Groupe de travail, une version révisée de ces projets d'articles. Le Groupe de travail a également examiné les questions présentées dans une note du Secrétariat sur les points ci-après : modification, transfert, expiration et obligations du garant (A/CN.9/WG.II/WP.68). Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base des délibérations et conclusions du Groupe de travail, une première série de projets d'articles sur ces questions. On a également relevé que le Secrétariat présenterait au Groupe de travail, à sa quinzième session, une note sur de nouvelles questions sur lesquelles porterait la Loi uniforme, y compris la fraude et autres motifs de non-paiement, les mesures conservatoires et autres mesures judiciaires, le conflit de lois et la juridiction compétente.

<sup>1</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17 (A/43/17), par. 22.

<sup>2</sup> Ibid., quarante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/44/17), par. 244.

5. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa quinzième session à New York, du 13 au 24 mai 1991. Y ont assisté les représentants des Etats suivants, membres du Groupe de travail : Allemagne, Canada, Chili, Chine, Chypre, Egypte, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Inde, Iran (République islamique d'), Iraq, Italie, Jamahiriya arabe libyenne, Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Nigéria, Pays-Bas, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Tchécoslovaquie, Togo, Union des Républiques socialistes soviétiques, Uruguay et Yougoslavie.

6. Ont aussi assisté à la session des observateurs des Etats suivants : Algérie, Arabie saoudite, Australie, Autriche, Bahamas, Brésil, Cap-Vert, Colombie, Congo, Equateur, Finlande, Haïti, Honduras, Indonésie, Oman, Ouganda, Pakistan, Pérou, Philippines, Pologne, République-Unie de Tanzanie, Roumanie, Rwanda, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Vanuatu, Venezuela, Viet Nam et Yémen.

7. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales ci-après : Comité consultatif juridique afro-asiatique, Conférence de La Haye de droit international privé, Fonds monétaire international (FMI), Fédération bancaire de la Communauté européenne, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, et Chambre de commerce internationale (CCI).

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

*Président* : M. Jean Gauthier (Canada)

*Rapporteur* : M. R. Sandoval (Chili).

9. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.69) et deux notes du Secrétariat sur d'autres questions dont pourrait traiter une loi uniforme : fraude et autres motifs de non-paiement, mesures conservatoires et autres mesures judiciaires (A/CN.9/WG.II/WP.70); et conflit de lois et juridiction compétente (A/CN.9/WG.II/WP.71).

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

1. Election du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Elaboration d'une loi uniforme relative aux lettres de garantie internationales.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

## I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

11. Le Groupe de travail a examiné certaines questions relatives aux obligations du garant. Ces questions étaient présentées dans la note du Secrétariat sur les points ci-après : modification, transfert, expiration et obligations du garant (A/CN.9/WG.II/WP.68). Cette note avait été soumise au Groupe de travail à sa quatorzième session mais n'avait pas été examinée, faute de temps. Les délibérations et conclusions du Groupe de travail sont présentées ci-après au chapitre II. Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces conclusions, un premier projet d'articles sur les questions examinées.

12. Le Groupe de travail est ensuite passé à l'examen des questions traitées dans la note du Secrétariat concernant la fraude et autres motifs de non-paiement et les mesures conservatoires et autres mesures judiciaires (A/CN.9/WG.II/WP.70). Les délibérations et conclusions du Groupe de travail sont présentées ci-après aux chapitres III, IV et V. Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces conclusions, un premier projet d'articles sur les questions examinées, avec les variantes possibles.

13. Le Groupe de travail a également examiné les questions traitées dans la note du Secrétariat relative au conflit de lois et à la juridiction compétente (A/CN.9/WG.II/WP.71). Les délibérations et conclusions du Groupe de travail sont présentées ci-après au chapitre VI. Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces conclusions, un premier projet d'articles sur les questions examinées.

## II. EXAMEN DE CERTAINES QUESTIONS CONCERNANT LES OBLIGATIONS DU GARANT

14. Le Groupe de travail a poursuivi son débat sur les obligations du garant et a examiné les questions ci-après dont il n'avait pu, faute de temps, débattre à sa quatorzième session : délai alloué pour l'examen, obligations de notification, et responsabilité et exonération (voir le document A/CN.9/WG.II/WP.68, par. 58 à 72).

### A. Délai alloué pour l'examen

15. Le Groupe de travail a noté que l'alinéa *a* de l'article 10 du texte révisé du projet de règles uniformes pour les garanties sur demande de la CCI (RUG)<sup>3</sup> dispose : "Le garant aura un délai raisonnable pour examiner une demande au titre d'une garantie et pour décider s'il doit payer ou rejeter la demande". Il était entendu que, comme l'indiquait cette disposition, le délai alloué au garant devait lui servir à la fois pour examiner la demande et pour décider s'il allait ou non la payer.

16. De nombreuses délégations se sont prononcées pour l'utilisation dans la loi uniforme de l'expression "délai raisonnable" comme dans la disposition susmentionnée. On a fait valoir que c'était là une expression usitée dans la pratique bancaire et qu'elle était suffisamment souple pour convenir aux divers cas particuliers ainsi que pour tenir compte des différences de pratiques entre les régions ou les pays. Toutefois, pour d'autres délégations, il fallait que le délai soit uniforme et sûr et, pour ce faire, il fallait fixer un certain nombre de jours ouvrables (par exemple, trois, cinq ou sept). Selon un autre point de vue, il fallait combiner les deux approches en accordant au garant un délai raisonnable jusqu'à concurrence de sept jours, comme semble le faire la règle actuellement suggérée pour la future révision des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU) de la CCI. On a rétorqué qu'un tel délai maximum finirait par être considéré comme le délai normal, ce qui risquait d'allonger le délai actuellement pratiqué, qui était d'environ trois jours.

<sup>3</sup>Document de la CCI n° 460/470-1/19 Rev. et 460/470-10/1 Rev. du 8 février 1991.

17. Le Groupe de travail est convenu que la future disposition sur le délai à allouer pour l'examen à insérer dans la loi uniforme ne devrait pas avoir un caractère obligatoire. Il devrait être possible d'y déroger soit en incorporant des règles comme celles qui sont énoncées dans les RUG ou les RUU soit en stipulant un délai différent dans la lettre de garantie.

### B. Obligations de notification

18. Le Groupe de travail a examiné, sur la base des paragraphes 61 à 64 du document A/CN.9/WG.II/WP.68, le point de savoir si la loi uniforme devrait contenir des dispositions concernant la notification à adresser au donneur d'ordre, la notification à adresser au bénéficiaire en cas de rejet de la demande et les éventuelles notifications à adresser aux institutions financières.

#### *Notification au donneur d'ordre*

19. On a noté que la question de la notification à adresser au donneur d'ordre était traitée à l'article 17 du projet de RUG qui disposait :

"Sous réserve des termes de l'article 10<sup>4</sup>, le cas échéant, en cas de demande, le garant en avertira sans délai le donneur d'ordre ou la partie ordonnatrice et, dans ce cas, la partie ordonnatrice avertira le donneur d'ordre."

20. On a en outre noté que l'article 17 du projet de RUG n'était apparemment pas conçu pour traiter du problème des demandes "Prorogez ou payez", celles-ci étant abordées ailleurs, à savoir à l'article 26 du projet de RUG. Il a été déclaré qu'une règle telle que celle qui figure à l'article 17 du projet de RUG ne correspondrait pas à la pratique en matière de lettres de crédit stand-by, telle que reflétée à l'article 16 des RUU<sup>5</sup>.

21. Le Groupe de travail était partagé sur le point de savoir si la loi uniforme devait imposer au garant l'obligation d'informer le donneur d'ordre d'une demande faite par le bénéficiaire. Les délégations opposées à une telle obligation ont notamment fait valoir que le donneur d'ordre était normalement avisé par courtoisie, mais que la loi ne devait pas imposer une telle obligation car cela réduirait l'indépendance et l'intégrité de l'engagement du garant dont on attendait un paiement certain et rapide; le donneur d'ordre serait ainsi incité à essayer d'empêcher le paiement pour des raisons non valables, puisque le gros des demandes n'étaient ni frauduleuses ni abusives; le respect d'une telle obligation de notification ne serait pas facile à prouver; enfin, en cas de non-respect, il ne serait pas facile de trouver une sanction appropriée.

22. Ceux qui estimaient que la loi uniforme devait contenir une disposition obligeant le garant qui reçoit une demande à en aviser le donneur d'ordre ont avancé les

raisons suivantes : une disposition qui n'aurait pas force obligatoire ne modifierait pas radicalement ce qui était apparemment une pratique courante très répandue; elle laisserait le garant libre de décider de faire droit à la demande ou de la rejeter; la notification de la demande au donneur d'ordre était une question d'équité car le donneur d'ordre était la personne la plus susceptible d'avoir connaissance d'une fraude ou d'un abus possible et d'en informer le garant et c'étaient, en fin de compte, ses fonds qui étaient en jeu.

23. Des vues divergentes ont été exprimées sur la question de savoir si la notification devait être faite avant le paiement. Selon un point de vue, la notification était inutile si elle était faite après le paiement. On a généralement estimé toutefois que l'obligation de notification ne devait pas être liée temporellement à l'obligation d'examiner la demande et de prendre une décision au sujet du paiement. Par conséquent, le paiement pouvait être fait (dans le délai prescrit pour l'examen de la demande) avant que la notification soit faite (dans le délai prévu pour la notification). Le non-respect de l'obligation de notification n'affecterait donc pas la validité du paiement mais pourrait, dans certains cas, susciter une demande de dommages et intérêts. Il a été noté que le Groupe de travail devait encore examiner la question des dommages-intérêts pour ce cas et d'autres cas possibles de non-respect des obligations.

24. Pour permettre au donneur d'ordre d'avoir connaissance d'une demande sans imposer au garant l'obligation de notification, on a proposé que le bénéficiaire soit tenu, sur la base de l'acceptation expresse ou (pour les garanties bancaires seulement) de l'acceptation tacite, de présenter au garant avec sa demande une déclaration certifiant que l'original ou la copie de la demande a été envoyé directement au donneur d'ordre de façon à ce que le garant ait une preuve documentaire de la notification avant d'effectuer le paiement. Malgré l'intérêt qu'elle a suscité, cette suggestion n'a pas été acceptée pour les raisons suivantes : elle entraînerait des changements considérables dans la pratique actuelle de notification; elle créerait des difficultés techniques inutiles; la sanction envisagée — le refus immédiat de paiement — était trop sévère; et il en résulterait une dichotomie entre les lettres de crédit stand-by et les garanties bancaires qui n'était pas justifiée, du moins dans le contexte de la notification de la demande au donneur d'ordre.

#### *Notification du rejet de la demande au bénéficiaire*

25. On a noté que l'article 10 b du projet de RUG traitait de la question de la notification du rejet de la demande de la manière suivante :

"Si le garant décide de refuser une demande, il en avisera immédiatement le bénéficiaire par télétransmission ou, si ce n'est pas possible, par d'autres moyens rapides. Tous documents éventuels seront mis à la disposition du bénéficiaire."

26. Il a été déclaré que, dans la pratique telle que reflétée à l'article 16 des RUU, on trouvait en matière de lettres de crédit stand-by une règle plus complète concernant la notification, assortie de sanctions.

<sup>4</sup>Les dispositions de l'article 10 du projet de RUG sont reproduites aux paragraphes 15 et 25 du présent rapport.

<sup>5</sup>Le texte des articles des RUU auxquels il est fait référence est la version révisée de 1983 (publication n° 400 de la CCI) et a été reproduit dans le document A/CN.9/251.

27. Le Groupe de travail est convenu que la loi uniforme devait contenir une disposition obligeant le garant à aviser le bénéficiaire du rejet de la demande. De nombreux membres estimaient que le garant devait être tenu d'indiquer, dans la notification, pourquoi il avait décidé de refuser le paiement. On a estimé toutefois que l'obligation de motiver le refus devait être suffisamment souple pour tenir compte des différentes conditions de paiement prévues dans les lettres de garantie. On a dit que cette obligation devrait être suffisamment générale pour dispenser le garant de spécifier certains détails, comme il serait tenu de le faire dans le contexte — différent — des lettres de crédit commerciales; on a indiqué cependant qu'une telle règle ne conviendrait pas pour les lettres de crédit stand-by qui exigeaient parfois une documentation détaillée.

28. Des vues divergentes ont été exprimées sur la question de savoir si la loi uniforme devait contenir une règle restrictive calquée sur l'article 16 *d* et *e* des RUU. Selon un point de vue, une telle règle n'était pas appropriée pour les lettres de garantie car, dans le cas de ces lettres, il y avait beaucoup moins de documents et beaucoup moins de risques d'anomalie, et les documents ne devenaient pas "périmés" 21 jours après la date du connaissance (comme c'était le cas en vertu de l'article 47 *a* des RUU). La majorité a estimé toutefois qu'une disposition restrictive pourrait être appropriée dans le contexte des lettres de garantie mais qu'il fallait en étudier plus avant les conditions précises et les conséquences, compte tenu des caractéristiques des lettres de crédit stand-by et des garanties indépendantes ainsi que des pratiques les concernant.

#### *Autres obligations de notification*

29. Le Groupe de travail a examiné si la loi uniforme devait envisager d'autres obligations de notification — par exemple, si elle devait exiger que tout établissement financier auquel il est demandé d'émettre, de confirmer ou notifier une lettre de garantie et qui décide de ne pas faire droit à une telle demande en informe la partie dont la demande émane dans un délai spécifié. Le Groupe de travail est convenu que la loi uniforme ne devait pas prévoir de telles obligations.

### C. Responsabilité et exonération

30. Le Groupe de travail a examiné, sur la base des paragraphes 65 à 72 du document A/CN.9/WG.II/WP.68, le point de savoir si la loi uniforme devait contenir des dispositions sur la responsabilité des garants et sur d'éventuelles exonérations de responsabilité. On a noté que les articles 11 à 14 du projet de RUG<sup>6</sup> comportaient des dispositions détaillées exonérant les garants et les parties ordonnatrices de toute responsabilité pour toute une variété d'actes ou d'omissions et que l'article 15 du projet de RUG limitait l'effet de ces exonérations en prévoyant que les garants et les parties ordonnatrices ne seraient pas exonérés de leur responsabilité "s'ils n'ont pas agi de bonne foi et avec un soin raisonnable".

#### *Dispositions concernant l'exonération de responsabilité*

31. Le Groupe de travail est convenu que la loi uniforme ne devrait pas comporter de dispositions relatives aux exonérations de responsabilité analogues à celles des RUG. On a estimé que la question de l'exonération de responsabilité devait être traitée au niveau contractuel et non pas au niveau législatif; elle devait être réglée dans des règles uniformes comme les RUG, dans des conditions générales ou dans des accords négociés au cas par cas. De plus, une série de clauses d'exonération serait superflue dans la loi uniforme qui contiendrait certainement beaucoup moins de règles opérationnelles ou de dispositions analogues sur les obligations que les RUG ou les RUU.

#### *Règle sur la responsabilité et ses éléments*

32. Des doutes ont été exprimés quant à la nécessité d'inclure dans la loi uniforme une règle sur la responsabilité. On a fait observer que les questions de responsabilité étaient rarement portées devant les tribunaux, que le problème pouvait être réglé par le droit général des divers systèmes juridiques, qu'il n'y avait pas de norme généralement acceptable qui s'appliquerait également à la question controversée de la responsabilité du fait du comportement d'agents et que les dispositions du projet d'article 5 de la loi uniforme suffisaient<sup>7</sup>. Après avoir délibéré, le Groupe de travail est toutefois convenu que la loi uniforme devrait comporter une règle sur la responsabilité allant dans le sens de l'article 15 des RUG.

33. En ce qui concerne les éléments de la responsabilité, le Groupe de travail est convenu que la notion de "bonne foi" devait être retenue. Pour ce qui est de la notion de "soin raisonnable", des opinions divergentes ont été exprimées, souvent selon qu'on envisageait une règle de responsabilité obligatoire ou non obligatoire. Dans l'hypothèse d'une règle obligatoire à laquelle les parties ne pourraient déroger en adoptant des clauses d'exonération, on a exprimé l'avis qu'il convenait de retenir le critère du "soin raisonnable" puisqu'on était pleinement autorisé à attendre des garants qu'ils fassent preuve de la diligence voulue. La majorité a toutefois estimé que le critère du "soin raisonnable", éventuellement nuancé par une référence aux pratiques bancaires, était trop strict; une règle de responsabilité à caractère obligatoire devrait être plus limitée et viser uniquement par exemple la faute lourde ou l'imprudence caractérisée.

34. D'autres suggestions tendant à modifier ou à compléter le critère du "soin raisonnable" visaient principalement à poser une règle supplémentaire de responsabilité qui, selon une proposition largement appuyée, n'aurait pas caractère obligatoire et qui compléterait le projet de disposition sur le degré de soin à apporter à l'examen de conformité qui avait été débattu à la quatorzième session

<sup>7</sup>Le texte du projet d'article 5, que le Groupe de travail a décidé de placer entre crochets (A/CN.9/342, par. 41) est le suivant :

"Pour l'interprétation de la présente Loi, il sera tenu compte de son [caractère international] [origine internationale] [1] et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application, ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans [les opérations internationales] [la pratique internationale en matière de garantie ou de crédit]."

<sup>6</sup>Les articles 11 à 14 du projet de RUG sont reproduits au paragraphe 65 du document A/CN.9/WG.II/WP.68.

(voir A/CN.9/342, par. 106 à 110). On a proposé d'inclure une référence aux meilleures pratiques bancaires, à de bonnes pratiques bancaires généralement reconnues comme telles, à la diligence requise par la profession et aux pratiques bancaires telles qu'elles ressortaient, par exemple, des RUU, des manuels bancaires et des livres blancs locaux, nationaux ou régionaux. En réponse aux suggestions tendant à inclure une référence aux pratiques bancaires, on a fait observer que la fixation de normes ne pouvait pas être laissée exclusivement aux personnes qui y seraient soumises, que les pratiques bancaires n'étaient pas uniformes et étaient souvent incertaines et qu'une référence à la catégorie de personnes visée était superflue puisque le degré de soin à apporter devait être apprécié dans le contexte professionnel où la norme en question était censée s'appliquer.

*Possibilité d'étendre la règle de responsabilité de façon qu'elle ne soit pas uniquement applicable au garant*

35. On a émis l'avis que la future règle de responsabilité de la loi uniforme ne devrait pas s'appliquer uniquement au garant, mais à tous les participants à la lettre de garantie, en particulier au bénéficiaire et au donneur d'ordre. On a fait observer que la bonne foi était une exigence fondamentale et que toutes les parties devaient s'y soumettre. De plus, une règle de responsabilité à caractère obligatoire qui ne s'appliquerait qu'au garant donnerait à tort l'impression que la loi uniforme permettait n'importe quelle exonération de responsabilité un profit des autres parties. Dans le même ordre d'idées, mais sans aller aussi loin, on a suggéré que, puisque la loi uniforme était axée sur le rapport entre le garant et le bénéficiaire, la règle de responsabilité ne s'applique, outre au garant, qu'au bénéficiaire.

36. La majorité a toutefois estimé qu'il convenait que la règle de responsabilité s'applique uniquement aux garants et, éventuellement, aux parties ordonnatrices. On a estimé que si l'on étendait cette règle aux autres parties, il faudrait définir des critères différents pour les divers contextes commerciaux et traiter de la question des sanctions ou des recours; or, les lois nationales actuelles étaient en mesure de résoudre ces questions sans l'aide de la loi uniforme.

### III. FRAUDE, ABUS ET NOTIONS SIMILAIRES

37. Le Groupe de travail a examiné les questions relatives à la fraude, à l'abus et aux notions similaires dans le contexte des transactions concernant les lettres de garantie. Il était saisi d'une note du Secrétariat traitant de ces notions et de leur application dans différents pays de *common law* et de droit civil (A/CN.9/WG.II/WP.70, par. 7 à 75).

38. Comme il est indiqué au paragraphe 9 de cette note, le Groupe de travail s'est d'abord demandé si la Loi uniforme devait traiter des comportements frauduleux ou abusifs pouvant être pertinents autrement qu'en tant que motifs de refus de paiement. Il a été convenu que la Loi uniforme ne devait traiter que de la conduite frauduleuse du bénéficiaire. Toutefois, au cours du débat relatif à l'exception de fraude qui a suivi, il a été suggéré d'examiner à un stade ultérieur s'il n'était pas souhaitable de traiter aussi de tout

acte frauduleux ou abusif que le donneur d'ordre pourrait commettre en essayant d'empêcher le paiement sans raison valable.

#### A. Champ d'application et définition éventuelle de la notion de fraude ou d'abus

39. Le Groupe de travail a rappelé que, tout en reconnaissant qu'il serait difficile d'harmoniser les différentes manières d'aborder le problème de la fraude, il était convenu, à la douzième session, qu'il faudrait uniformiser davantage le traitement de la fraude et que l'élaboration de dispositions dans le cadre de la Loi uniforme serait particulièrement utile à cette fin (A/CN.9/316, par. 147 à 162). Le Groupe de travail a commencé son effort d'harmonisation par un échange préliminaire d'informations sur les notions actuellement en cours et sur leur interprétation dans différents systèmes juridiques.

#### *Echange d'informations sur les notions en cours*

40. On a fait observer que l'interprétation de la notion de fraude était souvent influencée par le droit pénal. Dans certains systèmes juridiques, la fraude était définie comme suit : induire autrui en erreur par des moyens illicites; soumettre des documents qui, expressément ou implicitement, présentent des faits d'une manière que l'on sait fausse; se conduire de manière déloyale dans l'intention de nuire, d'obtenir un gain illicite ou de s'enrichir injustement. Dans d'autres systèmes juridiques la "fraude" avait un sens beaucoup moins strict et englobait les cas où l'élément d'intention n'entraînait pas en jeu; en ce qui concernait les lettres de crédit stand-by, la fraude signifiait l'absence de motif plausible de demander paiement du crédit.

41. En ce qui concerne la notion d'abus, on a fait observer qu'elle était souvent appliquée de la même façon que pour tout autre droit exercé par une personne. Parmi les définitions générales de ce genre appliquées dans certains systèmes juridiques, on trouve les définitions suivantes : outrepasser les limites de l'exercice normal d'un droit par une personne raisonnable; exercer un droit dans un but autre que celui pour lequel il a été octroyé. Parmi les autres définitions de la notion d'abus, qui s'appliquent plus particulièrement au contexte des lettres de garantie, on peut citer les définitions suivantes : demande présentée par un bénéficiaire qui a déjà reçu pleine satisfaction; demande de paiement présentée malgré l'absence manifeste de tout risque ou éventualité couvert expressément ou implicitement par l'objet de la lettre de garantie.

42. On a noté que non seulement la notion de fraude et celle d'abus étaient définies de manière différente, comme il est indiqué ci-dessus, mais aussi qu'il y avait des disparités et des incertitudes considérables dans leur application à des cas particuliers. On a noté également que les deux notions étaient souvent utilisées de manière interchangeable et qu'il n'était pas possible d'établir entre elles de distinction nette.

43. On a dit, en conséquence, qu'il fallait essayer de ne pas utiliser les termes de "fraude" et d'"abus" dans la Loi uniforme. On a dit également que, pour définir de façon précise les cas limités dans lesquels une exception à un

engagement de paiement indépendant se justifiait, il était souhaitable d'en déterminer les paramètres en examinant les cas limites qui pouvaient prêter à controverse.

*Examen de cas en vue de délimiter le champ d'application de l'exception de fraude*

44. On s'est demandé si une lettre de garantie pouvait être établie de manière suffisamment abstraite pour exclure toute possibilité de fraude. Le Groupe de travail, notant qu'il n'existait aucun système juridique permettant d'établir un tel type de lettre de crédit stand-by ou de garantie, a estimé qu'il fallait exclure ce type de lettre dans la Loi uniforme. Le Groupe de travail a toutefois constaté que, dans certains systèmes juridiques, il était possible de limiter dans une certaine mesure l'application de l'exception de fraude en insérant dans la lettre de garantie des clauses contractuelles, subordonnant cette application à l'existence d'une preuve concluante ou d'un aveu judiciaire, par exemple.

45. On a donné quelques exemples de situations qui entraient manifestement dans le champ d'application de l'exception de fraude, tels que la falsification de documents et autres délits. On a dit que l'exception de fraude pourrait également s'appliquer en cas d'invalidité ou de non-existence d'une opération sous-jacente assurée par la lettre de garantie.

46. Le Groupe de travail a examiné le cas suivant qui, à en juger par la controverse qu'il a suscitée, peut être qualifié de cas limite : le bénéficiaire d'une garantie de bonne fin sans clause de réduction demande le paiement du montant total, alors qu'il a subi un préjudice d'un montant beaucoup moins élevé du fait que le donneur d'ordre n'a pas achevé la dernière phase d'un projet de construction. Selon une opinion, la demande devait être considérée comme abusive (du point de vue du rapport entre le préjudice subi et le montant de la garantie) parce que le montant réclamé était manifestement disproportionné avec la perte subie et, par conséquent, excessif par rapport à l'objet de la garantie ou par rapport à la satisfaction obtenue par le bénéficiaire. Selon un autre point de vue, la demande ne devait pas être considérée comme abusive car l'exception de fraude était limitée à l'absence totale de contrepartie — c'est-à-dire, à l'absence totale de tout fondement plausible pour la demande. Si on désirait établir un lien entre le montant payable en vertu de la lettre de garantie et la perte subie dans le cadre de l'opération sous-jacente, on devait l'indiquer clairement dans le texte même de la lettre de garantie. On pouvait par exemple y insérer une clause prévoyant la réduction du paiement en cas de non-achèvement des travaux ou émettre des lettres de garantie séparées pour les différentes phases du projet.

47. En vue de déterminer les limites de l'exception de fraude, on a également mentionné le cas d'une garantie de bonne fin pour l'exécution d'un contrat relatif à l'établissement d'un réseau téléphonique dont le mauvais fonctionnement partiel susciterait entre les parties au contrat un litige qui les obligerait à engager un expert. On a dit à ce sujet que, abstraction faite de la question de savoir si le mauvais fonctionnement de certaines lignes téléphoniques pouvait être considéré comme un défaut d'exécution

intégrale, le fait même qu'il faille engager un expert excluait l'application de l'exception de fraude car la condition selon laquelle l'abus devait être manifeste et évident, sans qu'une enquête soit nécessaire, n'était pas remplie.

48. Le Groupe de travail est convenu que l'exception de fraude ne devait pas s'appliquer dans les cas où les parties à une opération sous-jacente étaient en désaccord, de bonne foi, au sujet de questions de fait ou de droit concernant l'exception. Il a reconnu toutefois qu'il n'était pas facile d'établir une ligne de démarcation précise entre ce type de litiges contractuels et les cas auxquels devait s'appliquer l'exception de fraude.

*Critères et approche à adopter pour définir le champ d'application de l'exception de fraude*

49. Le Groupe de travail a examiné la question suivante, formulée dans la note du Secrétariat (*ibid.*, par. 75, 1 a) : une définition générale doit-elle être limitée par un critère subjectif (par exemple, intention de nuire, malhonnêteté, mauvaise foi) ou doit-elle, selon l'attitude qui prévaut parmi les tribunaux, être fondée sur des critères objectifs pouvant être plus faciles à établir (par exemple, absence de fondement possible, but de la demande sans rapport avec le risque couvert)? Quelques membres se sont déclarés favorables à une limitation subjective, mais la majorité a estimé qu'une telle limitation ne serait pas appropriée.

50. On a noté, par exemple, qu'un critère subjectif comme la malhonnêteté ou l'intention de nuire était difficile à établir et qu'il devait être souvent déduit d'un critère objectif. On a également fait observer que, si des critères objectifs paraissaient préférables, il fallait toutefois y ajouter, comme substituts éventuels, des éléments subjectifs qui deviendraient pertinents, par exemple, dans le cas où le bénéficiaire présentait une déclaration exacte avec une signature falsifiée. On a reconnu que la distinction entre critères subjectifs et critères objectifs n'était pas claire et présentait un intérêt limité. Le Groupe de travail a conclu que toute nouvelle définition pourrait contenir des critères subjectifs ainsi que des critères objectifs.

51. Diverses suggestions ont été faites au sujet d'une définition possible de l'exception de fraude dans la Loi uniforme. Selon l'une d'elles, il fallait mettre au point une définition générale qui pourrait s'inspirer des définitions mentionnées au cours des débats du Groupe de travail ou dans la note du Secrétariat. Selon une autre, il fallait essayer de définir le champ d'application de l'exception de fraude en établissant une liste non exhaustive de situations, compte tenu des cas examinés par le Groupe de travail et des exemples d'abus possibles mentionnés dans la note du Secrétariat. Selon une troisième suggestion, il fallait combiner ces deux approches et formuler une définition générale accompagnée d'une liste indicative de cas visés. On a suggéré, enfin, de ne pas chercher à formuler une définition quelconque mais de se contenter de proposer des directives qui pourraient faire appel à diverses notions, souligner le caractère de l'engagement du garant et préciser que l'exception couvre la fraude dans l'opération et que les faits sur lesquels se fonde l'exception doivent être établis de manière claire et convaincante sans qu'une enquête soit nécessaire.

52. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de proposer diverses formules possibles fondées sur les suggestions ci-dessus, compte tenu des débats et des conclusions préliminaires du Groupe de travail.

### B. Connaissance ou critère auquel doit satisfaire la preuve

53. Le Groupe de travail a examiné la question du critère auquel doit satisfaire la preuve ou de la connaissance permettant au garant de refuser le paiement en cas d'allégation de fraude ou d'abus. Il a été convenu que ce critère devait être rigoureux compte tenu du caractère exceptionnel de cette exception au principe de l'indépendance de l'obligation de paiement rapide et eu égard à la position et à la réputation du garant ainsi qu'à son besoin de certitude. Selon un avis, lorsqu'un garant effectuait le paiement de bonne foi, sur la base de documents conformes, il devait pouvoir être remboursé, même en cas de fraude.

54. En ce qui concerne les termes qu'il serait possible d'utiliser pour exprimer ce critère rigoureux, on a estimé que l'une quelconque des expressions similaires mentionnées dans la note du Secrétariat (*ibid.*, par. 75, al. 2 a), à savoir "évident", "certain", "évident pour chacun", "manifeste", "établi par une preuve concrète" ferait l'affaire. Il a été souligné que par "manifeste", il fallait entendre "crevant les yeux". On a proposé d'autres expressions du même ordre, notamment : "sans aucun doute"; "la seule conclusion raisonnable" ou "la seule conclusion réaliste".

55. Comme cela avait été proposé dans la note du Secrétariat (*ibid.*, par. 75, al. 2 b), le Groupe de travail s'est demandé si le critère susvisé devait être limité à la question du refus spontané du garant ou s'il devait aussi s'appliquer aux ordonnances faisant défense au garant de payer ou au bénéficiaire de demander ou de recevoir le paiement. De l'avis de beaucoup de membres du Groupe, en règle générale, le même critère de preuve devrait s'appliquer à ces deux situations, c'est-à-dire à la décision du garant comme à celle du tribunal. Il a cependant été reconnu que la différence entre ces deux situations pouvait conduire à certaines disparités dans l'application du critère.

56. Il a été souligné, par exemple, que le garant devait prendre rapidement une décision, dans les délais prescrits pour l'examen de la créance tandis qu'un tribunal pouvait disposer de plus de temps ou prendre sa décision à un stade ultérieur, selon ses procédures et son fonctionnement particuliers. Une autre différence résidait dans le fait que le garant devait généralement fonder sa décision sur les seuls éléments présentés par le donneur d'ordre, tandis qu'un tribunal pouvait, toujours en fonction de ses propres procédures, entendre aussi le bénéficiaire, voire d'autres parties. Il y avait une autre différence encore dans le fait que le garant devait s'appuyer essentiellement sur des pièces justificatives, tandis qu'un tribunal pouvait aussi bien admettre d'autres moyens de preuve dans sa procédure sommaire. En outre, le critère de preuve normalement requis dans la procédure préliminaire n'allait souvent pas jusqu'à la certitude ou à l'évidence étant donné que l'on pouvait se

contenter d'établir, par exemple, que l'affaire paraissait fondée de prime abord ou que le succès était probable au fond.

57. En examinant ces divergences possibles entre la décision du garant et celle d'un tribunal, on s'est rendu compte que l'application du critère de preuve dans la procédure judiciaire ne pouvait être considérée isolément et devait être replacée dans le cadre procédural, qui avait tendance à varier d'une juridiction à l'autre. Le Groupe de travail a donc décidé à ce stade de ses débats d'aborder la question des mesures conservatoires et autres mesures judiciaires dont traitait la note du Secrétariat (*ibid.*, par. 90 à 114). Le Groupe de travail a ultérieurement terminé son examen des notions de fraude, d'abus et de notions similaires (voir ci-après, par. 67 à 77).

### V. MESURES CONSERVATOIRES ET AUTRES MESURES JUDICIAIRES

58. Le Groupe de travail a procédé à un échange d'informations sur les mesures conservatoires qui pouvaient être prises dans un pays donné et sur leurs caractéristiques particulières complétant souvent les informations fournies par la note du Secrétariat. Il a été noté, par exemple, que les juridictions nationales ne prévoyaient pas toutes des procédures permettant d'ordonner des mesures conservatoires en vue d'appliquer l'exception de fraude; dans l'un des pays mentionnés, une ordonnance faisant défense au garant de payer ne pouvait être obtenue que si le garant ou le donneur d'ordre avait fait une demande au fond contre le bénéficiaire et si l'ordonnance visait à préserver les intérêts invoqués dans cette demande.

59. Il a été noté en outre qu'il existait des écarts considérables quant aux différents stades et au déroulement habituel des procédures concernant les mesures conservatoires. Par exemple, dans un pays, les ordonnances temporaires de ne pas faire pouvaient être obtenues en quelques heures s'il s'agissait de procédures engagées sur requête sans exécution des moyens de contrainte, puis être suivies des procédures préliminaires, assorties de conditions procédurales plus rigoureuses, qui pouvaient durer quelques mois; dans un autre pays, par contre on pouvait obtenir en quelques jours une mesure conservatoire avant dire droit à l'issue d'une audition. S'agissant de la longueur variable des procédures, il a été noté que si les demandes de mesures conservatoires aboutissaient très rarement, semblait-il, dans la plupart des pays, les procédures longues prêtaient à des abus de la part des donneurs d'ordre à des fins dilatoires.

60. En vue de réduire le risque d'une telle entrave à l'action de la justice, certaines juridictions obligeaient les demandeurs à verser un cautionnement ou un dépôt de garantie. Il a été souligné qu'il pourrait être utile d'étendre ce moyen à d'autres juridictions.

61. Un accueil moins favorable a été réservé à un autre type de mesures consistant à ordonner au garant, en cas d'incertitude sur la question de la fraude, de mettre le montant de la lettre de garantie en dépôt fiduciaire ou de le consigner en justice en attendant que la question soit

tranchée définitivement dans le cadre de la procédure principale. Cette mesure a été jugée peu compatible avec l'intégrité de la lettre de garantie et avec la nécessité de limiter l'exception de fraude aux cas évidents ou manifestes.

62. Le Groupe de travail a constaté que les mesures conservatoires auxquelles on pouvait avoir recours se présentaient différemment selon les pays, tout comme différaient l'usage qui était fait de ces mesures et leur efficacité. Dans plusieurs pays, la mesure conservatoire la plus demandée consistait en une ordonnance faisant défense au garant de payer. Une autre mesure conservatoire utilisée à l'encontre du garant dans plusieurs pays consistait à lui interdire de débiter le compte du donneur d'ordre. Tout bien considéré, la mesure apparemment la plus efficace consistait, dans plusieurs pays, à saisir les fonds qui étaient encore entre les mains du garant ou que le bénéficiaire possédait dans le pays en question. On a fait observer que la mesure la moins efficace consistait à faire défense au bénéficiaire de demander ou d'accepter le paiement, notamment en raison du fait que la société avait probablement son siège à l'étranger.

63. Il a été question de certains éléments des mesures provisoires qui non seulement différaient selon les pays, mais posaient aussi des problèmes ou prêtaient à controverse dans un même pays. Un de ces éléments concernait la relation entre la procédure préliminaire et la procédure principale, et les délais à respecter pour engager l'une ou l'autre de ces procédures. Une question connexe portait sur le point de savoir si les deux types de procédure devaient opposer les mêmes parties. Un autre élément avait trait à l'obligation éventuelle de justifier par les nécessités d'une action en justice les mesures provisoires demandées. Restait l'importante question de savoir si non seulement le garant avait le droit de refuser d'honorer une demande de paiement frauduleuse, mais s'il était également tenu d'agir de la sorte, que cette obligation soit contractuelle ou extra-contractuelle.

64. Compte tenu de ce qui précède, il est apparu assez nettement qu'un plus grand degré de certitude et d'uniformité était souhaitable. Les opinions différaient cependant quant à savoir si et en quoi la Loi uniforme pouvait contribuer à la réalisation de cet objectif. Selon certains, la Loi uniforme devrait se borner aux questions de droit positif et ne pas traiter celles qui relèvent du code de procédure. Toutefois, selon l'opinion prédominante, l'uniformisation des dispositions du droit positif concernant l'exception de fraude n'aurait qu'une valeur limitée si elle ne s'accompagnait pas de mesures de procédure harmonisées et certaines. Il fallait donc s'efforcer de progresser dans cette voie, en évitant d'empiéter sur l'organisation des tribunaux nationaux et sur leurs procédures traditionnelles.

65. Certains ont proposé d'examiner l'opportunité d'introduire une disposition prévoyant en termes généraux l'accès de toutes les parties aux tribunaux et recommandant une procédure expéditive, étant entendu que les tribunaux des pays intéressés devraient disposer de règles et de procédures adéquates. D'autres ont proposé de s'efforcer d'élaborer des principes directeurs concernant le critère de la preuve et d'autres éléments présentant un intérêt

particulier pour les opérations relatives à la lettre de garantie, sans pour autant bouleverser les procédures et le fonctionnement actuels des tribunaux nationaux.

66. S'agissant des pays qui ne prévoient aucun type de mesures conservatoires, l'espoir a été exprimé que des modifications seraient apportées à cette situation. On a estimé cependant qu'il n'était pas réaliste d'essayer d'imposer de tels changements par l'intermédiaire de la Loi uniforme. Aussi, le projet de dispositions de remplacement que le Groupe de travail demandait au Secrétariat d'établir à partir des suggestions exposées plus haut devrait se garder de toute formulation comportant l'obligation d'introduire de tels changements.

### III. FRAUDE, ABUS ET NOTIONS SIMILAIRES (Suite)

#### C. Exception de fraude opposable par un contre-garant

67. Le Groupe de travail a repris ses délibérations sur la fraude, l'abus et les notions similaires en examinant la question suivante, posée dans la note du Secrétariat (*ibid.*, par. 75, al. 3) : quelles considérations particulières s'appliquent à l'exception de fraude opposable par un contre-garant en cas de fraude ou d'abus du bénéficiaire ? La situation envisagée était celle d'une demande de paiement faite par le bénéficiaire d'une contre-garantie (seconde banque) qui avait reçu du bénéficiaire ultime une demande de paiement au titre de sa lettre de garantie indirecte. Les questions spécifiques posées dans la note du Secrétariat étaient les suivantes : la fraude ou l'abus sont-ils pertinents en l'absence de collusion entre le bénéficiaire ultime et la seconde banque ? Dans l'affirmative, à quelles conditions la conduite du bénéficiaire ultime permet-elle à la première banque/au contre-garant d'opposer l'exception de fraude ?

68. Lors de l'examen de ces questions, il a été convenu que les lettres de garantie émises par la première et par la deuxième banque représentaient des engagements séparés et indépendants qui différaient souvent quant à leurs termes et conditions de paiement. Comme il était indiqué au paragraphe 66 de la note du Secrétariat, la question de la fraude ou de l'abus en tant que motif de refus de paiement de la contre-garantie devait être tranchée exclusivement dans le cadre de la relation entre les deux banques, compte tenu de l'objectif de la contre-garantie, à savoir garantir la seconde banque conformément à ses termes. En conséquence, une fraude ou un abus du bénéficiaire ultime ne pouvait pas en tant que tel être imputé à la seconde banque mais pouvait devenir pertinent dans le contexte d'une demande frauduleuse ou abusive adressée par la seconde banque à la première, et dans ce contexte uniquement.

69. Des vues divergentes ont été exprimées au sujet des conditions dans lesquelles une demande adressée par la seconde banque constituerait un abus qui permettrait à la première banque de refuser le paiement. Selon un des points de vue exprimés, l'exception de fraude devait être limitée au cas de collusion entre le bénéficiaire ultime et la seconde banque. Selon un autre point de vue, la demande

de la seconde banque était abusive si cette banque avait connaissance, avant le paiement, de la fraude commise par le bénéficiaire ultime. Selon un troisième point de vue, la seconde banque n'avait pas droit au remboursement si elle avait agi avec négligence, c'est-à-dire si elle n'avait pas fait preuve de conscience professionnelle. Selon encore un autre point de vue, la seconde banque avait droit au remboursement si elle avait agi de bonne foi. On a proposé d'ajouter comme autres conditions que la conduite frauduleuse du bénéficiaire ultime constituait un motif de refus de paiement en vertu du droit applicable à l'engagement de la seconde banque ou qu'il entraînait pour la seconde banque le devoir de refuser le paiement.

70. Etant donné que ces conditions supplémentaires se réfèrent à des questions juridiques qui seraient probablement réglées en vertu de lois étrangères incertaines, certains ont exprimé la crainte que la question de l'exception de fraude opposable par le contre-garant soit trop compliquée pour être correctement traitée dans la loi uniforme. Ils ont fait également valoir à cet égard que cette question était déjà traitée dans les dispositions générales relatives à l'exception de fraude que le Groupe de travail avait examinée précédemment. D'autres ont répondu que les problèmes qui se posaient montraient bien que cette situation spéciale devait faire l'objet d'une disposition.

71. Après avoir délibéré, le Groupe de travail a décidé de réexaminer à sa prochaine session, sur la base des projets de dispositions que le Secrétariat établirait en fonction des suggestions ci-dessus, la question de savoir si la loi uniforme devait contenir une disposition spéciale sur l'exception de fraude opposable par le contre-garant.

#### **D. Personnes contre lesquelles ne peut être invoquée l'exception de fraude**

72. Répondant à une question posée dans la note du Secrétariat (*ibid.*, par. 75, al. 4), le Groupe de travail a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'indiquer dans la loi uniforme le type de personnes contre lesquelles l'exception de fraude ne pouvait être invoquée.

#### **E. Possibilité d'inclure dans la loi uniforme une disposition relative aux demandes du type "prorogez ou payez"**

73. Le Groupe de travail a noté que les demandes du type "prorogez ou payez" étaient mentionnées dans la note du Secrétariat comme une source possible d'abus dans certaines circonstances (*ibid.*, par. 51 à 54) et que le Groupe de travail était invité à examiner la question de savoir s'il fallait inclure dans la loi uniforme une disposition traitant de ce type de demande, en s'inspirant peut-être de l'article 26 du projet de règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUG), qui se lisait comme suit :

"Si le bénéficiaire sollicite une prolongation de la validité de la garantie au lieu et place d'une demande de paiement présentée selon les termes et conditions de la garantie, le garant en informera sans délai la partie qui a donné ses instructions au garant. Le garant suspendra

alors le paiement de la demande pendant un temps qu'il estimera raisonnable pour permettre au donneur d'ordre et au bénéficiaire de se mettre d'accord sur l'octroi d'une telle prolongation et pour permettre au donneur d'ordre de prendre des dispositions en vue de l'émission de celle-ci.

"Si la prolongation n'est pas octroyée, le garant est tenu de payer le montant de la demande conforme sans autre démarche de la part du bénéficiaire. Le garant n'encourt aucune responsabilité (pour des intérêts ou toute autre cause) si un paiement dû au bénéficiaire se trouve retardé du fait de la procédure décrite ci-dessus.

"Même si le donneur d'ordre accepte ou sollicite une telle prolongation, elle ne sera accordée que si le garant et la (les) partie(s) ordonnatrice(s) l'accepte(nt) également."

74. On a noté que les demandes du type "prorogez ou payez" se rencontraient fréquemment dans la pratique en matière de garantie. On a fait cependant observer que ce genre de pratique n'existait pas pour les lettres de crédit stand-by et que dans ce cas une demande du type "prorogez ou payez" serait considérée comme une demande de modification. Comme l'indiquait la note du Secrétariat (*ibid.*, par. 52), ces demandes pouvaient être motivées par des raisons diverses et il était généralement difficile, en particulier pour le garant, de juger si une demande donnée était faite de bonne foi ou de mauvaise foi. Il a donc été jugé nécessaire d'aviser le donneur d'ordre, d'autant plus que le garant avait besoin du consentement de ce dernier à toute prorogation de la période de validité de la lettre de garantie.

75. Tout en reconnaissant que les demandes du type "prorogez ou payez" risquaient de créer des problèmes, les membres du Groupe de travail ont exprimé des vues divergentes quant à la question de savoir si la loi uniforme devait traiter de ce type de demande autrement que comme une source possible d'abus. Un membre a estimé que le problème devait être réglé par voie d'accord entre les parties et non par voie réglementaire, y compris par des conditions générales ou des règles uniformes comme les RUG. Un autre a jugé que le problème était suffisamment vexant et crucial pour mériter d'être traité dans la loi uniforme; on pourrait toutefois le traiter de manière moins élaborée que dans l'article 26 du projet de RUG, en se contentant d'énoncer les principes suivants : le donneur d'ordre doit être avisé de la demande de prorogation; le donneur d'ordre doit consentir à la prorogation; le garant n'est pas lié par le consentement du donneur d'ordre ou par une demande de prorogation présentée par lui; il n'y a suspension de paiement et, en cas de non-prorogation, obligation de payer que si la demande de paiement est conforme aux termes de la lettre de garantie.

76. Il a été noté que ces principes figuraient dans l'article 26 du projet de RUG. Des craintes ont toutefois été exprimées au sujet de la période de suspension prévue dans ce projet d'article et de ses implications en ce qui concernait le temps disponible pour l'examen de la demande et la date d'expiration. On a proposé de remplacer la formule vague "temps... raisonnable" par une période spécifiée et de préciser les incidences qu'aurait l'introduction dans la

loi uniforme d'une disposition relative à la suspension de paiement. Selon une opinion, le garant (ou le contre-garant) ne devrait, en aucun cas, être tenu de proroger la lettre de garantie (ou la lettre de contre-garantie) sans avoir consenti à cette prorogation et la période de validité ne devrait pas se trouver suspendue par une demande de prorogation.

77. Après avoir délibéré, le Groupe de travail a décidé de réexaminer la question sur la base des projets de dispositions que présenterait le Secrétariat.

#### IV. AUTRES MOTIFS DE NON-PAIEMENT

78. Le Groupe de travail s'est demandé si la loi uniforme devait contenir des dispositions consacrées aux autres motifs de non-paiement, comme le Secrétariat l'envisageait dans sa note (*ibid.*, par. 76 à 89).

##### A. Invalidité, nullité ou caractère inexécutable de l'obligation de paiement

79. Le Groupe de travail a examiné quelques cas où l'obligation de paiement était invalide, nulle ou inexécutable. On a cité, par exemple, l'interdiction, sur le plan national ou international, de transferts de fonds et le problème posé par une obligation de paiement dans une monnaie non convertible qui n'était pas disponible dans le lieu de paiement.

80. Tout en reconnaissant l'importance de ces questions et de ces problèmes, le Groupe de travail est convenu que la loi uniforme ne devait pas contenir de dispositions spéciales relatives aux cas dans lesquels une obligation de paiement en vertu d'une lettre de garantie est invalide, nulle ou inexécutable.

##### B. Compensation avec des créances du garant

81. Des vues divergentes ont été exprimées sur la question de savoir si la loi uniforme devait traiter de la question de la compensation avec des créances du garant. Selon un des membres, cette question devait être réglée par voie d'accord entre les parties dans le cadre du droit national applicable. A son avis, la loi uniforme ne pouvait pas traiter correctement toutes les questions complexes qui se posaient, et notamment les règles de fond et de procédures applicables en la matière, qui variaient d'un pays à l'autre. Selon un autre membre, la loi uniforme devait contenir des dispositions qui permettent de remédier aux disparités et aux incertitudes existantes, tout en donnant aux parties une autonomie totale et sans empiéter sur les lois régissant la faillite ou l'insolvabilité.

82. En ce qui concerne le contenu possible d'une disposition relative à la compensation, on a généralement estimé que le garant ne devait pas être autorisé à invoquer, dans le cadre d'une compensation, des créances qui lui avaient été cédées par le donneur d'ordre. En ce qui concerne les propres créances du garant, des points de vue divergents ont été exprimés (sur la base de ceux exposés aux paragraphes 83 à 85 de la note du Secrétariat). Selon l'un

d'eux, il ne fallait pas autoriser la compensation, car le garant ne devait pas être guidé par ses propres intérêts et le bénéficiaire était en droit de compter sur un paiement effectif. Selon un autre, la compensation devait être autorisée, car elle n'était pas contraire au caractère indépendant de l'engagement et il n'y avait aucune raison de traiter une lettre de garantie différemment d'une lettre de change. Selon un point de vue intermédiaire, la compensation devait être autorisée dans certaines circonstances.

83. Après avoir délibéré, le Groupe de travail a décidé de réexaminer la question sur la base des projets de dispositions que le Secrétariat établirait en fonction des points de vue susmentionnés.

#### VI. CONFLIT DE LOIS ET JURIDICTION COMPÉTENTE

84. Le Groupe de travail était saisi d'une note du Secrétariat relative au conflit de lois et à la juridiction compétente, qui faisaient partie des autres questions sur lesquelles pourrait porter la Loi uniforme (A/CN.1/WG.II/WP.71).

##### A. Débat préliminaire sur l'opportunité d'inclure dans la Loi uniforme des dispositions relatives au conflit de lois et à la juridiction compétente

85. Certains ont dit qu'il ne convenait pas d'envisager l'inclusion de dispositions relatives au conflit de lois et à la juridiction compétente dans la Loi uniforme, qui était consacrée à des questions de droit matériel. Des dispositions de ce genre seraient particulièrement déplacées si la Loi uniforme devait être adoptée sous forme de convention, car une telle convention établirait les règles relatives à sa propre application. Seule une convention distincte sur la loi applicable aux lettres de garantie internationales pourrait régler de façon suffisamment détaillée les nombreuses questions compliquées concernant, par exemple, les clauses relatives au choix de la loi applicable et la délimitation du champ d'application de cette loi. Vu la complexité et la difficulté du sujet, des dispositions appropriées ne pourraient être formulées que dans une autre instance de l'ONU (par exemple, par un autre groupe de travail de la CNUDCI) ou par une organisation spécialisée comme la Conférence de La Haye de droit international privé. On a également fait valoir, à l'encontre de l'inclusion de dispositions relatives au conflit de lois et à la juridiction compétente dans la Loi uniforme, que de telles dispositions étaient inutiles étant donné que les questions relatives au conflit de lois ou à la juridiction compétente donnaient rarement lieu à des problèmes dans la pratique, comme le prouvait la rareté de la jurisprudence en la matière.

86. D'autres ont soutenu, au contraire, qu'il convenait d'envisager la possibilité d'inclure dans la Loi uniforme des dispositions relatives au conflit de lois et à la juridiction compétente. Ces questions étaient, en effet, intrinsèquement liées aux questions de droit matériel déjà examinées, y compris la question des mesures que les tribunaux pourraient prendre. Le moment était aussi favorable, vu les divers efforts d'unification actuellement en cours dans le domaine des garanties et des lettres de crédit. On a jugé

utile d'examiner au moins les questions soulevées dans la note du Secrétariat en vue d'identifier les problèmes et de considérer des solutions possibles. Après cet examen, on pourrait décider en toute connaissance de cause si la Loi uniforme devait contenir des dispositions relatives au conflit de lois et à la juridiction compétente ou s'il fallait recommander, par exemple, que ces questions soient examinées par la Conférence de La Haye de droit international privé. Selon une opinion, on pourrait, en suivant l'approche adoptée dans les conventions de Genève de 1930 relatives aux lettres de change et aux billets à ordre, établir toute la loi uniforme en cours d'élaboration qui portait sur le fond de la question, une convention séparée sur le conflit de lois, tâche dont pourrait s'acquitter la CNUDCI elle-même en collaborant d'une façon ou d'une autre avec la Conférence de La Haye de droit international privé.

87. Après avoir délibéré, le Groupe de travail a décidé d'examiner les questions relatives au conflit de lois et à la juridiction compétente dans l'espoir qu'un tel examen, qui serait utile en soi, l'aiderait à prendre plus tard une décision sur la voie à suivre à l'avenir pour formuler des règles en la matière.

#### B. Relations devant être couvertes par des règles de conflit de lois

88. Le Groupe de travail a examiné les relations qui devraient être couvertes par des règles de conflit de lois s'il était décidé plus tard d'inclure de telles règles dans la Loi uniforme. Il a approuvé la suggestion figurant dans la note du Secrétariat (*ibid.*, par. 10), à savoir que l'accent devait être mis sur la relation entre le garant — qu'il s'agisse d'un garant indirect, d'un contre-garant ou d'un garant confirmateur — et le bénéficiaire.

89. En réponse à la question posée au paragraphe 11 de la note du Secrétariat, le Groupe de travail est convenu que les règles de conflit de lois à inclure dans la Loi uniforme ne devaient viser que la relation entre le garant et son bénéficiaire.

#### C. Désignation et la loi applicable

90. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé, à sa douzième session (A/CN.9/316, par. 164), que les dispositions relatives à la loi applicable devaient comporter deux éléments : reconnaissance de la liberté des parties de choisir la loi applicable et détermination de la loi applicable en l'absence d'accord entre les parties, et il a réaffirmé cette décision.

##### 1. Liberté des parties de choisir la loi applicable

91. Le Groupe de travail s'est demandé si la liberté de choix des parties devait être illimitée ou si la loi choisie par les parties devait avoir un certain lien avec la lettre de garantie. Certains pensaient qu'il fallait exiger l'existence d'un certain lien ou exclure un choix déraisonnable, mais la majorité a estimé que la liberté des parties devait être illimitée, étant donné que toute limitation créerait une incertitude

regrettable et qu'il était nécessaire, d'un point de vue pratique, de permettre aux parties de choisir une loi qui n'avait aucun lien avec l'opération parce qu'elles la jugeaient, par exemple, neutre ou particulièrement détaillée.

92. Ainsi qu'il était suggéré aux paragraphes 18 à 21 de la note du Secrétariat, le Groupe de travail a examiné les questions de la forme et des modalités du choix des parties. On a noté qu'il fallait tenir compte, à cet égard, des caractéristiques de la lettre de garantie, notamment de son caractère indépendant et formaliste ainsi que du fait que, du moins dans la pratique, le choix de la loi ne résultait pas toujours d'un accord véritable entre les deux parties.

93. Un des membres du Groupe de travail a proposé de ne reconnaître qu'un choix exprès, mais la majorité a estimé qu'une telle règle serait trop stricte. Diverses suggestions ont été faites quant aux types de choix non exprès qui seraient autorisés. Un membre a proposé d'utiliser la formule figurant au paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980), selon laquelle "le choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause". D'autres membres, se référant aux caractéristiques de la lettre de garantie, ont fait les suggestions suivantes : utiliser la formule de la Convention de Rome de 1980, mais en supprimant les mots "ou des circonstances de la cause"; adopter la formule de l'article 2 de la Convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, qui dispose que le choix "doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat"; prévoir que le choix de la loi "peut être déduit des termes de la lettre de garantie".

94. En réponse à la question posée au paragraphe 21 de la note du Secrétariat, le Groupe de travail est convenu qu'il n'était de toute évidence pas nécessaire d'inclure dans la Loi uniforme une déclaration selon laquelle toute clause relative au choix de la loi applicable existant dans une autre relation est sans effet sur la loi applicable à la relation entre le garant et le bénéficiaire.

##### 2. Détermination de la loi applicable en l'absence de choix des parties

95. En ce qui concerne le contenu possible d'une règle déterminant la loi applicable en l'absence de choix des parties, il a été noté que la solution couramment adoptée dans la plupart des pays consistait à choisir la loi du pays du garant. Le Groupe de travail a adopté cette solution comme règle de base, en la développant pour tenir compte des cas où le garant (ou le contre-garant) a plus d'un établissement, comme il est suggéré au paragraphe 27 de la note du Secrétariat.

96. Sur la base de l'analyse figurant aux paragraphes 28 à 35 de cette note, le Groupe de travail s'est demandé si la règle de base énoncée ci-dessus pourrait être affinée pour tenir compte des cas où, outre un garant, une deuxième banque intervient soit en tant que deuxième garant, soit en tant que banque notificatrice ou agent de paiement. Il a d'abord examiné si, dans des cas de ce genre, les obligations des diverses banques en question devaient, en

l'absence de clauses relatives au choix de la loi applicable, être régies par une loi unique.

97. Le premier cas examiné était celui d'une lettre de garantie indirecte qui était contre-garantie par la partie ordonnatrice. Certains ont estimé qu'il serait peut-être souhaitable, pour éviter des contradictions et des incertitudes, d'appliquer aux deux lettres de garantie une loi unique. Cette loi devait être, selon les uns, celle du pays du contre-garant, qui était le dernier lien dans la chaîne de garantie, et, selon les autres, celle du pays de l'autre garant car c'était à ce dernier que le bénéficiaire ultime demanderait le paiement. On a généralement estimé toutefois qu'il ne serait ni pratique ni logique d'accorder la priorité à l'une de ces deux lois, qui pouvaient différer, et d'imposer à un des deux garants la loi de l'autre. On compromettrait ainsi l'indépendance de deux, ou peut-être même de plusieurs engagements distincts, alors que les parties désireuses d'appliquer une loi unique pouvaient obtenir ce résultat par des clauses appropriées relatives au choix de la loi applicable.

98. Le Groupe de travail a ensuite examiné le cas d'une lettre de garantie confirmée par une banque dans un autre pays. On a noté que dans ce cas, qui était moins fréquent pour les garanties bancaires que pour les lettres de crédit stand-by, le bénéficiaire pouvait exiger le paiement du garant confirmateur ou émetteur, à la différence de ce qui se produisait dans le cas d'une contre-garantie, où le bénéficiaire ultime ne pouvait pas exiger le paiement du contre-garant. Le Groupe de travail, tout en reconnaissant cette caractéristique particulière du cas de confirmation, est convenu que la Loi uniforme ne devrait pas imposer une loi unique au garant confirmateur et au garant émetteur.

99. Le Groupe de travail a examiné, en troisième lieu, le cas où une banque notificatrice intervient. On a noté que les types d'intervention différaient considérablement dans la pratique et allaient de la simple fonction de notification ou de transmission de documents à des responsabilités plus importantes qui pouvaient consister, par exemple, à examiner la demande et à effectuer le paiement au nom du garant. Le Groupe de travail a estimé que même dans le cas où la banque avait des responsabilités plus importantes, il fallait retenir la règle de base selon laquelle la loi applicable était celle du lieu d'établissement du garant (ou du contre-garant). On a déclaré à cet égard que le "lieu de paiement" n'était pas un facteur déterminant pour le choix de la loi applicable car il s'agissait d'une notion juridique incertaine qui risquait de créer des difficultés dans la pratique, notamment si le lieu de paiement n'était pas clairement indiqué dans la lettre de garantie. Dans le cas où la fonction de la banque consistait à examiner les demandes, on a proposé de rechercher des méthodes possibles pour appliquer les normes locales en matière d'examen.

100. Enfin, le Groupe de travail a examiné si une loi unique devait régir l'ensemble des rapports socio-économiques établis par les contrats relatifs aux opérations de garantie, y compris non seulement les diverses relations entre le garant et le bénéficiaire, mais aussi les relations entre le donneur d'ordre et le garant émetteur et entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Il a estimé qu'il ne fallait pas imposer l'application d'une loi unique à un ensemble aussi complexe de relations contractuelles.

101. Un des membres du Groupe a dit à cet égard que toute nouvelle règle de conflit de lois qui figurerait dans la Loi uniforme devrait introduire une certaine souplesse, comme le faisait le paragraphe 5 de l'article 4 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui disposait que la présomption en faveur de l'établissement de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique s'annule lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays. On a fait valoir à l'encontre de cette suggestion qu'une telle clause de dérogation, outre qu'elle s'inscrivait dans le cadre d'une présomption complexe, ne conviendrait pas pour les lettres de garantie en raison des caractéristiques particulières de ces lettres, à savoir leur caractère indépendant et formel ainsi que leur mode d'établissement. On a reconnu qu'il pourrait être difficile pour un Etat partie à la Convention de Rome de 1980 d'accepter une règle de conflit de lois différente et que cette difficulté pourrait influencer sur sa position quant à la question générale de savoir si la Loi uniforme devait comprendre des dispositions relatives au conflit de lois. On a aussi fait observer que la Convention de Rome de 1980 traitait des obligations contractuelles en général et qu'elle ne tenait peut-être pas suffisamment compte des caractéristiques des lettres de garantie, comme l'indiquait le fait qu'elle excluait les lettres de change; que cette convention prévoyait elle-même la possibilité d'être modifiée ultérieurement; et, surtout, que la composition universelle du Groupe de travail exigeait qu'il tienne dûment compte des intérêts des Etats qui n'étaient pas partie à cette convention. Un membre s'est déclaré préoccupé par le fait que l'on pourrait, si l'on poursuivait l'examen des lois de telle ou telle région, inciter d'autres pays à invoquer d'autres conventions ou restrictions bilatérales ou multilatérales.

### 3. Champ d'application de la loi applicable

102. Le Groupe de travail a pris note de l'examen du champ d'application de la loi applicable qui figurait aux paragraphes 36 à 41 de la note du Secrétariat. Les questions qui y étaient mentionnées illustraient le type de questions régies par la loi applicable, telle qu'elle serait déterminée par la règle de conflit de lois qui pourrait figurer dans la Loi uniforme, et avaient essentiellement pour objet d'aider le Groupe de travail à trouver une formule appropriée pour définir le champ d'application de la loi applicable.

103. En ce qui concerne cette formule, le Groupe de travail était favorable à l'approche suggérée au paragraphe 43 de la note du Secrétariat, à savoir viser "les droits et obligations découlant d'une lettre de garantie éventuellement en excluant les questions n'entrant pas dans le champ d'application de la loi applicable et avec de possibles éclaircissements quant à l'inclusion de questions dont on ne s'attendrait peut-être pas à ce qu'elles entrent dans le champ d'application de la loi applicable. Différentes suggestions d'ordre rédactionnel ont été faites : on a proposé notamment de mentionner les "moyens de défense" à côté des "droits et obligations" et d'élargir la formule "découlant d'un ordre de paiement" en ajoutant les mots "ou liés à un tel ordre", compte tenu de la contre-garantie et des relations de représentation entre le contre-garant et le garant.

#### D. Juridiction compétente

104. Le Groupe de travail a rappelé les conclusions de son débat préliminaire sur l'opportunité d'inclure dans la Loi uniforme des dispositions relatives au conflit de lois et à la juridiction compétente (voir ci-dessus par. 85 à 87). Les observations suivantes ont été ajoutées au sujet des règles relatives à la juridiction compétente qui pourraient figurer dans la Loi uniforme.

105. On a dit que la question de la juridiction compétente était particulièrement complexe et compliquée et que seules des règles extrêmement détaillées pourraient tenir compte de cette complexité. Il existait déjà en la matière des règles extrêmement complexes et détaillées dans des traités multilatéraux tels que la Convention de Bruxelles de 1968 et la Convention de Lugano de 1988 relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. En outre, la question de la juridiction compétente avait déjà été traitée dans des conventions consacrées à d'autres sujets. On a aussi fait observer que la Conférence de La Haye de droit international privé, bien qu'elle fût spécialisée dans cette question, s'était essentiellement contentée, dans ses efforts d'unification, d'en traiter indirectement en s'en tenant à la question de la reconnaissance des décisions judiciaires.

106. On a fait valoir, à l'opposé, que la question de la juridiction compétente était d'une importance considérable dans la pratique et que son traitement dans le contexte particulier des lettres de garantie serait utile, par exemple, pour la validation d'une clause compromissoire ou d'une clause attributive de compétence contenue dans la lettre de garantie qui, en règle générale, n'était pas signée par le bénéficiaire. Quant à l'existence de traités multilatéraux sur le sujet, on a dit qu'elle ne devait pas empêcher d'inclure dans la Loi uniforme des dispositions relatives à la juridiction compétente afin de tenir compte des intérêts des Etats qui n'étaient pas parties à ces traités. Les intérêts des Etats parties à ces traités pourraient très bien être pris en considération au moyen de clauses de réserve si la Loi uniforme devait être adoptée sous forme de convention. On a fait également observer qu'il existait un certain nombre de conventions, notamment dans le domaine des transports, qui contenaient des dispositions relatives à la compétence des tribunaux et à l'arbitrage.

107. Sans prendre de décision sur la question de savoir s'il fallait inclure dans la Loi uniforme des dispositions relatives à la juridiction compétente, le Groupe de travail a procédé à un échange de vues sur les questions examinées dans la note du Secrétariat. Il a conclu, sur la base de

l'analyse figurant aux paragraphes 46 à 50 de cette note, que les clauses compromissoires ou attributives de compétence devaient être admises. Un membre a dit qu'il faudrait préciser que le choix de la juridiction compétente ne devait pas nécessairement être effectué au moyen d'une clause contenue dans la lettre de garantie initiale et qu'il pouvait se faire à n'importe quel moment par voie d'accord séparé. Un autre a dit qu'il fallait permettre aux parties de donner aux arbitres compétence pour régler leur litige conformément au droit applicable — loi uniforme internationalement acceptée, coutume internationale ou règles uniformes.

108. En ce qui concerne la détermination du tribunal compétent en l'absence de choix des parties, dont il était question aux paragraphes 51 à 55 de la note du Secrétariat, certains ont exprimé de fortes réserves quant à la possibilité de donner compétence exclusive aux tribunaux de l'Etat du garant. D'autres ont fait valoir, au contraire, que cette compétence exclusive serait avantageuse dans la mesure où ces tribunaux seraient en mesure d'appliquer leur propre loi, qui leur était familière, conformément à la règle de base relative à la loi applicable mentionnée plus haut (voir par. 95) et que cela garantirait l'exécution de toute décision prise à l'encontre du garant, qui était la personne la plus susceptible d'être le défendeur dans une action en justice.

109. Enfin, le Groupe de travail a examiné la possibilité, envisagée dans les paragraphes 56 à 58 de la note du Secrétariat, d'étendre l'application de toute disposition concernant la juridiction compétente au donneur d'ordre, qui était la personne la plus susceptible d'engager une action en justice. Selon un point de vue, il n'y avait pas lieu de le faire dans la mesure où ni les règles de droit matériel contenues dans la Loi uniforme ni les règles de conflit de lois susceptibles d'y figurer ne traitaient de la relation entre le donneur d'ordre et le garant. Selon un autre point de vue, comme il se pouvait que la Loi uniforme traite de certaines questions relatives au donneur d'ordre et peut-être des demandes aux fins d'injonction de payer introduites par le donneur d'ordre, on pourrait envisager de faire en sorte que tous les donneurs d'ordre, y compris les donneurs d'ordre étrangers, aient accès au tribunal qui aurait compétence en vertu de la Loi uniforme.

110. Le Groupe de travail a décidé de réexaminer l'opportunité d'inclure dans la Loi uniforme des dispositions relatives à la juridiction compétente. Il a demandé au Secrétariat d'établir à cette fin des projets de dispositions provisoires sur la base de ses délibérations et de consulter la Conférence de La Haye de droit international privé sur la façon de coopérer dans ce domaine.

## D. Documents de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa quinzième session

1. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : examen d'autres questions dont pourrait traiter une loi type : fraude et autres motifs de non-paiement, et mesures conservatoires et autres mesures judiciaires : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.70) [Original : anglais]

### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION .....	1-6
<b>I. FRAUDE, ABUS ET NOTIONS SIMILAIRES .....</b>	<b>7-75</b>
A. L'exception de fraude dans certains pays de <i>common law</i> .....	10-28
1. Etats-Unis d'Amérique .....	11-20
2. Angleterre (Canada et Singapour) .....	21-28
B. L'abus et la fraude dans certains pays européens de droit civil .....	29-72
1. Diversité des concepts et des dénominations .....	30-38
2. Cas possibles de fraude ou d'abus manifestes .....	39-72
a) Garanties de soumission .....	40-41
b) Garantie de remboursement : acompte non payé .....	42
c) Exécution garantie par une garantie de bonne fin .....	43-47
d) Risque ou objet différent .....	48-50
e) "Prorogez ou payez" .....	51-54
f) Inexistence, invalidité, illégalité ou inexécutabilité de l'obligation dont l'exécution est garantie .....	55-58
g) Autres cas dans lesquels l'inexécution serait justifiée .....	59-62
h) Présentation d'un document falsifié ou frauduleux .....	63-64
i) Considérations particulières concernant les contre-garanties ...	65-72
C. Conclusions provisoires.....	73-75
<b>II. AUTRES MOTIFS DE NON-PAIEMENT .....</b>	<b>76-89</b>
A. Invalidité, nullité ou caractère inexécutable de l'obligation de paiement.....	76-79
B. Compensation avec des créances du garant .....	80-85
C. Conclusions provisoires.....	86-89
<b>III. MESURES CONSERVATOIRES ET AUTRES MESURES JUDICIAIRES .....</b>	<b>90-114</b>
A. Mesures conservatoires faisant défense de payer .....	92-107
1. Conditions et autres aspects procéduraux des mesures conservatoires en général .....	92-94
2. Observations particulières concernant les ordonnances faisant défense de payer .....	95-107
a) Action fondée sur la violation imminente d'une obligation ...	97-100
b) Préjudice irréparable et mise en balance des préjudices ( <i>balance of convenience</i> ) .....	101-107
B. Mesures conservatoires à l'encontre du bénéficiaire .....	108-110
C. Saisie et mesures analogues .....	111-112
D. Conclusions provisoires .....	113-114

## INTRODUCTION

1. La présente note, sur la fraude et autres motifs de non-paiement, et les mesures conservatoires et autres mesures judiciaires, est la troisième d'une série de notes consacrées aux questions dont pourrait traiter une loi uniforme sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. Une quatrième note, consacrée au conflit de lois et à la juridiction compétente (A/CN.9/WG.II/WP.71), sera aussi présentée au Groupe de travail à sa quinzième session. Les questions examinées dans la première note, à savoir le champ d'application quant au fond de la loi uniforme, l'autonomie des parties et ses limites et les règles d'interprétation (A/CN.9/WG.II/WP.65), ont été examinées par le Groupe de travail à sa treizième session (A/CN.9/330). Les questions qui font l'objet de la deuxième note — modification, transfert et expiration, et obligations du garant (A/CN.9/WG.II/WP.68) —, ont été examinées par le Groupe de travail à sa quatorzième session (A/CN.9/342).

2. Une description préliminaire de l'exception de fraude, des autres objections et des mesures judiciaires d'appui a été présentée dans un rapport du Secrétaire général (A/CN.9/301, par. 84 à 90). L'une des conclusions de ce rapport est que le problème irritant des demandes de paiement frauduleuses ou abusives et la question des mesures judiciaires à prendre en pareil cas ne pouvaient être effectivement résolus par des règles contractuelles, et seraient probablement le sujet le plus important à traiter dans une loi uniforme (A/CN.9/301, par. 98). La Commission, lorsqu'elle a examiné ce rapport à sa vingt et unième session, était consciente des difficultés inhérentes à toute entreprise d'uniformisation touchant des notions juridiques aussi fondamentales que la fraude et autres exceptions, et des questions de procédures; on a néanmoins estimé qu'un effort sérieux devait être fait pour uniformiser et préciser les textes législatifs (A/43/17, par. 24).

3. Au cours de l'examen de cette question à la douzième session du Groupe de travail (A/CN.9/316, par. 147 à 162), on a fait observer que l'effet de la fraude sur une garantie ou une lettre de crédit était une question complexe et que les notions et règles appliquées par les différents pays divergeaient. Il serait difficile d'harmoniser les approches divergentes du problème de la fraude, mais le Groupe de travail a néanmoins convenu qu'il faudrait uniformiser davantage le traitement de la fraude et que l'élaboration de dispositions dans le cadre de la loi uniforme serait particulièrement utile à cette fin. Le Groupe de travail a conclu qu'il fallait étudier de manière plus approfondie les divers aspects de l'exception de fraude, et en particulier sa relation avec la notion d'abus de droit. Il en allait de même des autres motifs de non-paiement (par exemple, l'impossibilité, l'illégalité, la violation de l'ordre public, la compensation) ainsi que des mesures judiciaires permettant de bloquer le paiement.

4. La présente note vise à aider le Groupe de travail dans ses débats et ses décisions sur la portée et le contenu des dispositions qui pourraient à cet égard figurer dans la loi uniforme. La première partie est consacrée à la fraude, à l'abus et à des notions connexes (I). Elle contient un aperçu du fondement et de la portée de ces notions, telles qu'elles sont utilisées et comprises dans divers systèmes juridiques,

ainsi qu'un examen plus poussé de la manière dont ces notions, en particulier la notion d'"abus de droit" dans les pays de droit civil, sont effectivement appliquées dans des situations caractéristiques.

5. La deuxième partie de la présente note examine d'autres motifs de non-paiement dont pourrait traiter la loi uniforme (II). Une distinction est faite entre l'invalidité de la lettre de garantie et divers cas dans lesquels le garant n'est pas en mesure de s'exécuter (insolvabilité ou contrôle des changes, par exemple). On examine brièvement l'impact que peuvent avoir les considérations d'ordre public sur l'exécution ou l'opposabilité de l'obligation de paiement, puis la possibilité d'opposer une compensation à la demande de paiement.

6. La troisième partie de la présente note examine les mesures conservatoires et autres mesures judiciaires qui peuvent être utilisées, notamment pour bloquer le paiement (III). Bien qu'étroitement lié à l'examen de la fraude et des autres motifs de non-paiement, celui desdites mesures est présenté à part puisqu'il relève du droit procédural, domaine dans lequel les questions d'opportunité et de faisabilité appellent des considérations différentes. On donne un bref aperçu des types de mesures judiciaires existants dans divers pays, en distinguant entre, d'une part, les mesures interdisant au garant de payer ou au bénéficiaire de demander le paiement et, de l'autre, la saisie et les mesures analogues visant la demande ou les fonds. On présente quelques suggestions sur le contenu et la portée des dispositions qui pourraient être incorporées à la loi uniforme pour contribuer à renforcer la certitude et l'uniformité juridiques des mesures judiciaires et de leur traitement procédural.

## I. FRAUDE, ABUS ET NOTIONS SIMILAIRES

7. Aux termes du projet d'article 2 de la loi uniforme (A/CN.9/342, par. 17), le garant s'engage à payer "conformément aux conditions de l'engagement". C'est ainsi que lorsqu'il reçoit une demande de paiement, le garant en examine la conformité avec les termes de la lettre de garantie, une question traitée par le Groupe de travail à sa quatorzième session sous la rubrique "obligations du garant" (A/CN.9/342, par. 103 à 110). S'il y a conformité, le garant est tenu de payer, sauf s'il existe un motif exceptionnel reconnu lui permettant de refuser le paiement. On examine ci-après "l'exception de fraude", qui peut englober les demandes frauduleuses, abusives, arbitraires ou injustes (les autres motifs pouvant être invoqués pour refuser le paiement bien que la demande soit conforme sont examinés aux paragraphes 76 à 89 ci-après).

8. On notera toutefois que la fraude ou l'abus de droit ne sont pas limités à la présentation de la demande par le bénéficiaire, mais peuvent parfois être relevés dans le comportement d'une banque en ce qui concerne ses obligations. Par exemple, le Tribunal fédéral suisse a jugé que l'attitude de la banque était une tentative d'exploiter, contrairement aux règles de la bonne foi, une position purement formelle, et que ce comportement constituait un abus de droit : la banque avait refusé le paiement au titre d'une lettre de

crédit en exigeant un reçu signé (requis par la lettre de crédit) alors même qu'il était établi que les marchandises avaient été complètement et régulièrement livrées<sup>1</sup>.

9. A cet égard, le Groupe de travail pourra vouloir se demander si la loi uniforme devrait traiter des comportements frauduleux ou abusifs pouvant être pertinents autrement qu'en tant que motifs de refus de paiement. Comme il a été décidé à la douzième session, il n'est pas nécessairement souhaitable de limiter l'application des dispositions relatives à la fraude à la conduite frauduleuse du bénéficiaire, étant donné notamment que les donneurs d'ordre, comme les garants ou les émetteurs de lettres de crédit, peuvent aussi avoir une conduite frauduleuse (A/CN.9/316, par. 151).

#### A. L'exception de fraude dans certains pays de *common law*

10. S'agissant de l'exception de fraude, il peut être utile de commencer par donner un aperçu de son fondement et de sa portée dans différents systèmes juridiques. Quoique nécessairement sélectif et ne faisant autorité en aucune manière, cet aperçu tente de donner une idée de l'origine ou du fondement juridiques de l'exception de fraude dans différents pays, des similarités et des différences existant entre certaines notions ou dénominations, et de l'attitude adoptée par les tribunaux sur les principales questions dont devrait traiter la loi uniforme, à savoir : 1) quel type de comportement est constitutif de fraude; 2) le bénéficiaire innocent et les tiers sont-ils protégés contre l'exception de fraude; 3) quel est le degré de la fraude qui autorise le garant à refuser le paiement, et le même degré s'applique-t-il aux ordonnances faisant défense de payer; 4) des considérations particulières s'appliquent-elles à l'engagement d'un contre-garant.

##### 1. Etats-Unis d'Amérique

11. Les questions ci-dessus et d'autres aspects importants de l'exception de fraude ont été longuement examinés, en particulier par les tribunaux des Etats-Unis d'Amérique. Il y a cinquante ans déjà, un juge de la Cour suprême de New York déclarait, dans une affaire relative à une lettre de crédit dans laquelle le vendeur avait expédié des détritrus sans valeur, que lorsque les faits de l'opération de base indiquent que le manquement du vendeur est plus qu'une simple violation de sa garantie mais équivaut à une inexécution totale, "le principe de l'indépendance de l'obligation de la banque au titre de la lettre de crédit ne peut être étendu pour protéger le vendeur sans scrupules"<sup>2</sup>. L'arrêt *Szteijn* a ainsi admis, dans le cas de faute grave et intentionnelle du bénéficiaire, une exception au principe de l'indépendance de l'engagement et a permis aux tribunaux de lever le voile de la conformité apparente des documents.

12. Cet arrêt a été considéré comme un précédent par d'autres tribunaux des Etats-Unis et évoqué par les tribunaux d'autres pays de *common law*<sup>3</sup>, et, surtout, a servi de fondement aux dispositions législatives relatives à l'exception de fraude contenues dans l'article 5 du Code de commerce uniforme (CCU). L'article 5-114 (1), (2) est ainsi libellé :

"1) L'émetteur doit honorer une traite ou une demande de paiement qui est conforme aux termes du crédit, que les marchandises ou les documents soient ou non conformes au contrat de vente ou autre contrat de base entre le client et le bénéficiaire. L'émetteur ne peut être dispensé d'honorer une telle traite ou demande par une stipulation supplémentaire de caractère général exigeant que tous les documents aient son agrément, mais il peut exiger que certains documents aient son agrément.

2) A moins qu'il n'en soit convenu autrement, lorsque les documents semblent conformes aux termes d'un crédit mais que l'un d'entre eux n'est pas conforme, en fait, aux assurances données lors de la négociation ou du transfert d'un titre représentatif de marchandises (art. 7-507) ou d'une valeur mobilière (art. 8-306) ou qu'il est faux, frauduleux ou qu'il y a fraude dans l'opération,

a) l'émetteur doit honorer la traite ou la demande de paiement si le paiement est demandé par une banque négociatrice ou un autre porteur qui est entré en possession de la traite ou de la demande au titre du crédit et dans des circonstances qui en font un porteur de bonne foi (art. 3-302) ou le cas échéant une personne à laquelle un titre représentatif de marchandises a été dûment négocié (art. 7-502) ou un acheteur de bonne foi d'une valeur mobilière (art. 8-302); et

b) dans tous les autres, vis-à-vis de son client, l'émetteur agissant de bonne foi peut honorer la traite ou la demande de paiement alors même que le client lui a notifié une fraude, une falsification ou un autre défaut qui n'est pas apparent au vu des documents, étant entendu qu'un tribunal compétent peut interdire un tel paiement."

13. L'article 5-114 du CCU mérite de retenir l'attention puisque c'est probablement la seule disposition législative traitant de l'exception de fraude de manière aussi complète. Il a été appliqué et interprété par de nombreux tribunaux des Etats-Unis, en particulier dans des actions intentées par le donneur d'ordre (le demandeur du crédit) pour empêcher le paiement, mais aussi dans des instances opposant le bénéficiaire à l'émetteur ou le donneur d'ordre au bénéficiaire.

14. Comme l'a relevé le Groupe de travail chargé d'étudier l'article 5 du CCU (*Task Force on the Study of Article 5 UCC*), le paragraphe 2 de l'article 5-114 "a été uniformément interprété comme énonçant des exceptions à l'obligation d'honorer une lettre de crédit qui peuvent être opposées par l'émetteur ou, lorsque l'émetteur n'entend pas les opposer, comme fournissant des motifs au client pour s'opposer au paiement. La plupart des tribunaux ont interprété le paragraphe 2 de l'article 5-114 comme permettant l'administration d'éléments de preuve extrinsèques pour

<sup>1</sup>*Société de Banque Suisse (SBS) v. Société générale alsacienne de Banque (Sogénal)*, 11 janvier 1989 (Ro 115 II 67), cité par Pelichet, *Garanties bancaires et conflits de lois*, dans *Revue de droit des affaires internationales* 1990, 352-353.

<sup>2</sup>*Szteijn v. Henry Schroder Banking Corp.*, 31 N.Y.S. 2d 631, 634 (1941).

<sup>3</sup>Voir les affaires visées aux notes 28, 33 et 35.

établir que des documents sont faux ou frauduleux ou établir l'existence d'une fraude dans l'opération, et ont interprété l'expression 'fraude dans l'opération' comme désignant la fraude dans la vente ou autre opération sous-jacente au crédit<sup>14</sup>. Le fait que plusieurs tribunaux aient examiné ensemble les exceptions de "documents frauduleux" et de "fraude dans l'opération" montre combien ces exceptions sont similaires ou proches l'une de l'autre lorsque des documents non authentiques sont présentés; en fait, les travaux préparatoires donnent à penser que l'exception de fraude dans l'opération vise les "crédits nets" (*clean credits*), c'est-à-dire les crédits payables sans présentation de documents<sup>5</sup>.

15. Les tribunaux ont donné diverses réponses à la question de savoir ce qui constitue précisément la fraude, en particulier la fraude dans l'opération. Certains ont exigé "une intention frauduleuse de tromper"<sup>16</sup> ou ont parlé de "fraude patente" ou "intentionnelle"<sup>17</sup>; d'autres ont appliqué des critères plus souples et ont, par exemple, considéré comme constituant une fraude le manquement du vendeur à sa garantie<sup>8</sup> ou la violation par le vendeur d'un engagement implicite de bonne foi et de loyauté vis-à-vis de son client<sup>9</sup>, ou utilisé la notion large de "fraude par détermination de la loi" (*constructive fraud*) utilisée en droit boursier<sup>10</sup>, ou n'ont même pas mentionné la fraude, n'indiquant pas clairement si leur décision était motivée par la non-conformité ou un acte frauduleux<sup>11</sup>.

16. La difficulté qu'il y a à déterminer si une faute dolosive est grave au point de justifier le blocage du paiement du crédit est "en partie due à la nature quelque peu floue de la fraude dans la jurisprudence des Etats-Unis"<sup>12</sup>. C'est essentiellement de cette conclusion du Groupe de travail que procède sa proposition de "souligner l'idée que l'objectif de l'opération sous-jacente doit être rendu virtuellement sans valeur" et, s'agissant des lettres de crédit stand-by, que "le tirage a eu lieu sans aucun fondement apparent"<sup>13</sup>. Cette suggestion s'inspire d'une décision (suivie par beaucoup d'autres) d'un tribunal de Pennsylvanie<sup>14</sup> selon laquelle l'exception de fraude dans l'opération peut être invoquée si "le dol du bénéficiaire a tellement vicié l'ensemble de l'opération que l'objectif légitime de l'indépendance de l'obligation de l'émetteur ne peut

plus être servi" ou, en bref, si (la déclaration de défaut) "n'a pas de fondement plausible ou apparent" ou, encore plus brièvement, si "le bénéficiaire ne peut de bonne foi demander le paiement"<sup>15</sup>.

17. Comme il ressort du texte de l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 5-114, il existe une catégorie de personnes protégées auxquelles la fraude en matière de lettres de crédit ne peut être opposée ni en demande ni en défense. Toutefois, la question de savoir à qui l'exception de fraude ne doit pas être opposable englobe le problème complexe de la fraude commise par un tiers même si le bénéficiaire ne fait pas partie de la catégorie protégée. Comme l'a montré le Groupe de travail, il a été jugé dans un certain nombre d'affaires que la fraude commise par un autre que le bénéficiaire peut relever de l'exception prévue au paragraphe 2 de l'article 5-114<sup>16</sup>. Il s'agissait notamment de la présentation par le bénéficiaire de documents falsifiés par un tiers, de la présentation frauduleuse de documents signés à l'avance par celui à qui le bénéficiaire avait cédé les fonds, de l'appel frauduleux d'une garantie bancaire étrangère entraînant un tirage aux Etats-Unis sur une lettre de crédit bancaire connexe, de l'obtention frauduleuse auprès d'investisseurs de lettres de crédit au bénéfice d'un prêteur pour favoriser l'octroi de prêts à une société en participation à responsabilité limitée (*limited partnership*).

18. On notera que le Groupe de travail considère les dispositions tendant à éviter la fraude figurant à l'article 5-114 comme trop étroites à certains égards et trop larges à d'autres; il estime qu'il serait préférable de demander "quel type d'individu serait incité à agir sur la base du crédit (non qui est un 'porteur'), qui fait fond de manière dommageable sur l'indépendance de ce crédit et qui serait véritablement lésé par un refus de paiement visant à empêcher la consommation d'une fraude ou d'une falsification (et non qui a 'fourni la valeur'), qui était innocent et pas trop étroitement lié au fraudeur lorsqu'il a été incité à agir en prêtant foi au crédit (non s'il l'a fait par le biais d'un paiement ou d'un achat avant d'avoir été avisé de la fraude ou de la falsification)"<sup>17</sup>.

19. Les tribunaux ont rendu des décisions divergentes sur la question de savoir si le critère de la fraude, y compris la charge de la preuve, est le même dans les différentes relations et situations procédurales. Par exemple, plusieurs décisions reconnaissent que le même critère s'applique en cas d'exception soulevée par l'émetteur/confirmateur dans une action engagée par le bénéficiaire pour refus de paiement fautif et dans une action engagée par le demandeur de crédit pour empêcher le paiement<sup>18</sup>, et que la charge de la preuve incombe à la partie qui invoque la fraude<sup>19</sup>; par contre, selon d'autres décisions, critiquées en cela par le Groupe de travail<sup>20</sup>, il appartient au bénéficiaire de

<sup>5</sup>Examen de l'article 5 du CCU (lettres de crédit), Rapport du Groupe de travail chargé d'examiner l'article 5 du CCU (Président : J. E. Byrne) p. 81.

<sup>6</sup>Idem, p. 82.

<sup>7</sup>Voir, par exemple, l'affaire *West Virginia Housing Development Fund v. Sroka*, 415 F. Supp. 1107 (W.D.Pa. 1976).

<sup>8</sup>Voir, par exemple, l'affaire *United States v. Mercantile National Bank of Dallas*, 795 F. 2d 492 (5th Cir. 1986).

<sup>9</sup>Voir, par exemple, l'affaire *NMC Enterprises, Inc. v. CBS, Inc.*, 14 UCC Rep. Serv. 1427 (N.Y.S.C. 1974).

<sup>10</sup>Voir, par exemple, l'affaire *Trans Meridian Trading Inc. v. Empresa Nacional de Comercialización de Insumos*, 829 F. 2d 949 (9th Cir. 1987).

<sup>11</sup>Voir, par exemple, l'affaire *Dynamics Corp. v. Citizens & Southern National Savings Bank* 356 F. Supp. 991 (N.D.Ga. 1973).

<sup>12</sup>Voir, par exemple, l'affaire *Utica Mutual Insurance Co. v. Walker*, 725 S.W. 2d 24 (Ky.Ct.App. 1987).

<sup>13</sup>Rapport du Groupe de travail (note 4), p. 73.

<sup>14</sup>Ibid., p. 73 et 74.

<sup>15</sup>*Intraworld Industries, Inc. v. Girard Trust Bank*, 336 A. 2d 316, 324 (1975).

<sup>16</sup>Pour une conception analogue de la notion d'abus dans les pays de droit civil, voir par. 35 ci-après.

<sup>17</sup>Rapport du Groupe de travail (note 4), p. 79.

<sup>18</sup>Idem, p. 80 et 81.

<sup>19</sup>Voir, par exemple, *Offshore Trading v. Citizens National Bank*, 650 F. Supp. 1487 (D. Kan 1987).

<sup>20</sup>Voir, par exemple, *Airline Reporting Corp. v. First National Bank of Holly Hill*, 832 F. 2d 823 (4th Cir. 1987).

<sup>21</sup>Rapport du Groupe de travail (note 4), p. 77.

prouver qu'il n'y a pas eu fraude<sup>21</sup>. Quant à la relation donneur d'ordre/bénéficiaire, certains tribunaux ont jugé que le même critère de fraude s'applique, que le recours vise à empêcher l'émetteur/confirmateur de payer ou à empêcher le bénéficiaire de présenter les documents<sup>22</sup>; mais d'autres tribunaux n'ont vu dans l'action engagée par le demandeur contre le bénéficiaire qu'un litige contractuel entre ces deux parties, et ont laissé de côté ses incidences concernant la lettre de crédit<sup>23</sup>, une attitude que le Groupe de travail a contestée<sup>24</sup>.

20. En conclusion, on notera que la question de la fraude a principalement été envisagée à l'occasion de demandes de mesures conservatoires ou avant dire droit temporaires, étant donné qu'il serait rare que les émetteurs ou confirmateurs refusent de payer une traite ou une demande en invoquant la fraude (refus de paiement dit "électif"). Dans ce cadre procédural, les aspects de fond de l'exception de fraude constituent, sous la rubrique "succès probable au fond", un seul des facteurs à prendre en considération (notamment le préjudice irréparable, la mise en balance des préjudices (*balance of convenience*), l'intérêt général). Comme l'indique le Groupe de travail, les tribunaux tendent à s'intéresser plus au préjudice irréparable qu'à l'établissement d'une fraude, en partie parce que dans de nombreux pays, une mesure conservatoire peut être obtenue avec moins de 50 % de chances de succès au fond<sup>25</sup>. Les conditions procédurales des mesures conservatoires, mesures avant dire droit et autres mesures judiciaires sont examinées ci-après (par. 90 à 114).

## 2. Angleterre (Canada et Singapour)

21. Les tribunaux britanniques admettent l'exception de fraude mais l'interprètent de manière plus étroite et rigoureuse que ceux d'autres pays. Une première illustration de cette attitude est fournie par l'extrait suivant d'un arrêt rendu dans une affaire concernant une opposition au paiement au titre d'une garantie de bonne fin : "Les tribunaux ne s'ingèrent qu'exceptionnellement dans le mécanisme des obligations irrévocables assumées par les banques. Ces obligations forment la substance du commerce international... Excepté peut-être dans les cas de fraude patente dont les banques ont connaissance, les tribunaux laissent les commerçants régler les litiges nés de leurs contrats par une action en justice ou par l'arbitrage"<sup>26</sup>. Il est remarquable que le juge ait déclaré que les demandeurs avaient assumé le risque découlant du libellé inconditionnel des garanties tout en se fondant sur deux décisions relatives aux lettres de crédit commerciales<sup>27</sup> dont il a estimé qu'elles s'appliquaient aussi aux garanties de bonne fin confirmées.

22. Dans le même ordre d'idées, il a été jugé à l'occasion d'une affaire similaire que les considérations pertinentes étaient celles applicables aux lettres de crédit et qu'on ne pouvait déroger au caractère indépendant et irrévocable de la garantie que lorsqu'il était clairement établi qu'une fraude manifeste était imputable au bénéficiaire et que la banque en avait eu connaissance. En refusant de faire droit à la demande du donneur d'ordre qui avait résilié le contrat au motif que le bénéficiaire n'avait pas ouvert une lettre de crédit effective, le juge a fait observer : "la banque ne doit pas payer au titre du crédit si elle sait que les documents sont faux ou que la demande de paiement est présentée frauduleusement dans des circonstances où il n'existe pas de droit au paiement. Tant que les clients présentent une demande honnête, les banques sont tenues de payer; et les banques seront rarement, voire ne seront jamais, à même de savoir si la demande est honnête ou non. De toute façon, elles ne pourront prouver qu'elle est malhonnête. Elles devront donc payer"<sup>28</sup>.

23. Cette décision, critiquée par un commentateur comme trop rigoureuse étant donné qu'à l'évidence le bénéficiaire n'avait même pas essayé d'exécuter le contrat faisant l'objet de la garantie de bonne fin<sup>29</sup>, a servi de précédent dans d'autres affaires<sup>30</sup>. Dans l'une d'elles pourtant, on discerne une conception moins rigoureuse de la norme à laquelle doit satisfaire la fraude et de la preuve qui doit en être rapportée pour obtenir une mesure conservatoire, comme le montrent les observations ci-après : "L'on admet, certes, que les lettres de crédit et les garanties de bonne fin font partie des mécanismes essentiels du commerce international (et retarder le paiement au titre de tels documents porte atteinte non seulement au bon fonctionnement du commerce international mais aussi à la réputation et au crédit de la communauté bancaire internationale), mais le poids de cette proposition peut être surestimé... [I]l ne peut être dans l'intérêt du commerce international ou de la communauté bancaire dans son ensemble que cet important mécanisme offert aux négociants soit utilisé pour commettre une fraude... [L]a situation serait selon nous insatisfaisante si, ayant établi une exception importante à une règle qui était auparavant considérée comme absolue, les tribunaux devaient en pratique adopter, en matière de preuve, une attitude à ce point restrictive qu'elle les empêche d'intervenir. Si tel était le cas, des déclarations solennelles et de haute volée comme 'la fraude corrompt tout' perdraient tout leur sens"<sup>31</sup>.

24. L'exception de fraude a été affinée dans une affaire où une banque avait refusé le paiement après avoir découvert qu'à l'insu du bénéficiaire des transitaires avaient ant-daté d'un jour un connaissement pour créer l'apparence que les marchandises avaient été chargées dans le délai fixé pour l'expédition dans la lettre de crédit. La Cour d'appel

<sup>21</sup>Voir, par exemple, *Arabian Fiberglass Insulation Co. v. Continental Illinois National Bank & Trust Co.*, n° 85C 1268 (N.D. Ill., 19 déc. 1986).

<sup>22</sup>Voir, par exemple, *Jupiter Orrington Corp. v. Zweifel*, 469 N.E. 2d 590 (1984).

<sup>23</sup>Voir, par exemple, *Steinmeyer v. Warner Consolidated Corp.*, 116 Cal. Rptr. 57 (1974).

<sup>24</sup>Rapport du Groupe de travail, (note 4) p. 75.

<sup>25</sup>*Idem*, p. 69.

<sup>26</sup>*Harbottle v. National Westminster Bank* (Kerr J.), Q.B., [1977] 2 All E.R. 862, 870.

<sup>27</sup>*Hamzeh Malas & Son v. British Imex Industries Ltd.*, Q.B., [1958] 1 Q.B. 127; *Discount Records Ltd. v. Barclays Bank Ltd.*, Q.B., [1975] 1 W.L.R. 315.

<sup>28</sup>*Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd.*, C.A., [1978] 1 Lloyd's Rep. 166, 171 (Lord Denning MR et Browne L.J.).

<sup>29</sup>*Schmitthoff, Bank's liability under unconditional performance bond*, *Journal of Business Law* 1977, 353.

<sup>30</sup>Par exemple *Boliventer Oil v. Chase Manhattan Bank*, C.A., [1984] 1 W.L.R. 392.

<sup>31</sup>*United Trading Corp. v. Allied Arab Bank Ltd.*, C.A., [1985] 2 Lloyd's Rep. 554, 561 (Ackner L.J.).

a jugé que la banque avait le droit de refuser le paiement, et a notamment déclaré : "qu'il soit ou non nul, un faux document n'est pas un document authentique ou valide habilitant celui qui le présente à se faire payer, et si le banquier auquel un tel document est présenté en vertu d'une lettre de change sait qu'il est faux, il ne doit pas payer. Si un document, qui est faux au sens où il a été falsifié par une personne autre que le bénéficiaire, peut habilitier une banque à refuser le paiement, je ne vois aucune raison pour qu'un document faux de quelque manière que ce soit à la connaissance d'une personne autre que le bénéficiaire n'ait pas le même effet... Il y a eu fraude dans l'opération"<sup>32</sup>.

25. Toutefois, la décision a été réformée par la Chambre des lords au motif que l'affaire ne relevait pas de l'exception de fraude, définie comme suit : "le vendeur, dans le but de se faire payer le crédit, présente frauduleusement à la banque confirmatrice des documents qui relatent, expressément ou par implication, des faits matériels dont il sait qu'ils sont inexacts. Même s'il ne semble pas exister dans la jurisprudence anglaise d'affaire dans laquelle cette exception ait été appliquée, elle est bien établie devant les tribunaux américains... L'exception de fraude opposée au bénéficiaire qui tente d'obtenir le crédit est une application claire de la maxime *ex turpi causa non oritur actio* ou, en bon anglais, '*fraud unravels all*' ('la fraude corrompt tout'). Les tribunaux ne permettront pas à des gens malhonnêtes de les utiliser pour commettre une fraude"<sup>33</sup>.

26. L'arrêt soulignait que le connaissance frauduleux n'était pas nul ni sans valeur pour la banque en tant que sûreté pour les avances qu'elle avait consenties à l'acheteur, mais constituait un reçu valide et transférable donnant au porteur le droit de réclamer les marchandises à leur arrivée à destination. En fait, il laissait expressément "de côté la question des droits d'un vendeur ou bénéficiaire innocent contre la banque confirmatrice lorsqu'un document qu'il présente est nul parce qu'ayant été falsifié à son insu par un tiers"<sup>34</sup>.

27. Dans une affaire analogue concernant un certificat d'inspection qui présentait des anomalies et dont il était allégué qu'il était faux, la Cour suprême du Canada, souscrivant à l'opinion exprimée par la Chambre des lords, a estimé que l'exception de fraude devait être limitée à la fraude du bénéficiaire du crédit et ne devait pas être étendue à celle commise par un tiers et dont le bénéficiaire était innocent, et que cette exception ne devait pas être opposable au porteur de bonne foi d'une traite sur une lettre de crédit. Sous réserve de ces limites, l'exception de fraude ne doit pas être cantonnée aux cas de fraude dans les documents présentés, mais s'appliquer à ceux où la fraude dans l'opération de base est telle que la demande de paiement en vertu du crédit en est rendue frauduleuse. Toutefois, pour qu'il soit fait droit à une action intentée contre l'émetteur d'une lettre de crédit pour paiement fautif, le demandeur doit démontrer que la fraude était, avant que le paiement ait

été effectué suffisamment établie à la connaissance de l'émetteur pour que son existence fût claire ou évidente pour ce dernier<sup>35</sup>. Comme l'a conclu un commentateur, le droit canadien adopte maintenant la même attitude que le droit anglais vis-à-vis de l'exception de fraude, sauf pour ce qui est du degré nécessaire pour établir la fraude dans le cadre d'une demande interlocutoire visant à ce qu'il soit fait défense de payer à l'émetteur d'une lettre de crédit. Au Canada on exige "une forte présomption" alors qu'en Angleterre la fraude doit être "très clairement établie"<sup>36</sup>.

28. En conclusion, on notera qu'encouragés par les décisions judiciaires citées aux paragraphes 23 et 24 deux commentateurs ont estimé que "le temps pourrait être venu pour les tribunaux anglais et singapouriens de revoir leur position", généralement moins souple que celle des tribunaux des Etats-Unis<sup>37</sup>. Par exemple, "une ordonnance faisant défense à la banque de répondre à la demande du vendeur devrait être rendue à chaque fois que la fraude est alléguée et que cette allégation s'appuie sur des éléments de preuve *prima facie* suffisants. Naturellement, la mesure conservatoire doit être subordonnée à la consignation par l'acheteur du montant des frais et, en outre, il peut être souhaitable de proposer que le tribunal ordonne que le montant du crédit — l'objet du litige — soit consigné. On ne pourra plus alléguer que la banque ne s'est pas acquittée de son obligation dès lors qu'elle a exécuté une telle ordonnance"<sup>38</sup>.

## B. L'abus et la fraude dans certains pays européens de droit civil

29. L'aperçu ci-après de l'état du droit dans les pays européens de droit civil accorde une attention particulière à ceux de ces pays où la jurisprudence est abondante (c'est-à-dire la France, l'Italie, l'Allemagne, la Belgique, les Pays-Bas, la Suisse et l'Autriche). S'il n'y a pas uniformité dans l'utilisation des concepts et dans leur application aux cas d'espèce, tous les pays admettent l'exception de fraude comme justifiant un refus de paiement, une exception habituellement déterminée par référence à l'opération de base et limitée par des conditions rigoureuses en matière de preuve.

### 1. Diversité des concepts et des dénominations

30. En ce qui concerne les concepts ou fondements de l'exception de fraude, toute une série de termes ont été utilisés par les tribunaux, souvent plusieurs dans un seul

<sup>32</sup>*The Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd.*, 5 mars 1987 (Le Dain J.), reproduit dans *International Banking Law* (juin 1987), p. 10, résumé par Zacks, "United City Merchants"; The Canadian viewpoint, *idem*, p. 7 (allégation d'autres anomalies liées à des connaissances).

<sup>36</sup>Zacks (note 35) p. 8 (se référant à la décision anglaise visée au paragraphe 22 ci-dessus).

<sup>37</sup>Ho Peng Kee, *The Fraud Rule in Letters of Credit Transactions*, dans : *Current Problems of International Trade Financing* (deuxième édition, sous la direction de Ho et Chan, Singapour 1990), p. 208; de même Ellinger, *Documentary Credits and Fraudulent Documents*, *ibid.*, p. 169 ("Peut-être le dernier mot n'a-t-il pas encore été dit dans l'élaboration de la doctrine au Royaume-Uni... on estime que le champ d'application de la règle sur la fraude doit être réexaminé").

<sup>38</sup>Ellinger, *ibid.*, p. 208.

<sup>33</sup>*United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, C.A., [1981] 1 *Lloyd's Rep.* 604, 623 (Stephenson J.).

<sup>34</sup>*UCM (Investments) v. Royal Bank of Canada*, [1982] 2 *All E.R.* 720, 725 (Lord Diplock).

<sup>35</sup>*Idem*, p. 728.

pays et parfois même dans une seule décision. Par exemple, les tribunaux allemands, suisses et autrichiens se réfèrent le plus souvent à "l'abus manifeste"<sup>39</sup>, les tribunaux néerlandais utilisent souvent la formule "à l'évidence arbitraire ou trompeur"<sup>40</sup>, les tribunaux italiens peuvent se référer à la fraude (*dolo, frode*), la mauvaise foi (*mala fede*) ou l'abus (*abuso*)<sup>41</sup> et les tribunaux français parlent de "fraude manifeste" ou d'"abus manifeste"<sup>42</sup>.

31. Lorsque les tribunaux précisent le fondement de l'exception de fraude, ils invoquent des adages traditionnels tels que *fraus omnia corrumpit* ou *exceptio doli* ou des principes généraux tels que celui de la bonne foi ou de la prohibition de l'abus de droit qui souvent sont énoncés dans le code civil<sup>43</sup>. Pas plus ces adages que les termes utilisés pour qualifier la conduite du bénéficiaire ne définissent clairement le champ d'application de l'exception de fraude.

32. Comme l'ont noté des commentateurs, les tribunaux français utilisent le plus souvent cumulativement les deux termes d'"abus" et de "fraude", sans distinguer clairement entre eux. Sur la base de diverses décisions judiciaires, la distinction suivante a été proposée : la fraude suppose une machination, des manœuvres destinées à faire payer au donneur d'ordre ce qu'il ne doit pas, alors qu'il y aurait abus manifeste dans le cas où absolument aucun doute n'existerait quant à l'exécution effective de toutes ses obligations par le donneur d'ordre, ou lorsqu'un tribunal a par une décision définitive prononcé la nullité du contrat de base ou sa résiliation à raison du comportement du bénéficiaire, ou encore lorsque le bénéficiaire a fait état et avoué qu'il n'exécuterait pas le contrat<sup>44</sup>.

33. Cette distinction entre la fraude et l'abus peut être utile pour appréhender la substance des deux notions, même si la description de la fraude et les exemples d'abus sont trop étroits pour rendre compte de la jurisprudence française et de celle d'autres pays de droit civil. La définition de la fraude comme une machination, apparemment inspirée par le droit pénal, évoque la notion de *common law* de fraude patente (*egregious*) ou intentionnelle<sup>45</sup> et doit s'entendre également de la présentation de documents faux ou falsifiés<sup>46</sup>.

<sup>39</sup>Horn/Wymeersch, *Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit, and Performance Bonds in International Trade*, dans : *The Law of International Trade Finance* (publié sous la direction de Horn, Deventer 1980), p. 483 et 510.

<sup>40</sup>Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade* (Amsterdam 1990), p. 280.

<sup>41</sup>Costa, "Astrattezza" ed eccezioni opponibili nel credito documentario irrevocabile : (Milan 1989), p. 199 à 201 (*Il diritto della banca e della borsa*; n° 8).

<sup>42</sup>Vasseur, *Dix ans de jurisprudence française relative aux garanties indépendantes*, dans *Revue de droit des affaires internationales* 1990, p. 372.

<sup>43</sup>Voir, par exemple, les articles 242, 226 et 826 du Code civil allemand, l'article 2-2 du Code civil suisse, les articles 1175 et 1375 du Code civil italien.

<sup>44</sup>Vasseur, *ibid.* (note 42), p. 373 et 374; voir aussi Stofflet, *La garantie bancaire à première demande*, dans *Clunet* 1987, 280.

<sup>45</sup>Voir, par exemple, les décisions visées aux notes 6 et 7.

<sup>46</sup>Voir, par exemple, Richter, *Standby Letter of Credit* (Zurich 1990), p. 251 (Voir aussi par. 63 et 64).

34. Néanmoins, même une manœuvre frauduleuse (consistant par exemple à faire pression sur le donneur d'ordre pour qu'il convertisse des garanties bancaires conditionnelles émises au bénéfice d'un établissement public en garanties inconditionnelles en promettant de libérer le directeur général du donneur d'ordre qui a été emprisonné au cours des négociations)<sup>47</sup> peut être qualifiée d'abus manifeste par les tribunaux qui, par tradition, préfèrent cette appellation. Comme l'a fait observer un autre commentateur français, "quelle que soit la forme qu'elle adopte, la fraude se révèle toujours par l'absence manifeste de droit du bénéficiaire au moment où il appelle la garantie"<sup>48</sup>.

35. Il ne faut pas prendre l'expression "absence de droit" littéralement, par exemple comme signifiant que le bénéficiaire n'a aucun droit parce que la lettre de garantie est invalide (pour les motifs de non-paiement concernant la validité, voir par. 76 et 77 ci-après); la notion d'"abus de droit" présuppose l'existence d'un droit et constitue une limite inhérente à l'exercice de ce droit en interdisant son utilisation sans intérêt légitime ou dans le seul but de léser autrui. Comme l'a suggéré un commentateur suisse, on trouve au cœur de l'abus de droit un gain injustifiable tiré de l'exploitation inadmissible de sa propre conduite illicite, y compris le manquement à une obligation contractuelle. Ainsi, une demande de paiement sera abusive si, en substance, le bénéficiaire n'a indubitablement aucune créance qui pourrait être couverte par l'objet de la garantie<sup>49</sup>. Cette expression concrète de la notion d'abus de droit rappelle certaines décisions des tribunaux des Etats-Unis : "Le bénéficiaire n'a, en vertu du contrat, aucun motif plausible ou apparent de demander le paiement des lettres de crédit; la tentative qu'il fait pour obtenir les fonds est frauduleuse"<sup>50</sup>.

36. L'utilisation d'une telle notion, qui limite l'exercice d'un droit formel au but ou à l'éventualité de fond déterminés par rapport à l'opération de base, risque de compromettre le principe de l'indépendance des garanties à première demande. Ce risque a généralement été évité, sauf par certaines juridictions inférieures, dans les pays qui reconnaissent pleinement le caractère abstrait et indépendant de l'engagement de garantie; et il a nettement diminué dans les pays où cette reconnaissance n'a été acquise que récemment, par exemple au cours des dix dernières années en France et en Italie<sup>51</sup>.

37. La décision ci-après de la Cour suprême allemande (statuant en matière civile) peut être lue comme attestant que les tribunaux sont actuellement conscients du risque et savent comment le limiter : "S'il est manifeste ou établi par des preuves concrètes qu'alors même que les conditions formelles d'une demande ('contingence formelle') ont été

<sup>47</sup>Oberster Gerichtshof (Autriche), 6 juin 1989, 31 *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1990, 290 (la mesure conservatoire demandée a été refusée pour d'autres motifs).

<sup>48</sup>Azencot, *Les difficultés d'exécution des garanties bancaires à première demande*, dans *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation* (1989), p. 1927.

<sup>49</sup>Richter, *ibid.* (note 46), p. 245.

<sup>50</sup>*Itel Corp. v. The First National Bank of Boston*, 730 F. 2d 19 (1984); voir aussi la décision citée au paragraphe 16.

<sup>51</sup>Voir, par exemple, Vasseur, *ibid.* (note 42), p. 358.

satisfaites, l'éventualité de fond ne s'est pas matérialisée dans l'opération de base, il n'est pas fait droit à la demande de paiement en raison de l'exception d'abus de droit. Toutefois, cette exception n'est pas limitée aux cas où l'exploitation abusive d'une position juridique formelle est évidente pour tout le monde. Tous les litiges sur des points de fait, mais aussi sur des points de droit, qui ne trouvent pas de solution doivent être réglés après le paiement, dans le cadre d'actions en remboursement<sup>32</sup>. Cette restriction tient, comme l'a déclaré la même Cour dans une autre décision, au double objectif de la garantie à première demande, à savoir fournir au créancier des fonds aisément disponibles et renverser la position procédurale en cas de litige entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire<sup>33</sup>.

38. Le double objectif d'une garantie à première demande, qu'on désigne souvent comme sa "fonction de liquidité" et, en ce qui concerne le renversement de la position procédurale, par la formule "payer d'abord, discuter (ou faire un procès) ensuite", indique la voie à suivre pour distinguer entre l'"abus de droit" et l'intervention non désirée de garants dans des litiges contractuels entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Surtout, il explique l'importance extraordinaire que les tribunaux attachent au caractère substantiel de la preuve, attestée par des expressions telles que "manifeste", "évident pour tout le monde" ou "sans aucun doute". A cet égard, les tribunaux d'Europe continentale sont généralement aussi stricts que les tribunaux anglais; ils semblent par contre moins stricts s'agissant d'ordonner des mesures conservatoires, pour lesquelles les tribunaux anglais exigent que la banque ait été avisée ou ait eu connaissance de la fraude ou de l'abus<sup>34</sup>.

## 2. Cas possibles de fraude ou d'abus manifestes

39. Tout critère qui attache de l'importance au risque ou à l'éventualité couverts par la garantie doit tenir compte non seulement de l'objectif particulier de la garantie en question, mais aussi et surtout du type de garantie (par exemple garantie de soumission, garantie de remboursement, garantie de bonne fin, garantie de maintenance, lettre de crédit stand-by financière, contre-garantie). Bien qu'axé sur des décisions de pays de droit civil, l'exposé ci-après renvoie à l'occasion, pour la comparaison, à des affaires jugées dans des pays de *common law*.

### a) Garanties de soumission

40. Pour commencer par la garantie de soumission, une demande de paiement sera abusive si le marché n'a pas encore été adjugé, ou s'il l'a été mais pas au donneur d'ordre, ou, lorsqu'il a été adjugé au donneur d'ordre, si celui-ci l'a signé et a obtenu la garantie de bonne fin

<sup>32</sup>Bundesgerichtshof (Allemagne) 21 avril 1988, *Wertpapier-Mitteilungen* 1988, 935; on entend principalement par "preuves concrètes" les preuves documentaires concluantes autres que les attestations.

<sup>33</sup>Bundesgerichtshof, 12 mars 1984, *Wertpapier-Mitteilungen* 1984, 691.

<sup>34</sup>Bertrams, *ibid.* (note 40), p. 339 et 345.

éventuellement requise<sup>35</sup>. Chacun de ces faits doit être rendu manifeste par le donneur d'ordre, sauf lorsqu'ils sont prévus en termes positifs dans la garantie en tant que conditions préalables ou conditions de paiement dont il appartient au bénéficiaire d'établir qu'elles sont satisfaites.

41. Cela étant, il est peu probable qu'un bénéficiaire souhaitant disposer d'un délai supplémentaire pour évaluer les offres ait beaucoup de succès avec une demande présentée sous la forme "prorogez ou payez", et il pourra donc opter pour une demande du type "prorogez ou retirez-vous"<sup>36</sup> (laquelle ne relève pas des motifs de non-paiement examinés ici). La situation est plus problématique lorsque le bénéficiaire souhaite accepter l'offre du donneur d'ordre, mais seulement moyennant certaines modifications que le donneur d'ordre considère comme inacceptables. Une attitude rigoureuse amènerait à rejeter la demande du bénéficiaire comme abusive, mais un tribunal français a adopté une attitude moins rigide en ce qu'il a ordonné que le montant de la garantie soit versé sur un compte bloqué, tout en laissant au juge du fond le soin de trancher la question de savoir si le refus du donneur d'ordre d'accepter les modifications était justifié<sup>37</sup>.

### b) Garantie de remboursement : acompte non payé

42. S'agissant des garanties de remboursement, une demande de paiement sera abusive si le non-paiement de l'acompte a été manifestement établi par le donneur d'ordre, alors que c'est au bénéficiaire qu'il appartiendra d'établir le paiement de l'acompte si celui-ci — comme c'est fréquent — est une condition de l'efficacité ou du paiement aux termes de la garantie de remboursement.

### c) Exécution garantie par une garantie de bonne fin

43. Dans tous les pays, c'est sur les garanties de bonne fin, y compris les garanties de maintenance, que porte la majorité des décisions. Dans ce domaine, la distinction entre la fraude et l'abus en ce qui concerne l'objectif de la garantie d'assurer l'exécution et la nécessité de maintenir l'indépendance de l'engagement par rapport à l'opération sous-jacente est particulièrement pertinente et cruciale. Des divers motifs invoqués par les donneurs d'ordre, celui qui leur réussit le mieux est probablement l'exécution complète

<sup>35</sup>De même, Kozolchik, *Bank Guarantees and Letters of Credit: Time for a Return to the Fold*, 11 *Univ. of Pennsylvania J.Int.Bus.L.* 1989, 21-23 (examinant de tels cas dans le contexte de la notion de "cause", traditionnelle en droit civil, et convenant que les événements qui constituent des présupposés essentiels de l'émission doivent affecter la validité et l'opposabilité de la garantie).

<sup>36</sup>Bertrams, *ibid.* (note 40), p. 208 et 209.

<sup>37</sup>Tribunal de commerce de Paris, 29 octobre 1982, *Dalloz* 1983 I.R. 301. Il ressort d'une décision belge non publiée, citée par Bertrams, *ibid.*, qu'une ordonnance faisant défense de payer a été rendue au motif que le bénéficiaire/employeur avait appelé la garantie après la date d'expiration, et parce que la lettre d'intention de l'employeur s'écartait manifestement de la soumission.

de l'opération de base à la satisfaction du bénéficiaire<sup>58</sup>. Ce n'est pas une coïncidence si les tribunaux ont généralement considéré cette circonstance comme établissant la fraude ou l'abus; après tout, elle équivaut dans le domaine de la garantie à l'inexécution totale d'un contrat de vente (consistant par exemple en l'expédition de détritrus sans valeur) dans le domaine du paiement des lettres de crédit commerciales<sup>59</sup>.

44. Il faut toutefois se hâter d'ajouter que l'affirmation du donneur d'ordre selon laquelle il a totalement exécuté ses obligations est loin d'être suffisante pour autoriser le garant à refuser le paiement ou amener un tribunal à l'interdire<sup>60</sup>. L'exécution totale doit "crever les yeux", être "manifeste" ou "clairement évidente"<sup>61</sup>. La Cour de cassation française l'a clairement fait comprendre à un donneur d'ordre, lorsqu'elle a jugé que le fait "même apparemment établi" que le donneur d'ordre ait rempli toutes ses obligations ne justifiait pas une défense de payer, puisqu'une légère incertitude demeurait à cet égard<sup>62</sup>. De la même manière, la Cour d'appel de Luxembourg a exigé que le fait allégué "soit évident" sans qu'une mesure d'instruction ou de vérification soit nécessaire<sup>63</sup>.

45. Cette condition rigoureuse ne sera que rarement satisfaite; elle le sera par exemple en présence d'une déclaration définitive d'acceptation du bénéficiaire sans autres réclamations<sup>64</sup>, de l'attestation d'achèvement établie par un expert désigné conformément au contrat entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire<sup>65</sup>, d'une déclaration de bonne fin contresignée par un mandataire du bénéficiaire<sup>66</sup> ou d'une lettre dans laquelle le bénéficiaire déclare accepter les travaux comme correctement exécutés, tout en notant qu'un certificat officiel d'acceptation sera délivré et la garantie de bonne fin restituée immédiatement après l'obtention des autorisations financières et douanières<sup>67</sup>.

46. La condition ne sera par contre pas remplie lorsque, par exemple, le donneur d'ordre prouve seulement que les marchandises ont été expédiées mais non que le bénéficiaire les a acceptées ni qu'elles sont conformes aux stipulations contractuelles<sup>68</sup>, lorsqu'un expert désigné par le donneur d'ordre a certifié l'achèvement et l'élimination des

vices techniques relevés durant la période de garantie mais qu'une plainte du bénéficiaire a empêché la délivrance d'un certificat de maintenance<sup>69</sup>, ou lorsque le donneur et le bénéficiaire sont en négociation ou en procès au sujet de litiges contractuels<sup>70</sup>.

47. Le critère pourra être moins rigoureux dans les cas où, outre l'achèvement probable de l'exécution, d'autres éléments tendent à faire apparaître la demande comme abusive ou frauduleuse. Par exemple, un juge italien a considéré le certificat d'achèvement détaillé du donneur d'ordre comme pertinent étant donné que le bénéficiaire n'avait formulé aucun grief sérieux au sujet de la qualité des travaux et que sa demande de paiement était à l'évidence motivée par le refus du donneur d'ordre de procéder à des modifications et des améliorations qui n'étaient pas prévues dans le contrat initial<sup>71</sup>. L'élément additionnel peut être appelé "risque ou objet différent" et il est largement reconnu comme établissant l'abus de droit<sup>72</sup>.

#### d) Risque ou objet différent

48. Une demande de paiement dont l'objet est autre que celui pour lequel l'engagement a été donné peut être considérée comme abusive puisqu'elle ne relève pas de l'objet ou du risque envisagés par les parties<sup>73</sup>. Les demandes ne relevant pas du risque couvert peuvent prendre des formes diverses. Le bénéficiaire peut vouloir, par exemple, recouvrer un prêt en appelant une garantie qui était destinée à assurer le paiement des travaux<sup>74</sup>, se dédommager de pertes subies dans une opération autre que celle qui est garantie<sup>75</sup> ou récupérer au titre d'une garantie de bonne fin les frais bancaires qui lui ont été facturés<sup>76</sup>.

49. Une autre forme d'abus, qui constitue un abus partiel, consistera à appeler toutes les garanties couvrant les diverses prestations d'un contrat de livraison à exécution successive en n'invoquant le défaut qu'en ce qui concerne certaines de ces prestations<sup>77</sup>, ou à appeler diverses garanties de bonne fin concernant des opérations différentes alors même qu'une exceptée, toutes ont été correctement exécutées<sup>78</sup>. On notera que cette forme d'abus partiel a été reconnue dans son principe par un tribunal anglais qui a néanmoins

<sup>58</sup>Voir, par exemple, Bertrams, *ibid.* (note 40), p. 305 à 308; Horn/Wymeersch, *ibid.* (note 39), p. 490 à 492, 502, 503, et 506; Richter, *ibid.* (note 46), p. 251.

<sup>59</sup>Voir les affaires visées au paragraphe 28 et note 8.

<sup>60</sup>Voir, par exemple, *Cour d'Appel de Paris*, 15 février 1989, *Daloz* 1989 Somm. 159 (informant la décision d'un juge commercial qui, pour ordonner en référé de surseoir au paiement, avait relevé que "les circonstances de la cause font apparaître le risque d'un élément de fraude").

<sup>61</sup>Voir, par exemple, Vasseur, *ibid.* (note 42), p. 372.

<sup>62</sup>*Cour de cassation*, 21 mai 1985, *Daloz* 1986, I.R. 213 (note Vasseur).

<sup>63</sup>*Cour d'appel de Luxembourg*, 16 mars 1983, *Daloz* 1983, I.R. 299.

<sup>64</sup>Voir, par exemple, *Cour de Cassation*, 10 juin 1986, *Daloz* 1987, 17.

<sup>65</sup>Voir, par exemple, *Cour de justice civile de Genève*, 12 septembre 1985, *Daloz* 1986 I.R. 165.

<sup>66</sup>Voir, par exemple, *Pretore Bologna*, 28 mars 1981, *Banca, borsa e titoli di credito* 1983 I, p. 119.

<sup>67</sup>Voir, par exemple, *Pretore Roma*, 11 mai 1987, *Foro padano* 1987 I p. 397.

<sup>68</sup>Voir, par exemple, *Pretore Milano*, 28 juin 1982, *Banca, borsa e titoli di credito* 1983 II p. 110.

<sup>69</sup>Voir, par exemple, *Tribunale Milano*, 30 avril 1987, *Banca, borsa e titoli di credito* 1988 II p. 3.

<sup>70</sup>Voir, par exemple, *Landgericht Köln*, 11 décembre 1981, *Wertpapier-Mitteilungen* 1982, 438.

<sup>71</sup>*Tribunale Milano*, 12 octobre 1985, *Banca, borsa e titoli di credito* 1986 IV p. 430.

<sup>72</sup>Voir, par exemple, Horn/Wymeersch, *ibid.* (note 39) p. 495, 500 et 503.

<sup>73</sup>Voir, par exemple, Kleiner, *Bankgarantie* (4e édition, Zurich 1990), p. 199 et 200 (citant deux décisions zurichoises).

<sup>74</sup>*Oberster Gerichtshof, Evidenzblätter* (décisions de la OGH), 1982, 23.

<sup>75</sup>Voir, par exemple, *Tribunal de commerce de Bruxelles*, 26 mai 1988, *Journal des Tribunaux* 1988, 460 (mesure conservatoire ordonnée également pour d'autres motifs).

<sup>76</sup>*Tribunal de commerce de Paris*, 24 janvier 1984, *Daloz* 1984 I.R. 203.

<sup>77</sup>*Oberster Gerichtshof*, 17 mars 1986, *Recht der Wirtschaft* 1986, 340.

<sup>78</sup>*Tribunal de commerce de Bruxelles*, 21 octobre 1986, *Revue de droit commercial belge* 1987, 706 (des ordonnances faisant défense de payer ont été rendues en ce qui concerne les trois garanties — sur un total de quatre — correspondant aux opérations correctement exécutées).

considéré qu'en l'espèce la preuve n'en était pas suffisamment rapportée : "Nous concluons donc que si les demandeurs ont présenté sur la base des pièces disponibles un argument sérieusement défendable, à savoir qu'il y a de bonnes raisons de penser, certainement en ce qui concerne plusieurs de ces contrats, que les garanties de bonne fin n'ont pas été appelées en toute honnêteté, ils n'ont pas établi avec suffisamment de certitude que la seule déduction réaliste pouvant en être tirée est que les demandes étaient frauduleuses"<sup>79</sup>.

50. Une autre forme d'abus entrant dans la rubrique "risque ou objet différent" consistera, comme dans l'affaire visée au paragraphe 47, à exercer une pression sur le donneur d'ordre pour l'amener à faire certaines concessions. Un juge belge a par exemple déclaré une demande de paiement abusive parce qu'elle visait à extorquer une révision de prix au donneur d'ordre<sup>80</sup>. De même, un tribunal autrichien a jugé abusif pour un bénéficiaire de menacer le donneur d'ordre de demander le paiement pour dissuader ce dernier de lui faire un procès au sujet d'une opération différente<sup>81</sup>. L'exercice de pressions peut aussi être relevé dans la pratique courante des demandes présentées sous la forme "prorogez ou payez".

e) "Prorogez ou payez"

51. Les banquiers estiment que plus de 90 % des demandes présentées au titre de garantie à première demande le sont sous la forme "prorogez ou payez"; il n'est pas rare que de telles demandes se succèdent, repoussant ainsi la date d'expiration bien au-delà de la date initialement prévue<sup>82</sup>. Si la deuxième option de la demande, "payez", n'est pas qu'une menace et est conforme aux termes de la garantie du point de vue de la forme et des documents requis, on peut considérer la demande comme abusive puisqu'elle n'est pas franche ni inconditionnelle ou parce qu'elle est en elle-même contradictoire : soit le risque couvert s'est matérialisé, auquel cas aucune prorogation n'est nécessaire, soit il ne s'est pas matérialisé, auquel cas la demande ne relève pas de l'objectif envisagé. Ainsi, il a été jugé que lorsque le donneur d'ordre refuse de proroger ou ne répond pas à la demande, une demande inconditionnelle ultérieure, présentée après la date d'expiration, était tardive<sup>83</sup>.

52. Il ne serait cependant pas légitime de réagir ainsi à toutes les demandes du type "prorogez ou payez" : une telle demande peut après tout être motivée par de bonnes raisons et viser par exemple à donner au donneur d'ordre un délai supplémentaire pour achever l'exécution, à donner

aux parties à l'opération de base plus de temps pour régler leurs litiges contractuels, ou à permettre au bénéficiaire d'arrêter sa position définitive sur le point de savoir s'il va demander le paiement, et pour quel montant. Elle peut néanmoins aussi être présentée de mauvaise foi, par exemple si le bénéficiaire a lui-même rendu l'exécution par le donneur d'ordre impossible, ou lorsqu'elle vise à faire pression sur le donneur d'ordre pour l'amener à faire des concessions et, par exemple, l'amener à accepter une période de garantie plus longue ou à exécuter des travaux ou des modifications non prévues au contrat<sup>84</sup>.

53. Comme la demande de prorogation est en substance adressée au donneur d'ordre et comme ce dernier est le mieux à même de juger si la demande de paiement qui l'accompagne est abusive et si cet abus peut être rapidement établi, le garant a intérêt, dès réception d'une demande du type "prorogez ou payez", à en aviser le donneur d'ordre; si ce dernier ne consent pas à la prorogation ou ne démontre pas au garant que la demande de paiement constitue manifestement un abus de droit, le garant doit payer dans le délai légal (qui n'a pas encore été déterminé pour la loi uniforme; voir A/CN.9/WG.IV/WP.68, par. 58 à 60).

54. On notera que le projet de Règles uniformes relatives aux garanties sur demande de la Chambre de commerce internationale adopte une approche similaire. L'article 26 de ces règles est ainsi libellé :

"Si le bénéficiaire sollicite une prolongation de la validité de la garantie au lieu et place d'une demande de paiement présentée selon les termes et conditions de la garantie, le garant en informera sans délai la partie qui a donné ses instructions au garant. Le garant suspendra alors le paiement de la demande pendant un temps qu'il estimera raisonnable pour permettre au donneur d'ordre et au bénéficiaire de se mettre d'accord sur l'octroi d'une telle prolongation et pour permettre au donneur d'ordre de prendre des dispositions en vue de l'émission de celle-ci.

Si la prolongation n'est pas octroyée, le garant est tenu de payer le montant de la demande conforme sans autre démarche de la part du bénéficiaire. Le garant n'encourt aucune responsabilité (pour des intérêts ou toute autre cause) si un paiement dû au bénéficiaire se trouve retardé du fait de la procédure décrite ci-dessus.

Même si le donneur d'ordre accepte ou sollicite une telle prolongation, elle ne sera accordée que si le garant et la(les) partie(s) ordonnatrice(s) l'accepte(nt) également"<sup>85</sup>.

f) *Inexistence, invalidité, illégalité ou inexécutabilité de l'obligation dont l'exécution est garantie*

55. Il est divers cas où une demande de paiement peut être considérée comme frauduleuse ou abusive alors même que, manifestement ou de son propre aveu, le donneur

<sup>79</sup>*United Trading Corp. v. Allied Arab Bank Ltd.*, *ibid.* (note 31), p. 565.

<sup>80</sup>Président du Tribunal de Gand, 27 décembre 1983, *Tijdschrift Belgisch Handelsrecht* 1986, 298.

<sup>81</sup>*Oberster Gerichtshof*, *ibid.* (note 77).

<sup>82</sup>Bertrams, *ibid.* (note 40), p. 207.

<sup>83</sup>Voir, par exemple, *Cour d'appel de Paris*, 2 avril 1987, *Dalloz* 1988 *Somm.* 248, confirmé par *Cour de cassation*, 24 janvier 1989, *Dalloz* 1989 *Somm.* 159. De même, *Esal (Commodities), Reltor v. Oriental Credit*, [1985] 2 *Lloyd's Rep.* 546.

<sup>84</sup>Voir, par exemple, *Kozolchik*, *ibid.* (note 55) p. 31 et 32; Bertrams, *ibid.* (note 40) p. 207.

<sup>85</sup>Texte révisé des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande, document de la CCI n° 460/470-1/19 BIS et 460/470-10/1 BIS du 8 février 1991; il s'agit d'une version récente des Règles uniformes relatives aux garanties qui avaient été examinées par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/316).

d'ordre n'a pas exécuté l'obligation garantie. Il en est par exemple ainsi lorsqu'au moment de la demande, l'exécution n'est pas encore exigible<sup>86</sup>, sauf manquement anticipé au contrat. Tel est aussi le cas, qui n'est pas limité aux garanties de bonne fin, lorsque le bénéficiaire promet au donneur d'ordre de libérer la garantie ou lorsque cette libération fait partie d'un règlement entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire<sup>87</sup>. On notera qu'il n'est nul besoin d'invoquer la fraude ou l'abus lorsque le bénéficiaire déclare libérer le garant de son obligation étant donné qu'un tel acte, dans le cadre de la relation garant-bénéficiaire, éteint l'obligation de paiement du garant<sup>88</sup>.

56. Les donneurs d'ordre peuvent aussi invoquer l'invalidité de l'opération de base ou l'expiration du délai de prescription de leur obligation. S'il arrivait il y a encore dix ans qu'à l'occasion les tribunaux jugent autrement<sup>89</sup>, ils ont généralement tendance à rejeter de tels moyens, à moins que l'opération de base ait été jugée invalide par un tribunal ou un tribunal arbitral dans une décision définitive<sup>90</sup>. On notera que cette dernière exception n'est pas limitée aux décisions constatant l'invalidité mais vaut pour d'autres décisions qui mettent fin à l'obligation du donneur d'ordre ou en nie l'existence<sup>91</sup>.

57. La situation est toutefois moins claire lorsque l'opération de base viole l'ordre public ou est autrement illégale. S'il semble généralement admis que le bénéficiaire ne peut demander le paiement si l'opération de base viole l'ordre public, il n'y a guère de jurisprudence qui indique la voie à suivre<sup>92</sup>. Un commentateur français a proposé de distinguer entre la violation manifeste de l'ordre public, une situation dans laquelle le paiement par le garant contribuerait de manière intolérable à l'exécution d'une opération clairement illégale, et les cas où la violation de l'ordre public est incertaine ou douteuse, dans lesquels le paiement serait conforme à l'objet de la garantie consistant à inverser

la position procédurale des parties<sup>93</sup>. Si une telle distinction est conforme à la conception générale de l'"abus manifeste", on peut penser qu'un tribunal appliquerait un critère moins rigoureux et examinerait d'office soigneusement la question, en vue d'assurer le respect de la loi du for en matière d'ordre public<sup>94</sup>.

58. Il n'est pas nécessaire d'invoquer la fraude ou l'abus lorsque le garant lui-même est affecté par la violation de l'ordre public, car le droit de refuser le paiement découle alors de l'invalidité ou, en cas de violation de l'article VIII de l'Accord de Bretton Woods, de l'inexécutabilité de l'obligation de payer (voir par. 78 et 79 ci-après). Pour ce qui est des autres cas d'illégalité affectant seulement l'opération de base, celui où cette illégalité découle de la loi du pays du donneur d'ordre qui est différent de celui du garant ou du bénéficiaire appelle des observations particulières. Comme souvent le bénéficiaire ne sera pas familier avec la réglementation du pays du donneur d'ordre limitant par exemple les importations, les exportations ou les changes, la possibilité que l'opération de base soit illégale peut être considérée comme l'un des risques couverts par la garantie<sup>95</sup>. Si un donneur d'ordre voulait néanmoins invoquer cette illégalité, il serait presque impossible de rendre l'abus allégué évident ou manifeste aux yeux du garant, compte tenu des questions juridiques complexes qui sont en jeu, notamment de l'effet controversé d'une législation étrangère contraignante et l'absence de violation antérieure d'une obligation d'aviser le bénéficiaire des obstacles juridiques auxquels se heurtent l'opération et son exécution.

#### g) Autres cas dans lesquels l'inexécution serait justifiée

59. Les observations qui précèdent s'appliquent avec la même force à divers autres cas dans lesquels l'inexécution du donneur d'ordre serait justifiée. Puisque les conséquences juridiques libérant le donneur d'ordre de son obligation varient selon les contrats et la loi applicable, ces cas peuvent être regroupés selon les situations de fait invoquées par le donneur d'ordre.

60. Un premier groupe comprend les circonstances entourant la conclusion du contrat de base, par exemple l'erreur, le dol ou la contrainte. On a admis que les circonstances qui autorisent le donneur d'ordre à ne pas exécuter le contrat ou, dans certains pays, entraînent de plein droit son invalidité (examinée ci-dessus) pouvaient être constitutives d'abus; toutefois, les mesures conservatoires n'ont en général pas été accordées parce que le donneur d'ordre n'a pas surmonté la difficulté extrême qu'il y a à établir, dans le cadre étroit d'une procédure sommaire, la réalité et les conséquences juridiques d'un tel abus<sup>96</sup>.

<sup>86</sup>Voir, par exemple, *Cour d'appel de Paris*, 2 juin 1982, *Dalloz* 1983 J. 437.

<sup>87</sup>Voir, par exemple, von Westphalen, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* (2e édition, Heidelberg 1989), p. 183; on notera que l'exception de libération a dans son principe été admise par la Cour d'appel anglaise dans l'affaire *Boliventor Oil S.A. v. Chase Manhattan Bank*, [1984] 1 *Lloyd's Rep.* 251; toutefois, la fraude en termes de mauvaise foi n'a pas été considérée comme établie du fait que le bénéficiaire aurait pu à tort ou à raison considérer en l'espèce que son accord de libérer la garantie avait été obtenu au moyen de pressions commerciales.

<sup>88</sup>Aux termes de l'article 23 des RUGD, "une garantie pourra être annulée avant la date d'expiration ou le fait entraînant expiration sur présentation au garant... d'une déclaration écrite du bénéficiaire libérant le garant de son obligation au titre de la garantie, que la garantie et les amendements y ayant été apportés soient ou non restitués".

<sup>89</sup>Voir, par exemple, *Tribunale Pavia*, 17 février 1981, *Foro padano* 1982, 88.

<sup>90</sup>Voir, par exemple, *Cour de cassation*, 20 décembre 1982, *Dalloz*, 1983 J. 365, von Westphalen, *ibid.* (note 87), p. 180 (voir aussi ci-dessus, par. 32).

<sup>91</sup>Voir, par exemple, *Cour d'appel de Paris*, 13 décembre 1984, *Dalloz* 1985 I.R.239.

<sup>92</sup>Voir, par exemple, Bertrams, *ibid.* (note 40), p. 317 (citant l'arrêt *Cour d'appel de Bruxelles*, 18 décembre 1981, *Revue de la Banque* 1982, 99); on notera que la Cour d'appel anglaise a réservé sa position au sujet d'une demande relative à une clause du contrat de base qui constituait une clause pénale, une telle clause étant nulle et non avenue en droit anglais (*Dodsall PVT Ltd. v. Kingpull Ltd.*, 1er juillet 1985, non publiée, citée par Elland-Goldsmith, *Garantie bancaire : L'évolution de la jurisprudence en Angleterre*, *Revue de droit des affaires internationales* 1990, 434).

<sup>93</sup>Vasseur, note, *Dalloz* 1984, 421.

<sup>94</sup>Voir, par exemple, *Bundesgerichtshof*, 28 avril 1988, *Recht der internationalen Wirtschaft* 1988, 558.

<sup>95</sup>Voir, par exemple, Bertrams, *ibid.* (note 40), p. 317.

<sup>96</sup>Bertrams, *ibid.* (note 40), p. 304 (citant, par exemple, les arrêts suivants : *Rechtbank Amsterdam*, 20 décembre 1984, *Kort Geding* 1985, 21; *Rechtbank Haarlem*, 21 novembre 1986, *Kort Geding* 1987, 57; *DTH Construction v. Steel Authority of India*, *International Business Lawyer* 1986, 175; *Cromwell v. Commercial & Energy Bank*, 40 *UCC Rep. Serv.* 1814 (La. 1985); *Brown v. United States National Bank*, 41 *UCC rep. Serv.* 1765 (Neb. 1985)).

61. Un second groupe comprend les actes ou omissions du bénéficiaire dont souvent les donneurs d'ordre allèguent qu'ils les autorisent à résilier le contrat de base ou à en suspendre l'exécution. La demande de paiement d'un bénéficiaire a par exemple été jugée abusive dans une affaire où le bénéficiaire lui-même avait entravé l'exécution<sup>97</sup> ou résilié le contrat unilatéralement et sans motif<sup>98</sup>. Si la jurisprudence ne semble pas donner d'indication claire quant aux situations dans lesquelles on doit considérer qu'il y a abus, on peut dire qu'en règle générale la faute du bénéficiaire doit être grave, compromettre l'ensemble de l'opération ou constituer une violation d'une obligation fondamentale<sup>99</sup>. Comme dans les autres cas d'abus, les faits allégués et leurs conséquences juridiques doivent être rendus manifestes ou évidents et, pour ce qui est des mesures conservatoires, il est moins difficile d'obtenir de telles mesures à l'encontre des bénéficiaires que des ordonnances faisant défense aux garants de payer, en particulier les émetteurs de garanties indirectes<sup>100</sup>. Des considérations analogues s'appliquent lorsque le donneur d'ordre fonde son droit de résilier le contrat ou d'en suspendre l'exécution sur le fait que le bénéficiaire n'a pas effectué les versements périodiques exigibles sur le prix du contrat<sup>101</sup>.

62. Un troisième groupe comprend les cas où l'exécution est empêchée non par la conduite du bénéficiaire mais par des événements qualifiés de force majeure ou fait du prince qui peuvent libérer les donneurs d'ordre de leurs obligations ou les autoriser à résilier le contrat (par exemple, embargo, blocage de fonds en monnaie étrangère et interventions analogues de l'Etat, ou catastrophes naturelles). Dans de tels cas, il est nécessaire pour établir l'abus manifeste d'établir que l'événement s'est produit et qu'il était imprévisible et insurmontable, mais aussi qu'en droit il constitue effectivement un cas de force majeure au regard du contrat et de la loi applicable, qu'il a bien pour effet de libérer le donneur d'ordre de son obligation conformément à l'allocation du risque aux termes du contrat et qu'il ne subsiste aucune responsabilité résiduelle pouvant relever du risque couvert par la garantie<sup>102</sup>. Il semble presque impossible que tous ces points complexes puissent jamais être manifestes ou évidents pour un garant, et les donneurs d'ordre ont très rarement obtenu gain de cause dans les

procédures sommaires aux fins de mesures conservatoires<sup>103</sup>.

#### h) *Présentation d'un document falsifié ou frauduleux*

63. Une demande de paiement est frauduleuse ou abusive si elle est fondée sur un acte illicite comme la présentation d'un document falsifié ou frauduleux. Toutefois, le paiement d'une garantie n'est pas souvent subordonné à la présentation de documents, même si l'on considère comme tels "documents" les déclarations du bénéficiaire constatant le défaut du donneur d'ordre. De plus, les documents à présenter n'ont généralement pas la valeur commerciale d'un connaissance, qui peut être requis aux termes d'une lettre de crédit classique, et les observations faites quant à l'intérêt qu'il y a pour la banque à obtenir un document d'une telle valeur (voir par. 25 et 26 ci-dessus) ne s'appliquent donc pas en matière de garanties et de lettres de crédit stand-by.

64. On peut néanmoins considérer que du point de vue de la procédure et de la preuve, le cas où l'exception de fraude ou d'abus est opposée à une demande pour un tel motif s'apparente en pratique, par certains de ses aspects, aux cas examinés précédemment. Lorsque le bénéficiaire présente un document falsifié, le paiement doit être refusé si le garant lui-même détecte la falsification ou si celle-ci est rendue manifeste, par exemple par une dénégation de la personne présentée comme l'auteur du document. Lorsque le document est frauduleux en ce qu'il atteste fallacieusement le défaut du donneur d'ordre, la preuve de l'abus n'a à être rapportée qu'en ce qui concerne le défaut allégué dans le document. Par exemple, si la demande de paiement d'une garantie de soumission se fonde sur une déclaration selon laquelle le soumissionnaire retenu n'a pas fourni la garantie de bonne fin requise, il suffit de rendre évident ou manifeste qu'une telle garantie a bien été émise; dès lors, le bénéficiaire ne peut plus, pour justifier sa demande, invoquer le refus du donneur d'ordre de signer le marché adjugé. Par contraste, lorsque le bénéficiaire appelle une garantie de soumission payable à simple demande, il faudra, pour prouver que la demande n'a aucun fondement apparent ou plausible et est donc abusive, établir aussi soit que le marché n'a pas été adjugé au donneur d'ordre, soit que ce dernier a accepté le marché tel que décrit dans le cahier des charges. Ainsi, exiger une déclaration du bénéficiaire n'a pas seulement l'avantage d'opposer un obstacle psychologique en "le forçant à mentir", mais aussi celui de circonscrire plus étroitement le "fondement plausible", en particulier lorsqu'une déclaration indiquant en quoi le donneur d'ordre est en défaut est requise.

<sup>97</sup>Voir, par exemple, *Landgericht Frankfurt*, 11 décembre 1979, *Wertpapier-Mitteilungen* 1981, 284 (les machines livrées n'avaient été ni installées ni examinées par le bénéficiaire); *Rechtbank Zwolle*, 26 novembre 1982, *Kort Geding* 1982, 220 (l'exécution d'une obligation d'achat dans le cadre d'un accord de distribution exclusif rendue impossible du fait de la violation par le bénéficiaire de l'exclusivité).

<sup>98</sup>Voir, par exemple, *Tribunal de commerce de Bruxelles*, 15 janvier 1980, *Jurisprudence commerciale belge* 1980, 147; *Tribunal de commerce de Paris*, 15 mars 1985, *Dalloz* 1985 I.R. 244.

<sup>99</sup>Voir, par exemple, *Bertrams, ibid.* (note 40), p. 311-312.

<sup>100</sup>Voir, par exemple, *Rechtbank Leeuwarden*, 6 octobre 1986, *Kort Geding* 1986, 476.

<sup>101</sup>Cas où des ordonnances faisant défense de payer ont été rendues : voir, par exemple, *Cour d'appel de Versailles*, 1er décembre 1988, *Dalloz* 1989 Somm. 155; *Pennsylvania State Const. Inc. v. Cambria Savings & Loan Association*, 2 *UCC Rep. Serv.* 2d 1638 (Pa. 1987).

<sup>102</sup>Voir, par exemple, *Bertrams, ibid.* (note 40), p. 315 et 316.

<sup>103</sup>Voir, par exemple, *Tribunal de commerce de Bruxelles*, 6 avril 1982, *Revue de la Banque* 1982, 683; *Rechtbank Amsterdam*, 18 décembre 1980, *Schip and Schade* 1981, 135; *Dynamics Corp. v. Citizens & Southern National Savings Bank, ibid.* (note 10); refus d'ordonner une mesure conservatoire, voir, par exemple, *State Trading Corp. of India v. E.D. & F. Man, The Times*, 22 juillet 1981 (le donneur d'ordre n'a pas démontré que le bénéficiaire ne croyait pas honnêtement au défaut non excusé du donneur d'ordre).

i) *Considérations particulières concernant les contre-garanties*

65. Les cas ci-dessus de fraude ou d'abus dans l'opération de base entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire peuvent constituer un motif de refus de paiement pour le garant qui a émis ou confirmé une garantie au profit dudit bénéficiaire, qu'il s'agisse d'une garantie directe émise à la demande du donneur d'ordre ou d'une garantie indirecte émise sur instructions d'une partie ordonnatrice agissant à la demande du donneur d'ordre. Toutefois, lorsqu'une garantie indirecte est contre-garantie par la partie ordonnatrice, la question de la fraude ou de l'abus en tant qu'exception pouvant être opposée par le contre-garant (ci-après "la première banque") appelle des considérations particulières.

66. La raison en est que le bénéficiaire de la contre-garantie est l'émetteur de la garantie indirecte (ci-après "la seconde banque") et non le bénéficiaire — visé ci-dessus — qui est lié au donneur d'ordre par l'opération de base. Toute fraude ou abus de ce dernier bénéficiaire (ci-après "le bénéficiaire ultime") sera le fait d'un tiers et n'affectera donc pas directement la relation entre la première et la seconde banque. C'est exclusivement dans le cadre de cette relation que la question de la fraude ou de l'abus en tant que motif de refus de paiement de la contre-garantie doit être tranchée compte tenu de l'objectif de la contre-garantie, à savoir garantir la seconde banque conformément à ses termes.

67. Par exemple, si le paiement par la première banque est subordonné à une déclaration de la seconde attestant que le bénéficiaire ultime lui a demandé le paiement, la présentation d'une fausse déclaration constitue, si elle est évidente ou manifeste pour la première banque, un motif de refus de paiement. Il en est de même dans le cas, probablement moins courant, où la première banque doit payer lorsque la seconde lui certifie qu'elle a déjà payé le bénéficiaire ultime.

68. La question de savoir dans quelles circonstances la conduite du bénéficiaire ultime peut être considérée comme frauduleuse ou abusive est beaucoup plus complexe. Si l'on admet généralement qu'en cas de collusion entre le bénéficiaire ultime et la seconde banque la première banque peut refuser le paiement sous réserve que la collusion soit évidente<sup>104</sup>, il n'y a pas de réponse uniforme à la question de savoir si ou dans quelles circonstances l'exception de fraude s'applique à la contre-garantie en l'absence de collusion. Si certaines décisions semblent subordonner l'exception de fraude à l'existence d'une collusion<sup>105</sup>, d'autres tendent à adopter une solution diamétralement opposée en retenant la fraude du bénéficiaire ultime sans s'interroger sur l'attitude de la seconde banque et en particulier se demander si celle-ci connaissait l'existence de

cette fraude lorsqu'elle a demandé à la première banque de la rembourser<sup>106</sup>. La plupart des tribunaux semblent adopter une position qui se situe entre ces deux extrêmes et peut être qualifiée de "double abus"<sup>107</sup>: la première banque peut refuser le paiement s'il est évident que la seconde banque, avant de payer le bénéficiaire ultime, savait que ce dernier avait commis une fraude ou un abus<sup>108</sup>.

69. Il y a abus de la part de la seconde banque en ce qu'elle demande le remboursement alors même qu'elle avait le droit, et vis-à-vis de la partie ordonnatrice était tenue, de refuser le paiement au bénéficiaire ultime. Il est donc nécessaire de prouver non seulement qu'un comportement frauduleux ou une autre forme de fraude ou d'abus est imputable au bénéficiaire et que la seconde banque le savait, mais aussi d'établir les conséquences juridiques de la qualification de fraude ou d'abus et l'obligation qui en découlait pour la seconde banque de refuser le paiement.

70. En ce qui concerne les conséquences juridiques, la question est rendue complexe par le fait que différentes lois peuvent être applicables et que la réponse qu'elles donnent doit être rendue manifeste pour la première banque. Selon toute probabilité, la question de la reconnaissance de la fraude ou de l'abus du bénéficiaire ultime sera déterminée par la loi de l'Etat où la seconde banque a son établissement et ainsi, du point de vue de la première banque et du donneur d'ordre, par une législation étrangère dont il est difficile d'évaluer l'effet. La question de savoir si la seconde banque a une obligation de diligence envers la première (et peut-être, indirectement, envers le donneur d'ordre) peut devoir être déterminée par cette même loi étrangère ou par la loi de l'Etat où la première banque a son établissement, selon que l'obligation découle de la responsabilité contractuelle ou de la responsabilité délictuelle (voir, ci-après, par. 98 et 99).

71. On a conclu, à l'issue d'une étude portant sur environ 60 décisions rendues dans des affaires de garantie indirecte dans lesquelles la fraude avait été alléguée, qu'"il est très rare que les tribunaux se soucient de soulever la question du droit international privé" et que les "tribunaux qui ont noté pour la forme que la garantie était régie par une loi étrangère ont à l'évidence appliqué, en matière de fraude, des notions qui sans être nécessairement "chauvines" étaient les leurs"<sup>109</sup>. On a aussi conclu que si la règle exigeant que soit rapportée la preuve que la seconde banque avait connaissance de la fraude du bénéficiaire ultime était suivie avec constance par les tribunaux anglais, elle n'était pas, sur le continent, aussi fermement établie dans la jurisprudence que dans la doctrine. Si dans certaines décisions la position du tribunal quant à la connaissance

<sup>106</sup>Voir, par exemple, *Landgericht Dortmund*, 9 juillet 1980, *Wertpapier-Mitteilungen* 1981, 280; *Cour d'appel de Paris*, 2 juin 1982, *Daloz* 1983, 437; *Cour d'appel de Paris*, 18 novembre 1986, *Daloz* 1988 *Somm.* 247.

<sup>107</sup>Voir, par exemple, von Westphalen, *ibid.* (note 87) p. 252.

<sup>108</sup>Voir, par exemple, *Bundesgerichtshof*, *ibid.* (note 104); *Cour de cassation*, 10 juin 1986, *Daloz* 1987, 17.

<sup>109</sup>Voir, par exemple, Bertrams, *ibid.* (note 40) p. 351.

<sup>104</sup>Voir, par exemple, *Cour de cassation*, 11 décembre 1985, *Daloz*, 1986, 214; *Bundesgerichtshof*, 12 mars 1984, *Wertpapier-Mitteilungen* 1984, 689.

<sup>105</sup>Voir, par exemple, *Cour d'appel de Paris*, 21 janvier 1987, *Daloz* 1987 I.R. 176.

qu'avait la seconde banque était fondée sur des preuves solides<sup>110</sup>, certains tribunaux semblaient ne pas avoir examiné l'attitude de la seconde banque et d'autres, une fois la fraude du bénéficiaire ultime établie à leur satisfaction, avaient déduit que la seconde banque avait eu connaissance de cette fraude à partir de faits qui n'étaient pas toujours révélés ni concluants<sup>111</sup>.

72. L'inclusion dans la loi uniforme d'une disposition définissant l'effet de la fraude ou de l'abus du bénéficiaire ultime sur l'obligation de paiement de la première banque contribuerait très utilement à assurer l'uniformité et la certitude juridiques souhaitées. Outre qu'il est nécessaire de définir cet effet, y compris les conditions de l'opposabilité de l'exception de fraude dans la relation entre la première et la seconde banque, il faut aussi envisager les questions procédurales complexes que posent les mesures conservatoires pouvant être ordonnées à l'encontre de la première et de la seconde banque (voir par. 90 à 114 ci-après).

### C. Conclusions provisoires

73. On espère qu'en dépit de son caractère fragmentaire et général l'examen qui précède de la fraude, de l'abus et de concepts similaires et de leur application par les tribunaux de divers pays aidera le Groupe de travail dans ses travaux. Si des disparités considérables ont été mises en évidence, il existe un degré remarquable de similarité entre les pays où les tribunaux, spécialement au cours de la dernière décennie, ont développé et affiné les règles juridiques relatives à l'exception de fraude en matière de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by<sup>112</sup>. Toutefois, même dans un pays donné, on trouvera plus de disparités et d'incertitudes si l'on examine toutes les décisions avec l'extrême variété de situations de faits et de cadres procédurales qu'elles impliquent. Surtout, il reste beaucoup de pays dans lesquels les tribunaux n'ont pas encore eu l'occasion de développer et d'affiner le droit en la matière.

74. C'est pour toutes ces raisons que le Groupe de travail pourra souhaiter élaborer, en ce qui concerne l'exception de fraude, des dispositions assurant la certitude et l'uniformité juridiques. Pour trouver des solutions acceptables, il pourra s'inspirer des conditions ou critères mis au point dans certains pays. Toutefois, le choix entre un texte et un autre, entre une condition rigoureuse et une qui l'est moins, n'est pas un choix entre le vrai et le faux mais dépend essentiellement de ce que doit être la portée exacte de l'exception de fraude compte tenu des intérêts contradictoires des parties en cause. En outre, ce qui compte n'est

pas tant telle ou telle condition que l'ensemble des règles sur l'exception de fraude, comme l'illustre la générosité relative de l'admission de l'exception d'abus dans les pays de droit civil, une générosité compensée ou tempérée par les conditions auxquelles l'abus doit satisfaire, exprimées par des expressions telles que "manifeste", "évident" ou "établi par des preuves concrètes".

75. En vue de mettre au point des dispositions acceptables sur l'exception de fraude, le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions ci-après :

1. Quelle conduite du bénéficiaire ou autres faits constituent la fraude ou l'abus ?

a) Une définition générale doit-elle être limitée par un critère subjectif (par exemple, intention de nuire, malhonnêteté, mauvaise foi) ou doit-elle, selon l'attitude qui prévaut parmi les tribunaux, être fondée sur des critères objectifs pouvant être plus faciles à établir (par exemple, absence de fondement plausible, but de la demande sans rapport avec le risque couvert) ?

b) Une définition générale doit-elle être accompagnée d'une liste des situations pouvant constituer le fondement de la fraude ou de l'abus (recouvrant toutes les situations examinées aux paragraphes 39 à 70 ou certaines d'entre elles) et, dans l'affirmative, cette liste doit-elle être indicative ou exhaustive ?

2. A quel critère la preuve doit-elle satisfaire ?

a) En ce qui concerne la connaissance permettant au garant de refuser le paiement, doit-on utiliser l'un des termes ci-dessus (par exemple, évident, certain, évident pour chacun, manifeste ou établi par une preuve concrète) ou peut-on trouver un autre terme plus approprié ?

b) Ce critère doit-il être limité à la question du refus spontané du garant ou doit-il aussi s'appliquer aux ordonnances faisant défense au garant de payer ou au bénéficiaire de demander ou de recevoir le paiement ? (On pourrait examiner cette question après avoir examiné les aspects procédurales des mesures conservatoires, voir paragraphes 90 à 114 ci-après).

3. Quelles considérations particulières s'appliquent à l'exception de fraude opposable par un contre-garant en cas de fraude ou d'abus du bénéficiaire ?

a) La fraude ou l'abus sont-ils pertinents en l'absence de collusion entre le bénéficiaire ultime et la seconde banque ?

b) Dans l'affirmative, à quelles conditions la conduite du bénéficiaire ultime permet-elle à la première banque/au contre-garant d'opposer l'exception de fraude (par exemple, connaissance de la seconde banque, droit reconnu de la seconde banque de refuser le paiement, obligation de la seconde banque de refuser le paiement, certitude de la seconde banque quant à la possibilité d'établir les points qui précèdent dans une procédure avec le bénéficiaire ultime, connaissance par la première banque de tous les points qui précèdent) ?

<sup>110</sup>Voir, par exemple, *Cour de justice civile de Genève*, 12 septembre 1985, *Dalloz* 1985 I.R. 165 (connaissance attestée par une ordonnance faisant défense de payer rendue par un tribunal local à l'encontre de la deuxième banque); *Landgericht Düsseldorf*, 9 août 1984, *Recht der internationalen Wirtschaft* 1985, 77 (connaissance attestée par le fait que la deuxième banque avait reçu copie d'une sentence arbitrale ordonnant au bénéficiaire de retourner la garantie).

<sup>111</sup>Bertrams, *ibid.* (note 40) p. 353 et 355.

<sup>112</sup>Voir, par exemple, Horn/Wymeersch, *ibid.* (note 40), p. 529.

4. Quel type de personnes devrait être protégé contre l'exception de fraude ?

a) Le bénéficiaire innocent est-il protégé et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances ?

b) Pour ce qui est des autres personnes (par exemple, le cessionnaire, le porteur protégé d'une lettre de change), l'approche proposée par le Groupe de travail chargé d'étudier l'article 5 du CCU (voir paragraphe 18 ci-dessus), par exemple, est-elle appropriée pour la loi uniforme ?

## II. AUTRES MOTIFS DE NON-PAIEMENT

### A. Invalidité, nullité ou caractère inexécutable de l'obligation de paiement

76. Lorsqu'une demande est conforme aux termes de la lettre de garantie et que l'obligation de paiement ne s'est pas éteinte par résiliation, libération ou décharge avant la date d'expiration, il peut exister d'autres motifs de refus de payer que l'exception de fraude examinée ci-dessus. Un motif fondamental de refus serait que l'engagement du garant est nul ou annulable au regard de la loi applicable aux questions de validité substantielle. Des conséquences juridiques de ce type peuvent découler d'actes du bénéficiaire (par exemple, la contrainte, le dol, des allégations fallacieuses) ou de faits imputables aux garants (par exemple, erreur)<sup>113</sup>.

77. Selon la loi applicable, de telles conséquences juridiques peuvent aussi découler du fait que l'engagement, ou son exécution, serait contraire à l'ordre public, en violation d'une prohibition légale, immoral ou autrement illégal<sup>114</sup>. Toutefois, au moins certaines de ces raisons peuvent, dans d'autres pays, ne pas entraîner l'invalidité de l'engagement de paiement mais seulement son inopposabilité, ou peut-être en rendre l'exécution impossible avec les diverses conséquences que cela entraîne. Un exemple en serait la violation d'une loi nationale relative à la monnaie de paiement, si le montant de la garantie est payable en monnaie locale, ou de la réglementation sur les changes, si elle est payable en monnaie étrangère. On peut estimer à cet égard que l'existence d'une limitation ou interdiction en matière de change empêchant le donneur d'ordre de rembourser le garant serait aussi peu pertinente en ce qui concerne l'obligation de paiement de ce dernier que, par exemple, l'insolvabilité du donneur d'ordre<sup>115</sup>.

78. Un autre cas dont ont connu les tribunaux concernait la violation de l'article VIII paragraphe 2 b de l'Accord de Bretton Woods<sup>116</sup>. Comme on l'a noté (par. 57 et 58 ci-

dessus), si une telle violation n'affecte que l'opération de base (par exemple l'obligation de paiement dans un contrat de vente ou un marché de travaux), elle peut être à l'origine d'une demande abusive au titre de la garantie; toutefois, si la violation de cet accord s'étend à l'engagement du garant, le paiement sera refusé parce que cet engagement est considéré comme invalide ou inexécutable<sup>117</sup>.

79. Comme l'a jugé la Chambre des lords, il en va de même dans le cas d'une lettre de crédit commerciale même si le contrat de vente sous-jacent, qualifié entre autres d'"opération monétaire déguisée", n'est pas illégal au regard de la loi de l'Etat où il doit être exécuté par le paiement de la lettre de crédit (en l'espèce le droit anglais); toujours selon ce jugement, "la banque, si elle avait eu connaissance... de l'opération monétaire à laquelle se livrait l'acheteur aurait été fondée à refuser le paiement... mais... aucune disposition du droit anglais ne lui interdit de payer volontairement..."<sup>118</sup>. Sur ce dernier point, les tribunaux d'autres pays pourraient juger différemment, à savoir que dans un tel cas la banque est tenue de refuser de payer<sup>119</sup>.

### B. Compensation avec des créances du garant

80. La possibilité d'invoquer une créance sur le bénéficiaire dans le cadre d'une compensation peut être examinée ici comme motif de refus de paiement, même si elle n'équivaut pas à nier la légitimité de la demande du bénéficiaire mais peut être considérée comme un moyen de s'acquitter d'une dette. Lorsque l'on examine l'admissibilité d'une compensation, il faut distinguer entre les propres créances du garant et celles que le donneur d'ordre peut lui avoir cédé et qui seront généralement liées à l'opération de base.

81. Pour commencer par ce dernier type de créances, l'attitude des tribunaux de loin la plus fréquente est de ne pas autoriser la compensation par le garant, même si la condition générale à laquelle la compensation est subordonnée est remplie, à savoir que la créance est liquide ou incontestée et certaine<sup>120</sup>. Néanmoins, des tribunaux ont parfois jugé autrement<sup>121</sup>. On peut mentionner sur ce point que le fait que le donneur d'ordre a une créance liquide ou certaine découlant de l'opération de base et n'ayant pas été cédée au garant a été considéré, souvent associé à l'exécution totale de son obligation contractuelle par le donneur d'ordre, comme un fondement possible de la fraude ou de l'abus<sup>122</sup>.

82. Pour ce qui est des propres créances du garant, il convient de préciser d'emblée, et cela limite quelque peu le

<sup>113</sup>Voir, par exemple, von Westphalen, *ibid.*, (note 87) p. 181.

<sup>114</sup>*UCM (Investments) v. Royal Bank of Canada*, *ibid.* (note 33), p. 729 à 730.

<sup>115</sup>Voir, par exemple, von Westphalen, *ibid.* (note 87), p. 181.

<sup>120</sup>Voir, par exemple, *Bundesgerichtshof*, 14 octobre 1982, *Wertpapier-Mitteilungen* 1982, 1325; *Rechtbank Haarlem*, 9 janvier 1987, *Kort Ged-ing* 1987, 85.

<sup>121</sup>Voir, par exemple, *Rechtbank Amsterdam*, 7 mars 1985, *Kort Ged-ing* 1985, 87.

<sup>122</sup>Voir, par exemple, von Westphalen, *ibid.*, (note 87), p. 396 et 397; *Bertrams*, *ibid.* (note 40), p. 322.

<sup>113</sup>Voir, par exemple, von Westphalen, *ibid.* (note 87), p. 175; Richter, *ibid.* (note 46), p. 225.

<sup>114</sup>*Idem.*

<sup>115</sup>Voir, par exemple, von Westphalen, *ibid.* (note 87) p. 179; Richter, *ibid.*, (note 46) p. 224.

<sup>116</sup>Cet article VIII 2 b contient notamment la disposition suivante : "Les contrats de change qui portent sur la monnaie d'un Etat membre et qui sont contraires à la réglementation sur le contrôle des changes que cet Etat membre maintient ou impose en conformité du présent accord ne seront exécutoires sur les territoires d'aucun Etat membre".

problème, qu'une clause peut autoriser ou interdire la compensation par le garant. Si les clauses autorisant expressément la compensation sont probablement très rares dans les garanties ou les lettres de crédit stand-by, on peut néanmoins en trouver dans les conventions bancaires y relatives, y compris les conditions générales, liant par exemple la seconde banque et le bénéficiaire ultime, dans le cas d'une garantie indirecte, ou la première et la seconde banque dans le cas d'une contre-garantie. En ce qui concerne cette dernière relation, on a proposé que la question de la compensation soit réglée selon les pratiques bancaires internationales<sup>123</sup>. Les clauses interdisant expressément au garant d'opposer la compensation sont probablement rares. Il est pour le moins douteux que l'on puisse lire une prohibition implicite dans des expressions de caractère général telles que "renonçant à toutes exceptions" ou "sans condition ni exception"; la réponse devrait être la même que pour toute autre garantie payable à première demande.

83. La réponse donnée par les tribunaux et les commentateurs est loin d'être uniforme. Certains jugent la compensation impossible étant donné que le garant, lorsqu'il exécute son obligation, qui découle des instructions du donneur d'ordre ou de la partie ordonnatrice, ne doit pas être guidé par son propre intérêt et que le bénéficiaire, compte tenu de la fonction de sûreté et de liquidité de la garantie à première demande, a droit à être effectivement payé<sup>124</sup>. De plus, si la compensation est autorisée, les bénéficiaires accepteront moins facilement la garantie des banques avec lesquelles ils ont des relations ou risquent, s'ils ne sont pas satisfaits, de prendre des mesures de représailles contre les donneurs d'ordre.

84. Une autre attitude, souvent fondée sur le droit général de la compensation, consiste à autoriser le garant à s'acquitter de son obligation de paiement par une compensation avec ses propres créances au motif que la fonction de liquidité de la garantie ne concerne pas la question de la compensation mais seulement celle de la fraude ou de l'abus<sup>125</sup>. Un juge anglais a invoqué une raison similaire dans une affaire où un réseau d'opérations financières comprenait une lettre de crédit stand-by : "la présente affaire présente deux traits marquants. Premièrement, la lettre de crédit stand-by a été ouverte dans le but précis de financer les dettes des opérations sur cargaison sèche, de telle manière qu'il semblerait très injuste que la banque ne soit pas autorisée à effectuer une compensation vis-à-vis des présentes créances qui découlent directement des mêmes opérations. Deuxièmement, il s'agit d'une compensation liquidée, et il me semblerait anormal qu'une telle compensation ne soit pas possible dans les affaires de lettres de crédit mais le soit au titre des lettres de change, qui

leur ressemblent beaucoup en ce qu'elles aussi sont pratiquement équivalentes à des espèces<sup>126</sup>.

85. Une position intermédiaire consiste à autoriser la compensation dans certaines circonstances seulement. On a par exemple jugé qu'une prohibition générale de la compensation, fondée sur une convention implicite à cet effet, ne s'appliquait pas lorsque le bénéficiaire était insolvable et qu'autrement la banque serait probablement dans l'incapacité de réaliser sa créance<sup>127</sup>. La Cour Suprême allemande a jugé que la compensation était possible dans une affaire de garantie de paiement (garantissant le paiement du prix d'achat), au motif qu'une telle garantie avait principalement une fonction de sûreté et, en dehors de cela, parce qu'il n'y avait aucune raison de placer le bénéficiaire dans une meilleure position que celle qui aurait été la sienne en cas d'exécution régulière de l'obligation de payer le prix d'achat dont il était possible de se libérer par une compensation<sup>128</sup>. La Cour a indiqué que la compensation pouvait être impossible s'agissant d'autres garanties, notamment les garanties de bonne fin, celles-ci pouvant relever de la fonction de liquidité, c'est-à-dire servir à fournir au bénéficiaire des fonds aisément disponibles pour remédier aux éventuels défauts<sup>129</sup>.

### C. Conclusions provisoires

86. L'objectif des travaux du Groupe de travail ne doit pas nécessairement être de trouver des solutions acceptables aux questions ci-dessus concernant l'invalidité, la nullité ou l'inexécutabilité; le Groupe de travail devrait plutôt se demander, à titre préliminaire, si des questions de ce type ont bien leur place dans la loi uniforme. On se souviendra qu'à la douzième session du Groupe de travail on avait estimé "qu'il s'agissait là d'un domaine complexe dans lequel il valait mieux laisser s'appliquer les préceptes existants du droit général des contrats. Du débat qui a suivi, il est ressorti que certains aspects du problème semblaient, plus que d'autres, pouvoir être traités de façon appropriée dans la loi uniforme" (A/CN.9/316, par. 157). Par exemple, "des doutes ont été exprimés quant à la question de savoir si la loi uniforme pourrait traiter adéquatement des problèmes soulevés par la présence dans des systèmes juridiques nationaux de principes 'particulièrement impératifs' et on a suggéré qu'au moins à cet égard la loi uniforme se limite à l'exécution de la garantie. Il a été suggéré en outre que la loi uniforme indique certains cas dans lesquels le droit interne resterait applicable" (A/CN.9/316, par. 160).

87. Pour commencer par cette dernière suggestion, on peut estimer qu'une référence générale ou détaillée aux autres motifs possibles de refus de paiement serait utile,

<sup>123</sup>Bertrams, *ibid.* (note 40), p. 271 (soulignant la difficulté tenant au fait qu'actuellement il ne semble pas exister de pratiques bien établies et que la loi régissant la compensation est difficile à déterminer, si l'on songe que la demande reconventionnelle et la demande de paiement peuvent être soumises à des lois différentes).

<sup>124</sup>Voir, par exemple, *Landgericht Frankfurt*, 21 septembre 1983, *Wertpapier-Mitteilungen* 1984, 86; Richter, *ibid.* (note 46), p. 225; Bertrams, *ibid.* (note 40), p. 269 et 270.

<sup>125</sup>Voir, par exemple, *Tribunal de Commerce de Bruxelles*, 18 avril 1985, *Revue de Droit Commercial Belge* 1985, 729; Kleiner, *ibid.* (note 73) p. 198.

<sup>126</sup>*The Hong Kong and Shanghai Banking Corp. v. Kloeckner & Co. A.G., Q.B.*, [1989] 2 *Lloyd's Rep.* 323, 323 (Hirst J.).

<sup>127</sup>*Oberlandesgericht Frankfurt*, 26 juin 1984, *Wertpapier-Mitteilungen* 1984, 1021.

<sup>128</sup>*Bundesgericht Frankfurt*, 22 avril 1985, *Wertpapier-Mitteilungen* 1985, 685 (cette décision a trait à la même affaire que les décisions visées aux notes 124 et 127).

<sup>129</sup>Von Westphalen, *ibid.* (note 87) p. 178, considère que la compensation devrait être interdite dans le cadre de toutes ces autres garanties puisqu'elles relèvent toujours de la fonction de liquidité.

voire nécessaire, pour éviter tout malentendu quant à la principale règle de la loi uniforme, à savoir que le garant est tenu de payer sur présentation d'une demande conforme à la lettre de garantie, à moins que l'exception de fraude ne s'applique.

88. Pour ce qui est de la question fondamentale de savoir si la loi uniforme doit traiter des autres motifs de refus de paiement ou d'au moins certains d'entre eux, le Groupe de travail pourra souhaiter orienter ses travaux compte tenu des observations ci-après. Il pourra souhaiter adopter l'approche utilisée dans d'autres textes juridiques issus des travaux de la Commission et s'abstenir de traiter des questions de validité ou de nullité visées au paragraphe 76 ou, par exemple, de l'impossibilité d'exécuter en raison de l'insolvabilité ou d'autres obstacles. Il pourra aussi vouloir s'abstenir d'examiner des questions qui, si elles ne sont pas étrangères à la matière couverte par la loi uniforme, ne se prêtent pas à des solutions simples acceptables au plan mondial, par exemple celles de l'impact de l'ordre public et en particulier des principes "particulièrement impératifs" du droit visés ci-dessus (par. 86).

89. Le Groupe de travail pourra par contre souhaiter traiter des questions qui sont d'un intérêt particulier compte tenu du domaine qui est celui de la loi uniforme (par exemple, le contrôle des changes). Certitude et uniformité semblent être particulièrement nécessaires s'agissant des questions qui ont donné lieu à des décisions divergentes ou à propos desquelles les règles générales du droit ne semblent pas tenir dûment compte de la spécificité de l'engagement indépendant du garant. L'obligation de refuser le paiement en cas d'obligation inexécutable (voir ci-dessus par. 77 à 79) et la question de la compensation avec les créances du garant (par. 80 à 85) entrent dans cette dernière catégorie.

### III. MESURES CONSERVATOIRES ET AUTRES MESURES JUDICIAIRES

90. Comme indiqué incidemment à l'occasion de l'examen de l'exception de fraude (par exemple aux par. 19 à 21, 27, 38 et 71), la question de la fraude ou de l'abus manifestes est pertinente non seulement s'agissant de la décision du garant de payer ou non le bénéficiaire mais aussi, et plus fréquemment, dans le contexte des mesures conservatoires que le donneur d'ordre demande à un tribunal d'ordonner. Le donneur d'ordre peut tenter de se prémunir contre le paiement en demandant à un tribunal d'interdire au garant de payer ou au bénéficiaire de demander ou de recevoir le paiement; il peut aussi tenter d'empêcher le paiement en demandant la saisie de la créance du bénéficiaire ou le blocage des fonds.

91. Avant d'examiner les aspects procéduraux de ces mesures judiciaires, on notera que la question de la fraude ou de l'abus peut aussi être pertinente dans d'autres contextes procéduraux. Par exemple, l'exception de fraude peut aussi être invoquée à l'occasion d'une action intentée par le bénéficiaire contre le garant pour refus de paiement fautif, visant éventuellement à obtenir une ordonnance avant dire droit ordonnant le paiement, ou d'une demande en paiement d'intérêts ou autres dommages-intérêts en cas de

paiement tardif. L'exception de fraude peut aussi devenir pertinente dans les instances opposant le donneur d'ordre au garant, lorsque la question du remboursement dépend du point de savoir si le garant était justifié à payer en dépit d'allégations de fraude ou d'abus. De telles instances peuvent être plus compliquées lorsque le garant a payé malgré une ordonnance lui faisant défense de payer ou lorsqu'il a obéi à une telle ordonnance et que celle-ci a été réformée en appel ou a été rendue caduque par une action au fond<sup>130</sup>.

#### A. Mesures conservatoires faisant défense de payer

##### 1. Conditions et autres aspects procéduraux des mesures conservatoires en général

92. La plupart des pays, et certainement tous ceux dont on a cité la jurisprudence lorsque l'on a examiné l'exception de fraude, prévoient dans leurs lois de procédures des mesures conservatoires ou autres mesures avant dire droit en cas d'urgence (par exemple en France l'"ordonnance de référé", en Allemagne l'"*einstweilige Verfügung*", aux Pays-Bas la "*kort geding*", en Italie le "*provvedimento di urgenza*"). Les procédures régissant ces mesures varient considérablement selon les pays, et souvent dans les Etats fédéraux, selon les subdivisions, en ce qui concerne des questions comme la durée probable de la procédure et l'effet des mesures préliminaires, la possibilité d'obtenir des ordonnances sur requête en cas d'extrême urgence ou la recevabilité de certains moyens de preuve (par exemple, les attestations).

93. Il suffit toutefois, aux fins de l'examen ci-après, de constater la similarité des conditions de base qui doivent être satisfaites pour l'obtention de mesures conservatoires dans divers pays. Par exemple, comme indiqué ci-dessus (par. 20), les tribunaux des Etats-Unis ont tendance à exiger que le succès probable au fond soit établi, que le danger d'un préjudice irréparable soit démontré, que la partie qui demande la mesure conservatoire soit nettement la plus exposée<sup>131</sup>, et parfois aussi l'existence d'un intérêt public<sup>132</sup>. De même, aux termes de l'article 700 du Code de procédure civile italien, il est nécessaire pour obtenir une mesure conservatoire de démontrer le succès probable au fond et l'imminence d'un préjudice irréparable<sup>133</sup>. Pour ne mentionner qu'un seul autre exemple, en Allemagne, aux termes des articles 935 ou 940 du Code de procédure civile, des mesures conservatoires nécessitent la probabilité du droit ou de la position juridique du demandeur ainsi que d'un préjudice grave. Pour déterminer le préjudice grave ou irréparable, les tribunaux tendent à tenir compte de facteurs qui, dans les pays de *common law*, sont désignés par des expressions telles que "*balance of hardship*", "*balance of convenience*" ou "*public interest*".

<sup>130</sup>Pour plus de détails voir par exemple Vasseur, *ibid.* (note 42), p. 370 et 371; Richter, *ibid.* (note 46), p. 284 à 287; von Westphalen, *ibid.* (note 87), p. 293.

<sup>131</sup>Voir, par exemple, *Caulfield v. Board of education*, 583 F.2d 605 (11th Cir. 1978).

<sup>132</sup>Voir, par exemple, *Harris corp v. National Iranian Radio and Television*, 691 F.2d 1344 (11th Cir. 1982); voir également le rapport du Groupe de travail (note 4), p. 69 à 71.

<sup>133</sup>Voir, par exemple, Costa, *ibid.* (note 41), p. 203 à 205.

94. Si les mesures conservatoires sont donc généralement connues et subordonnées à des conditions en substance similaires dans les divers pays, l'attitude des tribunaux s'agissant d'ordonner de telles mesures en faveur des donneurs d'ordre est loin d'être uniforme. Comme il ressort de l'examen ci-après de l'attitude des tribunaux en ce qui concerne les diverses conditions dans le contexte des garanties indépendantes et des lettres de crédit stand-by, cette attitude varie d'un refus général (récemment en Allemagne) ou d'une réticence considérable (en Angleterre) à une controverse (par exemple, en Suisse) et une attitude plus favorable à des degrés divers (dans d'autres pays).

## 2. Observations particulières concernant les ordonnances faisant défense de payer

95. Pour commencer par la question la moins complexe, on peut se demander si une mesure conservatoire peut être ordonnée alors même que le bénéficiaire n'a pas encore demandé le paiement. Si certains tribunaux ont à l'occasion refusé d'ordonner des mesures conservatoires dans de telles circonstances parce qu'ils les jugeaient prématurées faute d'urgence, l'attitude inverse est celle qui prévaut et que l'on doit préférer, au moins lorsque le bénéficiaire a annoncé qu'il allait appeler la garantie ou a menacé de le faire<sup>134</sup>. L'intérêt qu'a le donneur d'ordre d'obtenir d'emblée une mesure conservatoire est particulièrement évident dans les pays où le garant n'est pas tenu de l'aviser qu'il a reçu une demande si la convention qui les lie ne le prévoit pas (par exemple, la France<sup>135</sup>, l'Angleterre<sup>136</sup>, les Etats-Unis, où, pour cette raison, les "notice injunctions" ont vu le jour<sup>137</sup>). Pourtant, on ne devrait pas catégoriquement refuser d'ordonner une mesure conservatoire demandée tôt même si le garant est tenu d'aviser le donneur d'ordre, comme le prévoit l'article 17 des RUGD (question examinée dans le document A/CN.9/WG.II/WP.68, par. 61 et 63).

96. En ce qui concerne la question fondamentale du traitement judiciaire des conditions essentielles des mesures conservatoires, on notera que souvent les tribunaux n'examinent pas toutes ces conditions pour ordonner une mesure conservatoire, et encore moins pour la refuser. De plus, il est fréquent qu'ils exposent leurs motifs sans les attribuer à une condition particulière. Comme il ressort de la majorité des décisions qui ont été mentionnées à l'occasion de l'examen de l'exception de fraude, la question la plus cruciale, celle qui détermine le sort que connaîtra la demande du donneur d'ordre, semble être de savoir si le caractère manifeste ou évident de la fraude ou de l'abus a été établi. Comme on l'a dit (voir par exemple par. 19 à 21, 27, 38 et 71), dans le cadre des procédures préliminaires, l'accent est plus placé sur l'établissement de ce caractère à la satisfaction du tribunal que sur la connaissance qu'avait le garant, comme cela serait crucial pour la décision du garant de payer ou de refuser de payer.

<sup>134</sup>Voir, par exemple, Bertrams, *ibid.* (note 40), p. 337 et 338.

<sup>135</sup>Vasseur, *ibid.* (note 42), p. 370.

<sup>136</sup>Voir, par exemple, *Esal (Commodities) Ltd. Reltor Ltd. v. Oriental Credit*, *ibid.* (note 83), excepté en cas de relations habituelles permettant de déduire une convention implicite.

<sup>137</sup>Voir, par exemple, *Stromberg Carlson Corp. v. Bank Mellé*, 467 F. Supp. 530 (SDNY 1979).

## a) Action fondée sur la violation imminente d'une obligation

97. Les lois nationales de procédure régissant les mesures conservatoires reflètent en substance les déclarations ci-après faites par des magistrats anglais : "Il est communément admis que les tribunaux ne peuvent intervenir que par le biais d'une mesure conservatoire pour prévenir la violation alléguée d'une obligation juridique dont le défendeur est débiteur à l'égard du demandeur, ou par le biais d'une mesure avant dire droit demandée par une partie à une instance qui fait valoir un droit contre l'autre partie"<sup>138</sup>, "le droit d'obtenir une mesure interlocutoire est seulement accessoire et incident à l'action préexistante"<sup>139</sup>. Lorsque le donneur d'ordre demande qu'il soit fait défense au garant de payer en invoquant la fraude ou l'abus du bénéficiaire, l'action en question ne pourrait être qu'une demande formée contre le garant pour l'empêcher de payer en présence d'un abus, car payer reviendrait pour ce dernier à violer une obligation dont il est débiteur à l'égard du donneur d'ordre<sup>140</sup>.

98. Cette obligation du garant découle principalement de la convention de remboursement ou autre convention bancaire qui le lie au donneur d'ordre et est considérée comme une obligation fiduciaire ou une obligation accessoire de diligence<sup>141</sup>. L'obligation du garant de protéger les intérêts financiers du donneur d'ordre lorsque la demande du bénéficiaire est manifestement abusive est d'autant plus justifiée que le bénéficiaire n'a pas droit au paiement du fait que l'abus constitue une limite inhérente à son droit et transforme celui-ci en une position juridique purement formelle<sup>142</sup>.

99. Lorsque, dans le cas d'une garantie indirecte, le donneur d'ordre demande que soit rendue une ordonnance faisant défense à la seconde banque de payer, l'action ne peut être fondée sur une obligation contractuelle puisqu'il n'y a pas de lien contractuel entre cette banque et le donneur d'ordre. Dans un tel cas, une obligation de diligence découlant de la responsabilité pour négligence peut être pertinente, comme l'a reconnu une décision anglaise : "On peut arguer qu'une banque a une obligation de diligence envers la partie qui, à la fin de la chaîne, a la responsabilité ultime de ne pas payer au titre d'une garantie de bonne fin s'il ressort clairement des informations qui sont alors à sa disposition que la demande du bénéficiaire est frauduleuse, car c'est la partie qui est à la fin de la chaîne qui risque de supporter le préjudice ultime"<sup>143</sup>.

<sup>138</sup>*United Trading v. Allied Arab Bank, C.A.* [1985] 2 *Lloyd's Rep.* 559 (Ackner, L.J.).

<sup>139</sup>*The Siskina, H.L.* [1978] 1 *Lloyd's Rep.* 6 (Lord Diplock).

<sup>140</sup>Voir, par exemple, Bertrams, *ibid.* (note 40), p. 339; toutefois, Richter, *ibid.* (note 46), p. 279 à 280, évoquant une décision suisse (BGE 100 II 151), mentionne la possibilité d'une mesure conservatoire, fondée sur une action contre le bénéficiaire, prise à l'encontre du garant en tant que tiers, en particulier au motif que le donneur d'ordre est lié à ce tiers par une relation contractuelle étroitement liée à l'opération de base.

<sup>141</sup>Voir, par exemple, *Landgericht Frankfurt*, 11 décembre 1979, *Wertpapier-Mitteilungen* 1981, 284; von Westphalen, *ibid.* (note 87), p. 262 et 270.

<sup>142</sup>Voir, par exemple, *Bundesgerichtshof*, 12 mars 1984, *Wertpapier-Mitteilungen* 1984, 684.

<sup>143</sup>*United Trading v. Allied Arab Bank, C.A.*, [1985] 2 *Lloyd's Rep.* 560 (Ackner, L.J.).

100. Certains tribunaux ont nié l'existence d'une obligation de ne pas payer en cas de demande abusive, considérant qu'il pouvait y avoir violation d'une obligation dans le fait de demander le remboursement ou de débiter le compte du donneur d'ordre mais non dans le fait de payer le bénéficiaire, et que le donneur d'ordre n'avait rien à craindre du fait que le garant n'avait pas droit au remboursement s'il avait payé sur une demande manifestement abusive<sup>144</sup>. Les autres considérations qui ont motivé les décisions en question concernent au premier chef le caractère indépendant de l'engagement du garant et l'attitude de la banque.

b) *Préjudice irréparable et mise en balance des préjudices (balance of convenience)*

101. Les décisions visées au paragraphe précédent soulignent l'importance du principe "payer d'abord, faire un procès ensuite" et du caractère abstrait ou indépendant de l'engagement du garant, et concluent que le garant doit seul ("de manière autonome") décider de payer ou de ne pas payer, sans suivre les instructions du donneur d'ordre. Une mesure conservatoire à l'encontre du garant constituerait une ingérence dans une relation à laquelle le donneur d'ordre n'est pas partie, et serait contraire aux intérêts du bénéficiaire qui n'est pas partie à la procédure préliminaire et qui n'est donc pas en mesure de faire valoir ses arguments.

102. Les arguments ci-dessus ont été avancées par d'autres tribunaux pour justifier la plus extrême prudence dans le cadre des procédures préliminaires. Un juge anglais, par exemple, sans nier l'obligation du garant de refuser le paiement sur une demande manifestement frauduleuse, a jugé que les ordonnances faisant défense de payer n'étaient pas appropriées du fait qu'elles constituaient une ingérence dans l'exécution de ses obligations par la banque et que le donneur d'ordre était protégé en cas de manquement à l'obligation en cause parce qu'il pouvait réclamer des dommages et intérêts à la banque<sup>145</sup>. D'autres raisons ont été données dans d'autres décisions ou par des commentateurs, notamment la possibilité d'une atteinte à la réputation internationale de la banque, le risque de mesures de représailles contre les succursales étrangères et la possibilité de décisions judiciaires contraaires à l'étranger.

103. Le fait que la plupart des tribunaux, notamment les tribunaux allemands, belges et anglais ne nient généralement pas que des ordonnances faisant défense de payer puissent être rendues ne signifie pas qu'ils déniaient toute pertinence aux arguments ci-dessus. Selon les circonstances de l'espèce, certains de ces arguments ont en partie motivé des décisions refusant des mesures conservatoires, notamment dans des affaires relatives à des garanties indirectes. Toutefois, ces arguments n'étaient pas perçus comme justifiant un refus catégorique des mesures conservatoires. La raison en est essentiellement la même que celle

déjà notée en ce qui concerne l'action (voir par. 99 et 100 ci-dessus), à savoir l'effet de la fraude ou de l'abus.

104. Pas plus que lorsqu'il s'agit d'admettre l'exception au fond, le caractère indépendant de l'engagement du garant ne peut constituer un obstacle insurmontable s'agissant de la protection procédurale. La conformité avec le fond est attestée par l'uniformité de l'attitude des tribunaux qui refusent de rendre une ordonnance faisant défense de payer lorsque la demande invoque des circonstances de l'opération de base autre que celles qui sont pertinentes pour établir la fraude ou l'abus manifestes.

105. En ce qui concerne la position de la banque et le risque d'une atteinte à sa réputation, on admet que le garant est placé devant un dilemme : soit il honore son engagement envers le bénéficiaire, soit il se soucie des intérêts du donneur d'ordre. Toutefois, en cas de fraude ou d'abus manifestes, il ne serait ni approprié ni équitable soit de donner la priorité aux intérêts du bénéficiaire soit d'accorder au garant, pour défendre sa réputation, le pouvoir autonome de payer alors même que la fraude ou l'abus du bénéficiaire seraient établis par des preuves concrètes<sup>146</sup>. Comme l'a déclaré un magistrat anglais (voir par. 23 ci-dessus), "il ne peut être dans l'intérêt du commerce international ou de la communauté bancaire dans son ensemble" que les lettres de crédit et les garanties de bonne fin soient "utilisées pour commettre une fraude". De plus, l'ordonnance d'un tribunal faisant défense à une banque de payer affecte moins la réputation de celle-ci que son propre refus de payer.

106. A l'argument selon lequel le donneur d'ordre ne justifie d'aucun intérêt pour empêcher le paiement au motif qu'il ne subit aucun préjudice en cas de refus fautif de payer (voir ci-dessus par. 100), on a répondu ce qui suit<sup>147</sup>. Le préjudice subi par le donneur d'ordre intervient avant même que le garant demande le remboursement puisque le fait même de payer le bénéficiaire affaiblit la position juridique du donneur d'ordre. Par exemple, lorsque le donneur d'ordre a un compte auprès du garant, débiter ce compte inverserait la position des parties dans la procédure. Du point de vue procédural, le donneur d'ordre est dans la même situation d'infériorité dans tout procès en dommages-intérêts intenté contre le garant. Surtout, si ultérieurement le donneur réussit à établir la fraude ou l'abus du bénéficiaire mais ne peut prouver que la banque en avait connaissance, il subit un préjudice qui aurait pu être évité<sup>148</sup>.

107. Pour ce qui est de l'objection ci-dessus (par. 101), à savoir que le bénéficiaire ne participe pas à la procédure préliminaire dans le cadre de laquelle l'ordonnance faisant défense de payer est demandée, on notera qu'au moins un tribunal a jugé que le donneur d'ordre n'avait pas d'intérêt juridique s'il n'engageait concurrentement une procédure préliminaire à l'encontre du bénéficiaire<sup>149</sup>, et qu'il semblerait qu'aux Pays-Bas la pratique dominante soit de demander des mesures conservatoires tant contre le garant

<sup>144</sup>Oberlandesgericht Stuttgart, 11 février 1981, *Wertpapier-Mitteilungen* 1981, 631; Oberlandesgericht Frankfurt, 27 avril 1987, *Wertpapier-Mitteilungen* 1988, 1480; de même, Tribunal de Commerce de Bruxelles, 7 novembre 1988, *Dalloz* 1989 Somm. 148.

<sup>145</sup>R. D. Harbottle (Mercantile) Ltd. v. National Westminster Bank Ltd., Q.B., [1977] 2 All.E.R. 862 (per Kerr, J.).

<sup>146</sup>Voir, par exemple, von Westphalen, *ibid.* (note 87) p. 286 à 288.

<sup>147</sup>*Ibid.*, p. 292 à 294.

<sup>148</sup>Voir, par exemple, Bertrams, *ibid.* (note 40) p. 345.

<sup>149</sup>Landgericht Dortmund, 5 avril 1988, *Wertpapier-Mitteilungen* 1988, 1695.

que contre le bénéficiaire<sup>150</sup>. Si le fait que le bénéficiaire n'est pas dans l'instance est généralement considéré comme une objection catégorique à une procédure préliminaire contre le garant, il peut devenir pertinent s'agissant d'évaluer les éléments de preuve présentés par le donneur d'ordre. Par exemple, dans une décision mentionnée précédemment (par. 23, 49 et 99), un tribunal anglais a estimé qu'il ne pouvait considérer le silence du bénéficiaire comme établissant sa culpabilité du fait que ce silence pouvait être motivé par le désir compréhensible de ne pas se soumettre à une compétence autre que celle prévue dans le contrat relatif à l'opération de base<sup>151</sup>.

### B. Mesures conservatoires à l'encontre du bénéficiaire

108. Les ordonnances faisant défense au bénéficiaire de demander ou d'accepter le paiement ou l'obligé à retirer sa demande ne suscitent pas d'objections particulières<sup>152</sup>. S'il convient de reconnaître le caractère indépendant de l'engagement du garant, les considérations ci-dessus concernant la position de la banque et sa relation avec le donneur d'ordre ne s'appliquent pas en ce qui concerne ces ordonnances.

109. Toutefois, il convient de mentionner deux points de procédure qui découlent du fait que l'établissement du bénéficiaire est dans un autre pays que celui du donneur d'ordre. Etant donné que généralement ce sont les tribunaux du lieu d'établissement ou de la résidence de la partie contre laquelle une mesure conservatoire est demandée qui sont compétents<sup>153</sup>, on peut douter qu'une mesure conservatoire puisse être demandée dans un autre pays; il semble que cela soit possible, au moins dans certains pays où, dans le cadre de la procédure susmentionnée (paragraphe 107) tendant à obtenir une mesure conservatoire, le garant et le bénéficiaire sont codéfendeurs.

110. Une deuxième question qui se pose en ce qui concerne une défense de payer contre un garant étranger est celle de savoir si un tribunal, en admettant qu'il soit compétent, refuserait une telle mesure au motif qu'elle aurait peu de chances d'être reconnue à l'étranger. Il semble exister des disparités considérables dans les lois procédurales et l'attitude des tribunaux des divers pays<sup>154</sup>, non seulement en ce qui concerne la pertinence de la reconnaissance à l'étranger de questions telles que l'intérêt juridique du donneur d'ordre ou la mise en balance des préjudices mais aussi en ce qui concerne des questions précises telles que celle de savoir si une mesure conservatoire peut être ordonnée sans aucune sanction qui serait de toute façon inexécutable à l'étranger<sup>155</sup>.

### C. Saisie et mesures analogues

111. Les donneurs d'ordre peuvent tenter d'empêcher le bénéficiaire de tirer profit d'une fraude ou d'un abus en demandant la saisie de la créance de celui-ci contre le garant. Sans entrer dans les détails des différentes conditions procédurales qui doivent être satisfaites dans les divers pays pour que de telles mesures soient ordonnées, on notera que ces tentatives ont rarement été couronnées de succès.

112. Si la saisie est souvent refusée pour les mêmes raisons qu'une défense de payer, à savoir que le donneur d'ordre n'a pas établi l'existence d'une fraude ou d'un abus manifeste donnant naissance à la créance dont il tente d'assurer la satisfaction en demandant la saisie de la créance du bénéficiaire ou le blocage des fonds, dans divers pays les obstacles les plus fréquents ont un caractère plus fondamental. Par exemple, on peut considérer que, comme dans le domaine connexe des lettres de crédit commerciales, le donneur d'ordre a implicitement renoncé à faire obstacle à l'exécution de l'engagement du garant par le moyen d'une saisie<sup>156</sup>, ou que la demande de saisie du donneur d'ordre est nécessairement sans fondement puisque la créance qu'il vise à saisir est, selon ses propres allégations, non existante ou sans valeur ou puisque, selon les mêmes allégations, il n'est pas fondé à demander des dommages-intérêts au bénéficiaire<sup>157</sup>.

### D. Conclusions provisoires

113. La loi uniforme ne jouerait pas son rôle, à savoir renforcer la certitude et l'uniformité juridiques, si elle ne traitait de l'exception de fraude qu'en termes de règles juridiques de fond et n'envisageait pas la question des mesures conservatoires et autres mesures judiciaires; toutefois, il n'est peut-être guère nécessaire de traiter des saisies. Une première raison en est qu'ainsi qu'on l'a noté (par. 90), la question de la fraude ou de l'abus est d'une pertinence pratique majeure dans le contexte des procédures préliminaires. On peut voir une deuxième raison, tout aussi importante, dans la nécessité de traiter de la relation complexe entre le refus de paiement "électif" du garant et l'intervention des tribunaux par le biais de mesures conservatoires, évoquée précédemment (par exemple au paragraphe 28) et traitée à l'article 5-114 du CCU (par. 12).

114. Pour élaborer les dispositions pertinentes de la loi uniforme, le Groupe de travail pourra vouloir tenir compte des considérations ci-après. S'il est légitime d'hésiter à tenter d'uniformiser le droit procédural, on devrait s'efforcer de surmonter ces hésitations en vue d'assurer la certitude et l'uniformité dans l'utilisation des lettres de garantie en tant qu'instruments réellement internationaux. Pour réaliser cet objectif, il faut élaborer des dispositions sur des questions telles que le critère de la preuve et les moyens de preuve admissibles, le droit d'action en tant que fondement des mesures conservatoires, les considérations déterminant le danger qu'un préjudice grave soit causé et la

<sup>150</sup>Bertrams, *ibid.* (note 40) p. 347.

<sup>151</sup>*United Trading v. Allied Arab Bank, C.A.*, [1985] 2 *Lloyd's Rep.* 565 (Ackner, L.J.).

<sup>152</sup>Voir, par exemple, Bertrams, *ibid.* (note 40) p. 338.

<sup>153</sup>Voir, par exemple, Richter, *ibid.* (note 46) p. 283.

<sup>154</sup>Voir, par exemple, Bertrams, *ibid.* (note 40) p. 349 et 350, 360 et 361.

<sup>155</sup>Voir, par exemple, von Westphalen, *ibid.* (note 87) p. 305 et 306.

<sup>156</sup>Voir, par exemple, Vasseur, *ibid.* (note 42) p. 377.

<sup>157</sup>Voir, par exemple, von Westphalen, *ibid.* (note 87) p. 309 à 317.

mise en balance des préjudices (*balance of convenience*) ou des facteurs similaires, l'opportunité de demander une sûreté au donneur d'ordre et d'envisager la consignation auprès du tribunal du montant en litige. De plus, les questions de

la compétence des tribunaux et de la reconnaissance des mesures conservatoires doivent être traitées, par exemple à l'occasion de l'examen de la question du conflit de lois et de la juridiction compétente (A/CN.9/WG.II/WP.71).

**2. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by : examen d'autres questions sur lesquelles pourrait porter une loi uniforme : conflit de lois et juridiction compétente : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.71)  
[Original : anglais]**

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION .....	1-4
I. RÈGLES POSSIBLES EN MATIÈRE DE CONFLITS DE LOIS .....	5-43
A. Distinction entre règle de conflit de lois et règle relative au champ d'application territorial .....	5-9
B. Relations devant être couvertes par des règles de conflit de lois .....	10-12
C. Désignation de la loi applicable .....	13-35
1. Liberté des parties de choisir la loi applicable .....	16-21
2. Détermination de la loi applicable en l'absence de choix des parties	22-35
a) Critère fondamental : le lieu d'établissement du garant .....	23-27
b) Possibilité d'affiner la règle pour les cas mettant en cause plus d'une banque .....	28-35
D. Champ d'application de la loi applicable .....	36-43
II. JURIDICTION COMPÉTENTE .....	44-58
A. Clause compromissoire et clause attributive de compétence .....	46-50
B. Détermination du tribunal compétent en l'absence de choix des parties .	51-55
C. Possibilité d'étendre la compétence au donneur d'ordre .....	56-58

INTRODUCTION

1. La présente note sur le conflit de lois et la juridiction compétente est la quatrième d'une série consacrée à diverses questions sur lesquelles pourrait porter une loi uniforme sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. La troisième note, dont le Groupe de travail est également saisi à sa quinzième session, examine la fraude et les autres motifs de non-paiement, et les injonctions et autres mesures judiciaires (A/CN.9/WG.II/WP.70). Les questions examinées dans la première note, à savoir le champ d'application de la loi uniforme, l'autonomie des parties et ses limites, et les règles d'interprétation (A/CN.9/WG.II/WP.65) ont été examinées par le Groupe de travail à sa treizième session (A/CN.9/330). Les questions examinées dans la deuxième note, c'est-à-dire la modification, le transfert, l'expiration ainsi que les obligations du garant (A/CN.9/WG.II/WP.68) ont été examinées par le Groupe de travail à sa quatorzième session (A/CN.9/342).

2. A sa douzième session (A/CN.9/316, par. 163 à 171), le Groupe de travail a noté que la question de la loi

applicable et de la juridiction compétente se poserait sans doute dans le contexte des garanties internationales et des lettres de crédit commerciales. Bien que certains doutes aient été exprimés, le Groupe de travail a convenu que la loi uniforme devrait traiter la question de la loi applicable, outre la détermination de son propre champ d'application territorial. Le Groupe de travail a aussi examiné le fondement des clauses de règlement des litiges et leur portée. Les avis étaient partagés sur le point de savoir si la loi uniforme devait traiter de la question de la juridiction compétente dans les cas où la garantie ne comportait ni clause compromissoire, ni clause attributive de compétence.

3. Le Groupe de travail est convenu que les questions relatives à la loi applicable, à l'arbitrage et à la juridiction compétente méritaient d'être examinées et étudiées plus en détail. Certaines questions difficiles relatives aux conflits de lois étant en jeu, on a suggéré que le Secrétariat, dans le cadre de ses travaux préparatoires, ait des consultations de travail avec la Conférence de La Haye de droit international privé.

4. Comme suite à cette suggestion, la présente note a été établie en consultation avec le Secrétaire général adjoint de la Conférence de La Haye<sup>1</sup>. Elle est fondée sur les observations formulées au sein du Groupe de travail à sa douzième session et sur les conclusions provisoires auxquelles il est parvenu, et tient compte des débats qui ont eu lieu lors de cette session (A/CN.9/316, par. 111 à 120) sur les articles pertinents du projet de Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties (RUG).

## I. RÈGLES POSSIBLES EN MATIÈRE DE CONFLITS DE LOIS

### A. Distinction entre règle de conflit de lois et règle relative au champ d'application territorial

5. A la quatorzième session du Groupe de travail, on a fait observer au cours du débat sur le projet d'article premier de la loi uniforme que la décision qui serait prise quant au champ d'application territorial de cette loi dépendait à certains égards de la forme — convention ou loi type — sous laquelle la loi uniforme serait finalement adoptée. S'il s'agissait d'une loi type, la question pourrait être réglée par les règles de conflit de lois qui y seraient probablement incluses (A/CN.9/342, par. 16). On peut ajouter que des règles de conflit de lois peuvent être incluses dans la loi uniforme même si celle-ci est adoptée sous la forme d'une convention.

6. Etant donné qu'on n'a pas encore décidé si la loi uniforme sera finalement adoptée sous la forme d'une convention ou d'une loi type, il convient d'avoir les deux possibilités à l'esprit lorsque l'on examine l'opportunité d'y inclure des dispositions relatives aux conflits de lois et éventuellement une règle relative au champ d'application territorial. A cette fin, il faut tenir compte de la différence existant, quant à l'objectif et aux effets, entre des règles de conflit de lois et une règle sur le champ d'application territorial.

7. A la différence des premières, une règle sur le champ d'application territorial a un effet doublement limité. Premièrement, elle ne vise que les situations internationales de fait territorialement rattachées à l'Etat concerné, à savoir l'Etat ou les Etats contractants dans le cas d'une convention ou l'Etat adoptant une législation inspirée de la Loi type. C'est pour cette raison qu'une règle relative au champ

d'application territorial est plus rare — et moins opportune — dans une loi type que dans une convention. Deuxièmement, une telle règle concerne exclusivement les dispositions du texte juridique qui la contient.

8. Par opposition, une règle de conflit de lois vise en premier lieu toutes les situations internationales de fait dans le domaine pertinent, qu'elles soient ou non territorialement rattachées à l'Etat qui a adopté ladite règle. Comme les situations de fait qui sont territorialement rattachées à cet Etat sont elles aussi visées, il serait mal venu qu'une loi type contienne, en plus d'une règle de conflit de lois d'application universelle, une règle sur le champ d'application territorial. Deuxièmement, une règle de conflit de lois contenue dans la loi uniforme ne serait pas nécessairement limitée aux questions traitées dans cette dernière, mais couvrirait toutes les questions qu'elle-même définit comme entrant dans son champ d'application.

9. A cet égard, on se souviendra qu'à l'occasion de l'examen de ce qui constituait alors le projet d'article 27 des RUG ("Sauf si la garantie en dispose autrement, la loi applicable sera celle du lieu d'établissement du garant..."), on a considéré que les dispositions en question étaient incomplètes et imprécises, et on s'est demandé quelles relations, parmi celles existant dans une situation de garantie, étaient couvertes par l'article (A/CN.9/316, par. 112 et 113).

### B. Relations devant être couvertes par des règles de conflit de lois

10. En ce qui concerne les relations pour lesquelles des règles de conflit de lois pourraient être incluses dans la loi uniforme, il semble clair que l'accent doit être mis sur la relation entre le garant et le bénéficiaire. Cette relation peut exister au titre d'une lettre de garantie directe (émise à la demande d'un donneur d'ordre) ou indirecte (émise sur instructions d'une partie ordonnatrice agissant à la demande d'un donneur d'ordre). Une autre relation garant-bénéficiaire qui doit être visée est celle qui existe entre le contre-garant et son bénéficiaire qui émet lui-même une lettre de garantie au profit du bénéficiaire ultime. Les règles de conflit de lois régissant la relation garant-bénéficiaire s'appliqueraient aussi au garant confirmateur et aux garants au titre d'une lettre de garantie multiple ou émise par un syndicat de banques, et l'on devrait se demander s'il est nécessaire de l'indiquer expressément dans la loi uniforme. Quant à savoir si des règles de conflit de lois pour tous ces types de garants peuvent être contenues dans une disposition unique, cela dépend dans une large mesure de la réponse qu'on donne à la question de savoir si, lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable, le même facteur de rattachement (par exemple le lieu d'établissement du garant) serait approprié pour tous ces types de garants (voir ci-après, par. 22 à 34).

11. Le Groupe de travail pourra souhaiter examiner si la loi uniforme doit contenir une règle de conflit de lois applicable à d'autres relations, par exemple celle entre le donneur d'ordre et le garant, le donneur d'ordre et la partie ordonnatrice, la partie ordonnatrice et le garant (outre leur relation découlant d'une lettre de contre-garantie) ou entre

<sup>1</sup>Le Secrétariat tient à exprimer sa reconnaissance au Secrétaire général adjoint qui a accepté de faire des observations et de fournir son avis en dépit de ses réserves concernant l'inclusion de règles relatives aux conflits de lois dans une loi uniforme, tout au moins si celle-ci devait être adoptée sous la forme d'une loi type. Selon lui, seule une convention distincte sur la loi applicable aux garanties bancaires et aux lettres de crédit stand-by pouvait réglementer de manière suffisamment détaillée les nombreuses questions concernant notamment les modalités et les limites du choix de la loi applicable et la délimitation précise du champ d'application de ladite loi. Etant donné qu'il existe un facteur de rattachement presque universellement accepté (à savoir l'établissement du garant), il considère qu'il n'est nécessaire et opportun de réglementer la question de la loi applicable que si l'on entend instituer, comme lui-même le propose, un facteur de rattachement différent, qui tiendrait compte de l'ensemble des aspects socio-économiques de la relation contractuelle pour laquelle la garantie est donnée (voir par. 35).

le garant émetteur et le garant confirmateur, ou même la relation sous-jacente entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire ultime. Si l'une quelconque de ces relations (par exemple la relation entre le donneur d'ordre et le garant) doit être traitée dans les dispositions de fond de la loi uniforme, il conviendrait peut-être aussi d'énoncer une règle de conflit de lois pour cette relation. En effet, si comme on l'a dit (voir par. 8 ci-dessus), les relations et les questions couvertes par la règle de conflit de lois ne doivent pas nécessairement coïncider avec celles dont traitent les dispositions de fond de la loi uniforme, il pourrait être surprenant de découvrir dans la loi uniforme une règle de conflit de lois visant une relation ne faisant l'objet d'aucune disposition de fond, en l'absence de raisons particulières motivant son inclusion. Ces raisons pourraient être l'existence constatée de graves problèmes de conflit de lois dans une relation donnée, ou le désir d'harmoniser les règles de conflit soit en ce qui concerne deux relations entre les mêmes parties (par exemple la lettre de contre-garantie et la convention de garantie entre la partie ordonnatrice et le garant; voir ci-après, par. 28 et 29) pour toutes les relations susmentionnées de manière à couvrir l'ensemble de la situation socio-économique dont la lettre de garantie fait partie (voir ci-après, par. 35).

12. Une fois que le Groupe de travail aura décidé des relations qui doivent faire l'objet de règles de conflit de lois dans la loi uniforme, il pourra souhaiter examiner et décider quelle loi devrait être applicable, puis déterminer le champ d'application de cette loi (voir ci-après, par. 36 à 43).

### C. Désignation de la loi applicable

13. En ce qui concerne la désignation de la loi applicable, le Groupe de travail a conclu à sa douzième session que les dispositions relatives à la loi applicable devraient comporter deux éléments : reconnaissance de la liberté des parties de choisir la loi applicable et détermination de la loi applicable en l'absence d'accord entre les parties (A/CN.9/316, par. 164).

14. Ces deux éléments semblent contenus dans le texte actuel de la règle de conflit de lois des RUGD. Le projet d'article 27 est ainsi libellé :

“Sauf si la garantie ou la contre-garantie en dispose autrement, la loi applicable sera celle du lieu d'établissement du garant ou de la partie ordonnatrice (selon le cas), ou si le garant ou la partie ordonnatrice a plus d'un lieu d'établissement, celle qui s'applique à la succursale qui a émis la garantie ou la contre-garantie.”<sup>2</sup>

15. Néanmoins, du fait du caractère contractuel des RUGD, l'effet de la règle est très différent de celui qu'aurait une disposition de la loi uniforme, même libellée en termes identiques. Etant donné que les RUGD sont des

règles contractuelles, le deuxième élément ne vaut pas une détermination finale de la loi applicable, mais offre seulement un choix supplémentaire (comme celui que peut offrir des conditions générales ou des formules standard) en l'absence de choix exprès des parties. Une autre différence, tenant elle aussi au caractère contractuel des RUGD, est que l'un ou l'autre choix serait assujéti à une loi limitant l'autonomie des parties ou contenant des prescriptions quant à la forme ou aux modalités de l'accord des parties. La loi uniforme, au contraire, de par son caractère législatif, fournirait la détermination finale et pourrait imposer de telles limites ou prescriptions.

#### 1. Liberté des parties de choisir la loi applicable

16. Le Groupe de travail est convenu à sa douzième session que toute règle relative à l'autonomie des parties devrait préciser si la loi choisie par les parties devait avoir un lien avec la garantie ou la lettre de crédit ou si la liberté de choix était illimitée (A/CN.9/316, par. 166). En faveur d'un tel lien, on peut invoquer la législation de certains pays de *commom law* ou de droit civil qui tend à limiter l'autonomie des parties en exigeant l'existence d'un certain lien (par exemple une relation raisonnable) avec la relation contractuelle en cause<sup>3</sup>.

17. L'attitude la plus courante — et la plus moderne — est néanmoins favorable à l'autonomie illimitée des parties, comme le montre par exemple la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980). La première phrase du paragraphe 1 de l'article 3 de cette convention est ainsi libellée : “Le contrat est régi par la loi choisie par les parties”. Cette attitude libérale semble particulièrement convaincante s'agissant de la lettre de garantie en tant qu'effet de commerce ou un instrument financier international, qu'on la range parmi les contrats synallagmatiques ou unilatéraux ou qu'on y voit une spécialité du droit commercial. De plus, d'un point de vue pratique, il ne semble guère nécessaire de limiter l'autonomie des parties car il est hautement improbable qu'un garant choisisse dans la lettre de garantie une loi sans relation aucune avec l'opération.

18. Doivent aussi être examinées lorsque l'on élabore une règle sur l'autonomie des parties les questions de la forme et des modalités du choix des parties. A la douzième session, l'attention a été appelée sur les incidences que pouvait avoir la nature même de la garantie, en ce sens qu'il était difficile de concevoir un choix convenu par les parties si la garantie constituait un engagement unilatéral, même si le garant avait inclus une clause relative au choix de la loi applicable comme suite à une demande du bénéficiaire ou du donneur d'ordre, ou avec son consentement. Il a été répondu qu'au moins du point de vue de la pratique la clause relative au choix de la loi applicable dans une garantie devrait pouvoir être appliquée sans qu'il soit nécessaire d'étudier la nature et l'origine de la garantie en

<sup>2</sup>Texte révisé des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande, document de la CCI n° 460/470-1/19 BIS et 460/470-10/1 BIS du 8 février 1991; il s'agit de la dernière version des Règles uniformes relatives aux garanties qui avaient été examinées par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/316).

<sup>3</sup>Pelichet, Garanties bancaires et conflits de lois, *Revue de droit des affaires internationales* 1990, 338 (citant la législation du Portugal, de la Pologne et de l'Espagne et la jurisprudence des Etats-Unis et d'autres pays de *common law*).

question (A/CN.9/316, par. 166). De fait, même d'un point de vue juridique, rien ne s'oppose vraiment à ce qu'il soit donné effet à une clause relative au choix de la loi applicable figurant dans une lettre de garantie même si l'engagement du garant est caractérisé comme unilatéral. Une telle clause n'est après tout que l'un des termes de la lettre de garantie et généralement pas le plus important. Elle doit donc être traitée de la même manière que l'ensemble de la lettre de garantie, dont l'établissement a été examiné par le Groupe de travail dans le contexte du projet d'article 7 (A/CN.9/342, par. 62 à 67).

19. Il faut aussi déterminer si seul un choix exprès doit être reconnu ou si le choix peut être implicite ou déduit des termes de la lettre de garantie ou des circonstances entourant son établissement. La Convention de Rome de 1980 dispose à cet égard que "ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause" (art. 3.1). De la même manière, la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises dispose, en son article 7.1, que "l'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat ou du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble". La Convention précédente, celle de 1955, adoptait une attitude plus restrictive puisqu'elle disposait, à l'article 2, que le choix devait "faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat".

20. Une autre approche possible, bien qu'un peu différente, puisqu'elle consiste à exclure l'application de la Convention, est celle qu'adopte l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ("Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention..."). En n'exigeant pas une clause expresse, un tel libellé pourrait néanmoins créer une incertitude à deux égards. A la différence des dispositions citées au paragraphe 19, il ne fournit aucune indication quant aux types de choix implicite ou non exprès qui seraient reconnus, et elle pourrait même être interprétée — à tort — comme exigeant une clause expresse. Cette dernière difficulté, en particulier, est à craindre si l'on suit l'approche adoptée par le projet d'article 27 des RUGD ("Sauf si la garantie en dispose autrement...").

21. Quelle que soit l'approche retenue par le Groupe de travail, on pourrait envisager d'inclure dans la loi uniforme une déclaration selon laquelle toute clause relative au choix de la loi applicable existant dans une autre relation (par exemple entre le donneur d'ordre et le garant, le donneur d'ordre et le bénéficiaire, le donneur d'ordre et la partie ordonnatrice ou la partie ordonnatrice et le garant) est sans effet sur la loi applicable à la relation entre le garant et le bénéficiaire. Une telle déclaration, bien que techniquement inutile, contribuerait à souligner l'indépendance de la lettre de garantie dans le domaine du conflit de lois. Si l'on jugeait utile d'ajouter une telle précision, la déclaration en question ne devrait pas se limiter au choix de la loi par les parties mais englober la détermination de la loi applicable en fonction d'un critère objectif ou d'un facteur de rattachement.

## 2. Détermination de la loi applicable en l'absence de choix des parties

22. Quant au contenu possible d'une règle déterminant la loi applicable à défaut d'accord entre les parties, il a été noté à la douzième session que la solution la plus commune semblait consister à choisir la loi du pays du garant. Il a été proposé que la loi uniforme suive cette approche; toutefois, il fallait aussi se demander si cette solution était conforme aux intérêts des parties dans tous les cas (A/CN.9/316, par. 167).

### a) Critère fondamental : le lieu d'établissement du garant

23. Très peu de lois relatives au conflit de lois traitent expressément des garanties bancaires ou des lettres de crédit stand-by. La loi yougoslave de 1982 sur les conflits de lois est une des rares exceptions. Son article 20.17 est ainsi libellé :

"A défaut de choix de la loi applicable par les parties et si les circonstances de la cause n'indiquent pas une autre loi, le contrat de garantie bancaire indépendante est régi par la loi du lieu où, au moment de la conclusion du contrat, le garant a son établissement."

24. Un autre exemple est l'article 117 de la loi fédérale suisse de 1987 relative au droit international privé, qui est ainsi libellé :

"1. A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits.

2. Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique à sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement.

3. Par prestation caractéristique, on entend notamment :

...

e) La prestation du garant ou de la caution, dans les contrats de garantie ou de cautionnement."

25. Dans la plupart des pays, les règles de conflit de lois généralement applicables aux contrats ou aux obligations aboutissent au même résultat. Si les critères ou les notions diffèrent (par exemple les liens les plus étroits, l'obligation ou la prestation caractéristique, l'activité professionnelle, l'exécution du contrat (*lex solutionis*)), la solution en ce qui concerne la relation garant-bénéficiaire est presque partout la même : c'est la loi du lieu d'établissement du garant qui est applicable<sup>4</sup>.

26. Par contre, la solution semble moins uniforme en ce qui concerne la relation entre le contre-garant et le garant, et dans les cas où une banque correspondante participe à l'opération en tant que banque notificatrice ou agent de paiement. Ces situations, qui pourraient nécessiter des

<sup>4</sup>Pour plus de détails, voir Pelichet, *ibid.*, p. 338 à 345.