

ATIONS UNIES
ASSEMBLEE
GENERALE



UN LIBRARY



Distr.
GENERALE
E/CN.9/20
17 février 1969
FRANCAIS
ORIGINAL : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE
DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Deuxième session
Genève, 3 mars 1969
Point 5 c) de l'ordre du jour provisoire

ETUDE PRELIMINAIRE DES GARANTIES ET DES SURETES EN MATIERE
DE PAIEMENTS INTERNATIONAUX

Rapport du Secrétaire général

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>
I. INTRODUCTION	1 - 4
II. LES GARANTIES ET LES SURETES DANS LES TRANSACTIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES	5 - 31
A. GARANTIES	5 - 19
1. Nature des garanties	5 - 10
2. Garanties bancaires	11 - 12
3. Utilisation de la lettre de crédit en tant que garantie bancaire	13 - 14
4. Garantie du paiement de traites par l'aval	15
5. Problèmes que posent certains types de garanties	16 - 19
B. SURETES	20 - 31
1. Utilisation des sûretés dans les opérations de vente internationale	21 - 22
2. Utilisation des sûretés dans les opérations internationales de financement	23 - 28
3. Droits sur les navires et les aéronefs	29 - 30
4. Clauses d'engagement négatif	31
III. CONSIDERATIONS GENERALES	32 - 38
IV. CONCLUSIONS PROVISOIRES ET SUGGESTIONS	39

I. INTRODUCTION

1. A sa première session, qui s'est tenue à New York du 29 janvier au 26 février 1968, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a décidé d'inscrire le droit des paiements internationaux dans son programme de travail, à titre de sujet prioritaire. Parmi les questions qui s'inscrivent dans le cadre des paiements internationaux, la Commission a retenu l'harmonisation et l'unification du droit applicable aux garanties et aux sûretés^{1/} et elle a demandé au Secrétaire général "de procéder à un examen préliminaire de la question en envisageant d'effectuer une étude qui serait soumise à la Commission le moment venu"^{2/}.
2. Au cours du débat, le représentant du Royaume-Uni, qui a proposé l'inscription de cette question à l'ordre du jour, a déclaré :

"Le problème des garanties et des sûretés se pose dans le cas des crédits à long terme, lorsqu'il s'agit de financer des projets importants et qu'on ne peut pas avoir recours, pour garantir le paiement, à la méthode des lettres de change et des crédits documentaires. Le créancier exige alors la garantie d'une tierce partie, ou une sûreté réelle. Il s'agit là d'un problème important, car le développement repose sur le crédit et celui-ci, à son tour, dépend des garanties offertes. Tout en tenant compte de la Convention de Bruxelles relative aux privilèges et hypothèques maritimes (1926) et de la Convention de Genève relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronef, la Commission devrait étudier le problème des garanties et des sûretés dans le cadre des relations commerciales 3/".

3. Pour répondre à la demande de la Commission, le Secrétariat a estimé souhaitable d'examiner le rôle et l'utilisation des garanties et des sûretés dans les transactions internationales. Afin d'obtenir des renseignements concernant la pratique des milieux commerciaux et financiers en la matière, il a consulté des représentants de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) et, par l'entremise de la National Association of Credit Management,

^{1/} Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa première session, Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-troisième session, Supplément No 16 (A/7216), p. 24, par. 29.

^{2/} Ibid.

^{3/} A/CN.9/SR.1-25, p. 80.

des directeurs de banques commerciales et des chefs des services du crédit dans d'importantes sociétés d'exportation^{4/}. Le Secrétariat tient à exprimer sa reconnaissance pour l'aide qu'il a ainsi reçue.

4. Aux fins du présent rapport, le terme "garanties" désigne les contrats par lesquels une personne (avaliseur ou garant) s'engage, à l'égard d'une autre personne, à acquitter la dette d'une tierce personne en qualité de caution ou de codébiteur. Le terme "sûretés" désigne des droits ou des intérêts spéciaux, conventionnels ou légaux, grévant des biens meubles ou immeubles en gage de paiement d'une dette. Tant les garanties que les sûretés visent donc à protéger le créancier en cas de défaut de paiement du débiteur. Toutefois, étant donné les différences qui existent entre elles quant à leur nature juridique et aux problèmes qu'elles posent, il semble préférable de les examiner séparément.

II. LES GARANTIES ET LES SURETES DANS LES TRANSACTIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES

A. GARANTIES

1. Nature des garanties

5. Selon leur nature et leurs modalités, les contrats de garantie sont quelquefois classés en contrats de cautionnement en vertu desquels la responsabilité du garant à l'égard du créancier est accessoire en ce sens qu'elle n'est engagée qu'en cas de défaut de paiement du débiteur principal, lequel est principalement tenu à l'égard du créancier, et en contrats d'indemnisation en vertu desquels le garant, qui s'engage à indemniser une autre personne en cas de pertes occasionnées à cette dernière par lui-même ou une tierce personne, est principalement et indépendamment responsable. Cette distinction intéresse surtout l'étendue de la responsabilité du garant et les défenses que celui-ci peut opposer au créancier qui réclame l'application de la garantie.

^{4/} Les renseignements ainsi obtenus sont qualifiés ci-après d'"entretiens".

6. Bien que les droits nationaux divergent sensiblement pour chaque type de garanties^{5/}, le fait que les parties sont en principe libres de formuler le contrat en fonction de leurs besoins particuliers tend à restreindre la portée de ces divergences.

7. Il est donc courant, dans le cas des contrats de cautionnement qui comportent un élément étranger, que le garant renonce à demander qu'avant de s'adresser à lui, le créancier s'adresse d'abord au débiteur principal et fasse dresser protêt ou renonce au droit qu'il peut avoir de demander au créancier d'intenter d'abord une action contre le débiteur principal ou de le contraindre de toute autre façon à payer. Il est quelquefois stipulé que dans le cas où il existe au profit du créancier d'autres garanties pour la même dette, il sera loisible à celui-ci de les utiliser dans l'ordre qu'il jugera bon et de faire valoir sa créance à l'égard du garant sans avoir à exercer les droits que lui confère toute autre garantie^{6/}. D'une manière générale, ces contrats désignent également le tribunal compétent et la loi applicable aux droits et obligations découlant de la garantie^{7/}.

8. Il n'est pas rare, dans des relations suivies entre clients et fournisseurs, que la garantie couvre plus d'une créance ou plus d'une transaction. Par cette garantie continue, le garant s'engage, en cas de défaut de paiement du débiteur, à payer non seulement les sommes exigibles au moment de la conclusion du contrat de

5/ Par exemple, en droit anglais, le créancier n'est pas tenu de notifier à la caution le défaut de paiement du débiteur principal, ni d'intenter des poursuites contre ce dernier, même s'il est solvable, ni de réaliser en premier lieu les sûretés que le débiteur principal peut lui avoir données pour la même dette avant d'intenter des poursuites contre la caution. Le droit de la plupart des pays de droit romain diffère sur ces points du droit anglais.

6/ Entrevues. Les dérogations de ce genre sont aussi très souvent constatées dans des contrats de garantie entre parties conjointement et solidairement responsables. Voir G. H. Delaume, Legal Aspects of International Lending and Economic Development Financing (1967), p. 223 et suivantes, et les exemples qui y sont cités.

7/ Par exemple, les dispositions suivantes :

"Tous les droits et devoirs découlant de la présente garantie seront régis par les lois ... et les tribunaux ... seront compétents, sans préjudice des possibilités de recours auprès... Toutefois, (le créancier) se réserve le droit d'engager des poursuites contre le garant devant tout autre tribunal ... ou étranger, dont la compétence est légalement reconnue."

garantie, mais encore toute somme qui pourra venir ultérieurement à échéance du fait de la fourniture de marchandises^{8/}. En outre, ces contrats stipulent parfois que les dettes à terme de l'acheteur à l'égard du vendeur deviennent exigibles immédiatement en cas d'insolvabilité de l'acheteur, lors de la déclaration de cessation de paiements de la part de l'acheteur, de la demande de déclaration de faillite de la part de ses créanciers ou de la désignation d'un syndic.

9. L'obligation du garant peut également être déterminée par voie conventionnelle dans les accords de garantie par lesquels les gouvernements garantissent les prêts internationaux consentis à des sociétés ou à des entreprises pour l'exécution de projets déterminés. C'est ainsi que les contrats de garantie conclus entre des gouvernements et la Banque internationale pour la reconstruction et le développement contiennent généralement une clause aux termes de laquelle "le Garant déclare par les présentes garantir inconditionnellement, en qualité de débiteur principal et non pas seulement de caution, le paiement exact et ponctuel du principal de l'emprunt et des intérêts et autres charges y afférents, etc."^{9/}

10. Etant donné cette pratique courante, qui consiste à définir la responsabilité du garant selon les exigences particulières des diverses transactions, il ne semble pas nécessaire, aux fins du présent rapport, d'examiner les règles pertinentes des différents droits. Il convient de noter cependant que certaines questions, telles que les conditions de forme, les conditions de fond et la capacité, ne sont pas laissées au gré des parties et que certaines incertitudes peuvent donc surgir

^{8/} Par exemple, le contrat type d'une grosse société stipule que la situation est la même, que la dette de l'acheteur soit constatée par l'ouverture d'un compte, par un billet à ordre, par une acceptation commerciale, par une traite ou par tout autre moyen.

^{9/} Voir par exemple l'article II du Contrat de garantie, (Projet relatif à l'extraction du manganèse) entre la République du Congo (Brazzaville) et la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 452, p. 123.

lorsque le contrat n'indique pas la loi applicable^{10/}. Par conséquent, dans une certaine mesure, l'absence d'une règle de conflit largement acceptée peut être considérée comme un obstacle aux transactions internationales.

2. Garanties bancaires

11. Les différents types de garanties bancaires, qui n'ont pas été définis par les législations nationales^{11/} mais résultent essentiellement de la pratique commerciale, ont une importance toute particulière pour les transactions commerciales internationales.

12. Ces garanties ressemblent souvent à un contrat ou à une promesse d'indemnisation, en vertu duquel le garant assume des obligations propres; c'est le cas, par exemple, de l'indemnisation qui protège une partie en cas de retrait arbitraire d'une offre de soumission ou qui protège un transporteur contre les réclamations des tiers lorsqu'il livre la marchandise malgré la perte du connaissance^{12/}. Ces contrats diffèrent d'un cautionnement en ce que le garant

^{10/} La loi régissant le contrat de garantie n'est pas nécessairement celle qui est applicable à la dette principale. La tendance semble être d'admettre que le contrat de cautionnement est régi par sa propre loi; voir Rabel, The Conflict of Laws, vol. III, deuxième édition, p. 355 et suivantes, et les auteurs qu'il cite. Cela ne résout pas la question de savoir quelle est cette loi : la lex loci contractus, la lex loci solutionis ou la loi du domicile de la caution.

^{11/} Voir cependant les articles 665 à 675 du Code tchécoslovaque de commerce international (loi No 101 du 4 décembre 1963). L'article 665 dispose que "par une garantie bancaire, une banque (ou un organisme bancaire) s'engage à donner satisfaction au bénéficiaire de la garantie (à l'ayant droit), conformément aux dispositions de cette garantie, au cas où une tierce personne manquerait à ses obligations ou au cas où les conditions prévues dans la garantie viendraient à être remplies". Cette définition s'applique donc à la fois au cautionnement et au contrat d'indemnisation.

^{12/} Le deuxième exemple est tiré du commentaire relatif à l'article 686 du Code tchécoslovaque de commerce international, qui traite de la promesse d'indemnisation. Aux termes de cet article, "par une promesse d'indemnisation (déclaration d'indemnisation), l'auteur de la promesse (l'engagé) s'engage à indemniser le bénéficiaire de la promesse au cas où celui-ci encourrait un dommage dans l'accomplissement d'actes qu'il fait, bien qu'il n'y soit pas tenu, à la demande de l'engagé".

assume une obligation indépendante et en ce que ses moyens de défense et de recours sont par conséquent différents^{13/}. Il a été dit que la caractéristique essentielle de la garantie bancaire est que cette garantie "consiste à assumer non pas les obligations du débiteur, mais les risques du créancier"^{14/} et qu'elle a essentiellement pour objet "l'intérêt du bénéficiaire à l'exécution de l'obligation stipulée dans la transaction garantie, intérêt qui est chiffré dans le contrat de garantie"^{15/}.

3. Utilisation de la lettre de crédit en tant que garantie bancaire

13. Au cours des dernières années on a constaté une tendance à utiliser la lettre commerciale de crédit non seulement comme un moyen de paiement dans les ventes internationales, mais encore comme une garantie bancaire ou une garantie d'indemnisation en ce sens que la lettre de crédit est conçue comme un dépôt garantissant contre l'inexécution d'une obligation^{16/}.

14. Toutefois, la question se pose de savoir dans quelle mesure ces instruments peuvent être considérés comme des garanties au sens juridique du terme^{17/}. C'est là,

^{13/} Une clause qui apparaît fréquemment dans les garanties bancaires est : "à votre première réquisition, nonobstant toute contestation de la part de...". Voir E. von Caemmerer, Bankgarantien im Aussenhandel, dans Festschrift für Otto Riese, (1964), p. 296.

^{14/} I. Meznerics (Banking Business in Socialist Economy with Special Regard to East-West Trade (1968), p. 130) cite comme exemple celui des contrats de garantie "consentis par les banques des pays capitalistes et aux termes desquels les banques assument ... les risques encourus par le vendeur résidant dans un pays capitaliste (qui se trouve généralement être le tireur de la traite) au cas où la traite ne pourrait être payée par des parties domiciliées dans des pays socialistes... Dans ce cas, la garantie s'étend à l'obligation des banques socialistes d'accepter la traite, indépendamment de la valeur de la transaction ainsi garantie".

^{15/} Ibid., p. 131.

^{16/} Voir page suivante.

^{17/} Voir page suivante.

semble-t-il, une question importante car, dans certains pays, les institutions de financement^{18/} ne sont pas habilitées à assumer des risques tels que ceux qu'implique le cautionnement; en le faisant, elles outrepasseraient leurs pouvoirs, à moins d'être organisées pour assumer les risques du cautionnement^{19/}. D'un autre point de

16/ Sur l'évolution récente dans ce domaine, voir : Comment, Recent Extensions in the Use of Commercial Letters of Credit, Yale Law Journal (1957), p. 902 et suivantes, dans lequel est notamment cité le cas d'un gouvernement qui a exigé que lui soit remis, comme condition préalable à l'adjudication d'un contrat de construction d'un port, une lettre de crédit dont le montant était calculé sur la base des dommages que ce gouvernement pouvait encourir si l'exécution du contrat n'était pas satisfaisante. D'après cette lettre de crédit, le gouvernement était autorisé à percevoir les fonds, si l'exécution du contrat par l'adjudicataire n'était pas satisfaisante, sur présentation à la banque d'une déclaration attestant l'existence d'une rupture de contrat (voir p. 909). Les lettres de crédit sont également utilisées pour protéger un acheteur en cas d'exécution défectueuse de contrats de construction de navires. Si la construction n'est pas terminée à la date fixée, ou si le constructeur manque à toute autre obligation contractuelle, la lettre de crédit sert à dédommager l'acheteur de toute perte qu'il pourrait subir de ce fait (Ibid.).

17/ Ibid., p. 911 à 916.

18/ Par exemple, les banques nationales et d'Etat aux Etats-Unis.

19/ Voir B. Kozolchyk, Commercial Letters of Credit in the Americas (1966), p. 630 à 635. C'est pourquoi aux Etats-Unis la garantie bancaire revêt généralement la forme d'une lettre de crédit irrévocable. Von Caemmerer, op. cit., p. 303, cite les exemples suivants de lettres de crédit garantissant l'exécution d'une soumission ou d'un contrat :

"Lettre de crédit irrévocable No 2107.

Nous déposons par la présente un cautionnement d'un montant de ... dollars au compte de M. X conformément aux dispositions du contrat No 107. Cette somme sera tenue à votre disposition jusqu'au 1er mars 19... au plus tard et vous sera versée contre présentation des traites que vous détenez sur nous et de votre déclaration établissant que le contractant ne s'est pas acquitté de ses obligations à votre égard. Banque Y."

"Nous vous autorisons par la présente à tirer sur nous pour le compte de M. X une somme totale de ... dollars payable sur présentation d'un simple reçu et de votre déclaration établissant que le contractant ne s'est pas conformé aux dispositions du contrat No 312."

/...

vue, dans la mesure où ils revêtent un caractère de pénalité, ces instruments ne pourraient être utilisés dans les pays qui prévoient dans ce cas l'annulation du contrat.

4. Garantie du paiement de traites par l'aval

15. La garantie peut également être donnée sous forme d'un endossement pour aval des traites (lettres de change et billets à ordre). Aux termes des articles 32 et 77 de la Convention de Genève de 1930 portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre (7 juin 1930), le donneur d'aval est tenu de la même manière que la personne dont il s'est porté garant et, lorsqu'il paie une lettre de change ou un billet à ordre, il est subrogé au porteur dans les droits que ces instruments confèrent contre la personne garantie et contre ceux qui, sur la lettre de change ou le billet à ordre, se sont obligés à l'égard de cette personne^{20/}.

5. Problèmes que posent certains types de garanties

16. Une commission de la Chambre de commerce internationale^{21/} étudie actuellement quelques-uns des problèmes que posent certains types de garanties. Cette commission a identifié trois formes de garanties^{22/} utilisées sur le plan international qui posent des problèmes importants, à savoir : i) la garantie de soumission ou d'offre (également appelée cautionnement) qui est parfois demandée par l'adjudicateur à titre

^{20/} En ce qui concerne les difficultés qu'a soulevées dans les pays de common law la recherche d'une méthode satisfaisante pour garantir le paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre par le cautionnement d'une tierce personne, analogue dans une certaine mesure à celle que représente l'aval dans les pays de tradition romaine, voir Byles, Bills of Exchange, vingt-deuxième édition (1965), p. 183 à 187.

^{21/} La Commission de techniques et pratiques bancaires de la Chambre de commerce internationale a commencé à étudier certaines formes de garanties bancaires en 1964. Cette question est actuellement examinée par une commission mixte, composée de membres de la Commission des pratiques commerciales internationales et de la Commission de techniques et pratiques bancaires, qui s'est réunie pour la première fois en septembre 1968.

^{22/} Il semble toutefois que la nature exacte de ces instruments et, par conséquent, leur terminologie (cautionnement, caution ou indemnisation), n'aient pas encore été déterminées.

de garantie contre le retrait arbitraire de l'offre, ou contre toute modification des conditions de cette offre, qui interviendrait après que l'offre a été faite et avant qu'un adjudicataire ait été désigné; ii) la garantie (ou cautionnement) d'exécution; iii) la garantie de remboursement des avances sur compte dans le cas de contrats internationaux de livraison et de construction.

17. Bien que la Commission n'en soit qu'au début de ses travaux, il semble que parmi les problèmes que posent ces garanties figurent notamment ceux des formalités à accomplir, de la validité des promesses de pénalités, de la nécessité d'un versement en espèces^{23/}, de la capacité du garant et du choix de la loi applicable.

18. Un problème particulier se pose au sujet des conditions qui doivent être remplies pour que le bénéficiaire de la garantie puisse en réclamer le bénéfice. Pour réduire les risques de double exécution par l'une des parties, il peut être nécessaire de limiter le danger inhérent au fait que le bénéficiaire de la garantie est seul juge de la façon dont le contrat a été exécuté, notamment lorsque celui-ci est autorisé, aux termes du contrat original, à obtenir une réfaction du prix en cas d'exécution partielle. Dans ce cas, il peut être pertinent d'examiner le droit du garant de faire jouer la compensation ou de présenter une demande reconventionnelle.

19. Il convient de noter à cet égard que le secrétariat de la Commission économique pour l'Europe (Nations Unies) a suggéré dans ses observations relatives à l'étude de la Chambre de commerce internationale sur les crédits bancaires commerciaux^{24/}, que l'on étudie la question des garanties tendant à assurer la bonne exécution des contrats industriels internationaux et des contrats internationaux de travaux publics par les entrepreneurs et les fournisseurs de biens d'équipement. De l'avis du secrétariat de la CEE, il serait dans l'intérêt de la coopération industrielle internationale d'apporter une solution juridique aux problèmes qui se posent à cet égard.

^{23/} Dans certains pays de common law, toute garantie doit être accompagnée d'un versement en espèces.

^{24/} A/CN.9/15.

B. SURETES

20. Le paiement d'une dette ou l'exécution d'une obligation peut également être garanti par l'octroi au créancier d'un droit réel sur un bien. A cet égard, les procédés utilisés par les législations nationales et la pratique commerciale sont nombreux et diffèrent considérablement entre eux quant à leur champ d'application et à leurs effets juridiques^{25/}.

1. Utilisation des sûretés dans les opérations de vente internationale

21. Pour autant que le Secrétariat a pu le constater, il apparaît que les sûretés sont rarement utilisées, si tant est qu'elles le sont, dans les opérations de vente internationale à crédit lorsque ces opérations sont conclues sans l'intervention d'une institution de financement^{26/}.

22. Certaines des raisons avancées pour expliquer l'absence de recours aux sûretés dans les transactions commerciales internationales sont les suivantes^{27/}:

- i) Le fait qu'il existe d'autres moyens disponibles, par exemple la lettre de crédit (pour les crédits à court terme), les garanties et le billet à ordre;

^{25/} Pour faciliter la tâche de la Commission, le Secrétariat a préparé, en tant que document de base, une étude préliminaire comparative de ces moyens qui sera publiée sous forme d'additif au présent rapport (A/CN.9/20/Add.1).

^{26/} Par exemple, les exportateurs étrangers de biens d'équipement destinés à la République fédérale d'Allemagne et aux Pays-Bas utilisent de plus en plus le procédé de la vente conditionnelle qui n'exige dans ces pays aucune formalité. Voir : U. Drobnig, Eigentumsvorbehalte bei Importlieferungen nach Deutschland, Rabels Zeitschrift (juillet 1968), p. 450 à 472.

^{27/} Entretiens.

- ii) L'existence de plans nationaux de financement des exportations^{28/};
- iii) La diversité des lois nationales en matière de sûretés (qui diffèrent tant sur le fond que sur la procédure), les exportateurs hésitant à utiliser des procédés avec lesquels ils ne se sont pas familiarisés;
- iv) Le fait que, en cas d'insolvabilité de l'acheteur, la garantie que constitue la sûreté réelle sur les marchandises vendues (seule sûreté autorisée par la loi dans certains pays) n'est pas satisfaisante lorsqu'il s'agit de biens qui sont par nature difficiles à revendre ou à réexpédier (de centrales, par exemple).

28/ Dans le cadre de ces plans, on trouve plusieurs formes d'aide aux exportateurs, par exemple les crédits à l'exportation, les garanties et les assurances en matière d'opérations d'exportation, les prêts consentis aux banques étrangères de développement aux fins de prêt à des acheteurs étrangers, les crédits accordés aux acheteurs étrangers pour l'achat de certains biens (par exemple les crédits accordés pour les achats d'avions). Dans bien des cas, ces garanties et ces polices d'assurance couvrent également les risques politiques.

Il existe dans les pays suivants (la liste n'est pas nécessairement exhaustive) des plans destinés à encourager les exportations par l'octroi de crédits : Afrique du Sud (Credit Guarantee Insurance Corporation of Africa, Ltd.); Australie (Export Payments Insurance Corporation); Autriche (Oesterreichische Kontroll Bank A.G.); Belgique (Office national du Ducroire); Canada (Export Credit Insurance Corporation); Danemark (Eksportkreditradet); Espagne (Compania Española de Seguros de Credito y Caución, Consorcio de Compensación de Seguros); États-Unis d'Amérique (Export Import Bank, Foreign Credit Insurance Association); Finlande (Export Guarantee Board); France (Compagnie française d'assurances pour le commerce extérieur, Société française d'assurances pour favoriser le crédit); Inde (Export Credit and Guarantee Corporation); Israël (Israel Foreign Trade Risks Insurance Corporation, Ltd.); Italie (Instituto Nazionale delle Assicurazioni, Società Italiana Assicurazione Crediti); Norvège (Garanti Instituttet for Eksportkredit); Pakistan (Pakistan Insurance Corporation); Pays-Bas (Nederlandsche Credietverzekering Maatschappij, N.V.); République fédérale d'Allemagne (Hermes Kredit Versicherungs, A.G.); Royaume-Uni (Export Credit Guarantee Department, London Trade Indemnity Company, Ltd.); Suède (Eksportkreditnämnden); Suisse (Geschäftstelle für die Exportrisikogarantie).

La plupart de ces sociétés appartiennent à ce que l'on appelle "l'Union de Berne", qui tient des réunions périodiques à Berne au cours desquelles les problèmes du crédit sont discutés et des engagements verbaux sont pris en vue d'éviter les différends entre pays cherchant à favoriser les exportations.

2. Utilisation des sûretés dans les opérations internationales de financement

23. En revanche, les sûretés sont largement utilisées dans le domaine du financement à long terme du commerce et des investissements^{29/}. Les sociétés financières demandent fréquemment des sûretés réelles pour leurs prêts, qui parfois sont complétées par des garanties. De même, les sociétés émettent souvent sur les marchés étrangers des obligations, qui bénéficient de certaines sûretés reconnues par le pays de la société émettrice.

24. Parmi les diverses formes de sûretés, la plus importante est de loin le nantissement d'actions, de bons du trésor ou de titres de créance reçus par le débiteur de ses propres emprunteurs^{30/}. On rencontre également d'autres types de sûretés, sous forme de privilèges n'entraînant pas désaisissement de l'emprunteur, de nantissements de biens meubles ainsi que d'hypothèques immobilières^{31/}. Ces sûretés sont naturellement celles qu'autorise le droit du pays dans lequel se trouvent les biens ainsi grevés (lex rei sitae, c'est-à-dire généralement en pratique, le droit du pays de l'emprunteur) et elles doivent être conformes aux exigences de ce droit.

^{29/} On trouve une analyse détaillée de la théorie et de la pratique dans ce domaine dans Delaume, op. cit. Voir, en particulier, la deuxième partie, chapitre V (p. 215 à 251) sur les prêts bénéficiant de sûretés et de garanties.

^{30/} Cf. Delaume, op. cit., p. 254, citant notamment l'accord de garantie entre la Communauté européenne du charbon et de l'acier et la Banque des règlements internationaux, qui prévoient que la Banque conservera en garantie les titres de créance reçus par la CECA des entreprises emprunteuses en représentation des prêts de la CECA.

^{31/} Contrat d'emprunt entre la Banque internationale pour la reconstruction et le développement et la Société Tata Iron and Steel Company, Ltd., du 26 juin 1956 (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 301, p. 3), emprunt garanti par une hypothèque spéciale de premier rang sur des biens meubles et immeubles de l'emprunteur et par un privilège général de premier rang sur l'entreprise et les biens de l'emprunteur; contrat d'emprunt entre la BIRD et la Corporación de Fomento de la Producción et la Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones du 10 septembre 1953 (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 188, p. 25), emprunt garanti par une hypothèque et un privilège industriel (Hipoteca y Prenda Industrial). De même, le contrat d'emprunt entre la BIRD et l'Instituto Costarricense de Electricidad du 3 février 1961 (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 414, p. 313), emprunt garanti par une hypothèque et un privilège industriel, tous deux de premier rang; enfin, le contrat d'emprunt entre la BIRD et la Peruvian Corporation Limited du 13 mars 1963 (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 478, p. 245), emprunt garanti par une hypothèque civile et un privilège commercial (Hipoteca civil y prenda mercantil). /...

25. Pour certains types de contrat, la sûreté accordée au prêteur consiste en un nantissement de fonds que l'emprunteur doit recevoir d'une tierce personne, par exemple de sommes dues pour le transport de pétrole brut par oléoduc^{32/} ou pour la fourniture d'énergie électrique^{33/}.

26. Un intéressant exemple de contrat international garanti par le nantissement de titres est fourni par la Société européenne pour le financement de matériel ferroviaire (EUROFIMA), société par actions créée par une convention internationale signée à Berne le 20 octobre 1955^{34/}. La Société a pour objet "de

^{32/} Par exemple, les emprunts émis en France, aux Pays-Bas en 1960 et aux Etats-Unis en 1962 par la Société du pipe-line sud-européen, société anonyme constituée selon la législation française pour financer la construction et le fonctionnement d'un oléoduc allant de Lavéra (France) à Strasbourg (France) et Karlsruhe (Allemagne). Conformément à l'engagement de bonne fin et à l'engagement de transport conclus entre les 16 sociétés pétrolières (qui sont les actionnaires de la Société) et la Société du pipe-line elle-même, cette dernière peut, autant qu'il est nécessaire, affecter en nantissement pour garantir les ... prêts à long terme toutes créances qu'elle pourra faire valoir contre les sociétés pétrolières à l'occasion de l'exécution de l'engagement. Conformément au contrat de nantissement de créances conclu avec les représentants des émissions en France, aux Pays-Bas et aux Etats-Unis, la Société affectera toutes les sommes qui lui sont dues, au titre de l'engagement de bonne fin et de l'engagement de transport, en nantissement auprès d'un tiers détenteur, désigné dans l'engagement au profit des détenteurs de parts de l'emprunt à long terme considéré, proportionnellement au montant de ces parts.

^{33/} Exemple : Contrat d'emprunt entre la BIRD et la Vorarlberger Illwerke A.G., signé le 14 juin 1955 (Nations Unies, Recueil des traités, vol. 221, p. 375), emprunt garanti par le nantissement des créances sur deux sociétés auxquelles la Vorarlberger Illwerke A.G. fournit de l'énergie électrique. Cet emprunt est également garanti par une hypothèque de premier rang.

^{34/} Nations Unies, Recueil des traités, vol. 318, p. 225. La Convention est entrée en vigueur le 22 juillet 1959. Les Etats suivants l'ont ratifiée ou y ont adhéré : Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, République fédérale d'Allemagne, Suède, Suisse, Turquie et Yougoslavie.

procurer ... aux administrations de chemins de fer qui sont ses actionnaires, ainsi qu'à d'autres administrations ou organismes ferroviaires, ... des matériels de type unifié ou à performances unifiées nécessaires à leur exploitation"^{35/}. Eurofima procure le matériel roulant aux administrations de chemins de fer conformément à des contrats de location-vente conclus selon le droit suisse et prévoyant que "la Société restera propriétaire desdits matériels jusqu'au moment où le prix sera entièrement payé"^{36/}. Des contrats autres que des contrats de location-vente peuvent cependant être conclus, à condition que ces contrats comportent pour la Société "des garanties jugées par elle équivalentes"^{37/} et que "la Société soit propriétaire de la totalité des matériels jusqu'au paiement du dernier terme"^{38/}. Outre les contrats de location-vente, la Société peut donc conclure des contrats de vente sous condition, tout au moins dans les pays où il est possible d'opposer aux tiers créanciers et au syndic de faillite la clause de conservation de la propriété; elle peut également avoir recours à d'autres procédés qui accordent aux créanciers une sûreté fondée sur un titre, telle que les sûretés constituées par transfert fiduciaire de propriété que connaissent certains pays parties à la Convention relative à la constitution d'Eurofima. Dans le cas où l'une des administrations de chemins de fer ne fait pas face à ses obligations, Eurofima a le droit "de demander, outre des dommages-intérêts pour cause d'inexécution du contrat, la restitution du matériel en cause, sans devoir restituer les termes déjà reçus"^{39/}. Etant donné que dans plusieurs pays parties à la Convention d'Eurofima, il existe des dispositions législatives existantes qui interdisent certaines clauses contractuelles conférant un privilège au vendeur; la Convention semble à cet égard l'emporter sur les droits nationaux, en ce qui concerne les transactions visées par la Convention^{40/}.

^{35/} Art. 3 des Statuts.

^{36/} Titre 3, chap. I, A, de l'Accord de base du 30 septembre 1955.

^{37/} *Ibid.*, titre 3, chap. II.

^{38/} *Ibid.*

^{39/} Art. 3 a) de la Convention. Voir également titre 3, chap. I, D, de l'Accord de base.

^{40/} Comme le reconnaît implicitement Delaume, *op. cit.*, p. 241.

27. Les sûretés décrites ci-dessus sont complétées par l'engagement pris par les gouvernements contractants de garantir les obligations assumées à l'égard d'Eurofima par leurs administrations de chemins de fer respectives^{41/}.

28. Il convient de noter que l'Accord de base prévoit expressément qu'Eurofima peut céder, déléguer ou constituer en gage partie ou totalité des annuités de location-vente qui lui sont dues^{42/}. La société peut ainsi conclure avec les fabricants qui lui fournissent à crédit le matériel roulant des contrats de nantissement garantissant le paiement intégral du prix d'achat.

3. Droits sur les navires et les aéronefs

29. Les seules tentatives faites pour établir des règles internationales en matière de sûretés concernent les navires et les aéronefs qui, du fait qu'ils sont essentiellement mobiles, peuvent se trouver soumis à différentes juridictions, ce qui entraîne parfois des conflits de lois qui ne peuvent être résolus de façon satisfaisante par l'application de la lex rei sitae. L'incertitude qui règne à cet égard^{43/}, qui est également un obstacle au financement, a conduit à l'adoption de trois conventions : a) la Convention sur l'unification de certaines règles en matière de privilèges et hypothèques maritimes, signée à Bruxelles le 10 avril 1926^{44/} et révisée à Bruxelles le 27 mai 1967^{45/}; b) la Convention relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronef, signée à

^{41/} Art. 5 a) de la Convention.

^{42/} Titre 3, chap. I, B, de l'Accord de base.

^{43/} Les tribunaux ont appliqué la lex rei sitae, la lex fori, la lex actus et la loi du port d'immatriculation.

^{44/} Nations Unies, Recueil des traités, vol. 120, p. 187. Cette convention est entrée en vigueur le 2 juin 1931. Les Etats suivants l'ont ratifiée ou y ont adhéré : Belgique, Brésil, Danemark, Espagne, Finlande, Hongrie, Monaco, Norvège, Pologne, Portugal, Roumanie. Le Danemark l'a dénoncée le 1er mars 1965, avec effet à compter du 1er mars 1966.

^{45/} La Convention de 1967 remplace et abroge "pour les relations entre les Etats qui la ratifient ou y adhèrent" la Convention de 1926.

Genève le 19 juin 1948^{46/}, et c) le Protocole No 1 relatif aux droits réels sur les bateaux de navigation intérieure, annexé à la Convention relative à l'immatriculation des bateaux de navigation intérieure, fait à Genève le 25 janvier 1965^{47/}.

30. Toutes ces conventions stipulent que, pour être valables, les sûretés consenties sur des navires de mer^{48/}, des aéronefs^{49/} ou des bateaux de navigation

^{46/} Nations Unies, Recueil des traités, vol. 310, p. 151. Cette convention est entrée en vigueur le 17 septembre 1953. Les Etats suivants l'ont ratifiée ou y ont adhéré : Algérie, Argentine, Brésil, Chili, Cuba, Danemark, El Salvador, Equateur, Etats-Unis d'Amérique, France, Haïti, Italie, Laos, Mali, Mauritanie, Niger, Norvège, Pakistan, Pays-Bas, République fédérale d'Allemagne, Suède, Suisse.

^{47/} Le Protocole n'est pas encore entré en vigueur. Il a été accepté par la France et la Suisse.

^{48/} "Les hypothèques, mortgages, gages sur navires, régulièrement établis d'après les lois de l'Etat contractant dont le navire est ressortissant" (Art. premier de la Convention de Bruxelles de 1926), "les hypothèques et mortgages ... constitués ... conformément aux lois de l'Etat où le navire est immatriculé" (Art. premier de la Convention de Bruxelles de 1967).

^{49/} En principe, tous les types existants de gages sur aéronef, pourvu qu'ils soient "constitués conformément à la loi de l'Etat contractant où l'aéronef est immatriculé lors de leur constitution" (Art. premier, par. i), de la Convention de Genève de 1948). Le paragraphe i) de l'Article premier énumère quatre catégories de droits sur les aéronefs : le droit de propriété, le droit pour le détenteur d'un aéronef d'en acquérir la propriété par voie d'achat, le droit d'utiliser un aéronef en exécution d'un contrat de location consenti pour une durée de six mois au moins, et l'hypothèque, le mortgage et tout droit similaire sur un aéronef créé conventionnellement en garantie du paiement d'une dette.

intérieure^{50/} doivent faire l'objet d'une inscription dans un registre public^{51/}. Elles réglementent également les privilèges^{52/} qui priment les sûretés réelles mentionnées dans les notes 48, 49 et 50^{53/} et l'établissement entre eux d'un ordre de priorité. D'autres dispositions ont trait à la saisie, à la vente forcée et à l'extinction des privilèges.

4. Clauses d'engagement négatif

31. Il mérite d'être noté que les prêteurs cherchent souvent à mieux se protéger contre l'insolvabilité du débiteur par des clauses dites "d'engagement négatif" ou des clauses pari passu. Dans une clause de ce genre, l'emprunteur s'engage à ne pas grever ses biens de privilèges en faveur d'autres créanciers à moins que le privilège consenti n'ait pour effet de garantir également le paiement intégral de

^{50/} "Le droit de propriété, l'usufruit et l'hypothèque inscrits sur un registre d'une partie contractante" (Art. 5 du Protocole No 1 à la Convention de Genève de 1965).

^{51/} a) "Un registre public, soit du ressort du port d'enregistrement, soit d'un office central" (Art. premier de la Convention de Bruxelles de 1926). Toutefois, la Convention de Bruxelles de 1967 n'exige plus l'enregistrement dans un Etat contractant : l'Article 12 stipule que les dispositions de la Convention "s'appliquent à tous navires immatriculés ou non dans un Etat contractant".

b) "Régulièrement inscrits sur le registre public de l'Etat contractant où l'aéronef est immatriculé" (Art. premier, par. i) de la Convention de Genève de 1948).

c) "Un registre d'une partie contractante" (Art. 2 du Protocole No 1 à la Convention de Genève de 1965). La question de l'enregistrement est réglée par la Convention de 1965.

^{52/} Privilèges maritimes : Article 2 de la Convention de Bruxelles de 1926; Article 4 de la Convention de Bruxelles de 1967.

^{53/} Article 3, premier alinéa de la Convention de Bruxelles de 1926 et Article 5, paragraphe 2 de la Convention de Bruxelles de 1967; Article 4 1) de la Convention de Genève de 1948; Article 11 du Protocole No 1 à la Convention de Genève.

la dette au prêteur. S'il est évident qu'une telle clause, qui lie le prêteur et l'emprunteur, ne peut être considérée comme opposable aux tiers auxquels l'emprunteur donne un privilège sur ses biens, il n'en demeure pas moins que lorsque

"Les prêteurs ont des liens permanents avec l'emprunteur (comme c'est le cas dans les contrats d'emprunt direct), les clauses d'engagement négatif constituent un moyen efficace d'assurer aux prêteurs l'égalité de traitement" et "peuvent préserver les prêteurs du risque d'un endettement excessif de l'emprunteur en leur permettant de participer à telle ou telle opération de constitution de sûreté, ce qui peut inciter des créanciers éventuels à la prudence" 54/.

54/ Delaume, op. cit., p. 255-256.

III. CONSIDERATIONS GENERALES

32. Bien que les garanties et les sûretés répondent fondamentalement au même but, à savoir, garantir le créancier contre l'insolvabilité du débiteur, elles diffèrent néanmoins par un aspect important qui, à son tour, détermine dans une large mesure leur utilisation dans les opérations commerciales internationales.

33. Du point de vue juridique, la différence de nature entre les garanties (droits in personam) et les sûretés (droits in rem) a plusieurs conséquences. L'une de ces conséquences est que l'autonomie de la volonté des parties joue à plein en ce qui concerne les premières et seulement dans une mesure limitée en ce qui concerne les secondes.

34. Dans le cas d'un contrat de garantie, la responsabilité du garant dépend essentiellement des clauses du contrat. Le fait que les parties peuvent adapter le contrat à leurs besoins particuliers, ce qu'elles font fréquemment, est généralement très satisfaisant; il facilite considérablement l'utilisation des garanties dans le commerce international et explique la faveur dont elles jouissent par rapport aux sûretés réelles^{55/}.

35. Les contrats instituant des sûretés réelles n'ont pas la même souplesse. En premier lieu, les clauses du contrat, bien qu'elles soient valables entre les parties, ne lient pas nécessairement les tiers (par exemple, les autres créanciers, les acquéreurs) qui peuvent empêcher le créancier d'exercer ses droits sur les biens affectés en garantie du paiement de la dette. En second lieu, la lex situs applicable au bien affecté en garantie peut ne pas reconnaître, pour des motifs d'ordre public, une sûreté réelle constituée ailleurs.

36. L'autonomie de la volonté des parties influe également sur les méthodes qui peuvent être utilisées pour résoudre les problèmes existants. Ainsi, on peut concevoir que l'établissement de formules types de contrat et/ou de conditions générales applicables à un type de contrat résolve certains des problèmes qui se posent en ce qui concerne certains types de sûretés^{56/}.

^{55/} Voir également par. 21 ci-dessus.

^{56/} Voir par. 16 à 18 ci-dessus.

37. Les problèmes qui se posent en ce qui concerne les sûretés réelles sont d'un autre ordre. Certains de ces problèmes, tels qu'ils sont vus dans les milieux commerciaux, ont été exposés plus haut^{57/}. En outre, l'application de la lex situs aux sûretés réelles amène généralement les parties à conclure des contrats conformément à la loi du pays où se trouve le bien affecté en garantie, de sorte qu'il n'y a conflit de lois que lorsqu'un bien grevé d'une sûreté réelle en vertu de la loi d'un pays est ultérieurement transféré dans un autre pays, par exemple en cas de saisie-exécution ou lorsque le bien est vendu par le débiteur à un acquéreur de bonne foi. Toutefois, il y a peu d'exemples de tels cas^{58/}. L'autre série de problèmes, à savoir, ceux qui se posent en ce qui concerne les biens mobiles, a déjà fait l'objet de conventions internationales^{59/}.

38. S'il n'est pas possible d'harmoniser les lois applicables aux sûretés ou d'établir par convention internationale un type international de sûreté qui serait reconnu dans les Etats contractants^{60/}, il pourrait être utile d'étudier les moyens d'encourager l'emploi des sûretés réelles dans les opérations commerciales internationales; ce qui pourrait faciliter la conclusion d'accords en vue de la réalisation de grands projets internationaux du genre de ceux qui ont pour objet d'aider les pays en voie de développement, c'est-à-dire les contrats dits "clefs en mains" concernant la fourniture de moyens de production, aux termes desquels le fournisseur s'engage à construire et à équiper une usine, à la livrer prête à fonctionner et généralement à fournir les connaissances techniques, à assurer la formation du personnel technique et à fournir l'assistance nécessaires pour assurer le fonctionnement ultérieur de l'usine, ou les contrats concernant la construction de centrales électriques, de ports, etc. Ces projets sont normalement si coûteux qu'ils doivent

^{57/} Voir par. 22 ci-dessus.

^{58/} Sauf en ce qui concerne les Etats fédéraux.

^{59/} Voir par. 29 ci-dessus.

^{60/} Cette solution a été suggérée au Secrétariat par certaines des personnes qui ont été interrogées. On pourrait concevoir, a-t-on indiqué, que le champ d'application d'un système international de sûretés soit limité à certaines opérations et/ou biens déterminés qui occupent une place particulièrement importante dans les échanges entre les pays exportateurs et les pays importateurs de capitaux.

inévitablement être financés au moyen de crédits à long terme, et le débiteur envisage souvent de rembourser sa dette sur les bénéfices qu'il tirera de l'exploitation de l'usine^{61/}. L'assurance-crédit, contractée par le fournisseur^{62/}, ne résoudra pas toujours le problème du financement : l'existence et le coût d'une telle assurance peuvent eux-mêmes dépendre de la mesure dans laquelle les risques peuvent être étalés et réduits grâce à l'obtention de sûretés réelles.

IV. CONCLUSIONS PROVISOIRES ET SUGGESTIONS

39. Compte tenu des observations qui précèdent, le Secrétariat soumet à la Commission les conclusions provisoires et les suggestions ci-après :

En ce qui concerne les garanties :

La Commission pourrait peut-être, en tenant compte des activités des autres organisations intéressées :

- a) Déterminer les types de garanties qui sont largement utilisés sur le plan international, en relevant les problèmes qu'ils posent, et rechercher, en se fondant sur les éléments dont la Commission dispose, les moyens les plus appropriés de résoudre les problèmes existants;
- b) Faire une étude des problèmes que posent les conflits de lois, notamment en ce qui concerne les formalités et la capacité des parties;
- c) Assurer une plus large publicité des lois nationales en matière de garanties.

En ce qui concerne les sûretés :

- a) Compte tenu des différences fondamentales qui existent entre les divers systèmes de sûretés réelles quant à la forme, au contenu, aux effets juridiques et au champ d'application, et compte tenu du fait que, dans la plupart des pays, la loi applicable aux sûretés réelles est, dans une large mesure, déterminée par

^{61/} Par exemple par des accords de nantissement de créances. Voir notes 32 et 33 ci-dessus. Voir également par. 28 ci-dessus.

^{62/} Voir note 28 ci-dessus.

la loi applicable à la faillite, par des dispositions d'ordre public, et par les principes juridiques généraux qui sont propres à un système juridique donné, il semble qu'au stade actuel, la méthode de l'unification et de l'harmonisation des lois pour résoudre les problèmes existants ou pour encourager l'emploi des sûretés dans les opérations commerciales internationales se heurte à des difficultés particulières.

b) Pour encourager l'emploi des sûretés dans les opérations commerciales internationales, en particulier lorsqu'il s'agit de grands projets internationaux, la Commission pourrait chercher à assurer une plus large publicité des lois nationales en matière de sûretés (formalités, effets juridiques, exécution, etc.), par exemple en recueillant ou en faisant recueillir des renseignements sur les lois nationales en cette matière.

c) Comme projet à long terme, pour l'exécution duquel les renseignements visés à l'alinéa b) constitueraient un utile point de départ, la Commission pourrait peut-être examiner :

- i) La possibilité de supprimer certaines anomalies dans les lois applicables aux sûretés réelles et de simplifier les procédures en vue de stimuler le commerce international;
- ii) L'opportunité et la possibilité de mettre au point un système de sûretés réelles reconnu et applicable sur le plan international.
