



Assemblée générale

Distr.: Limitée
24 novembre 2005

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail VI (Sûretés)
Neuvième session
New York, 30 janvier-3 février 2006

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Sûretés réelles mobilières sur des droits de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant: définitions et recommandations

Note du secrétariat

Additif

Table des matières

	<i>Page</i>
Sûretés réelles mobilières sur des droits de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant	2
I. Définitions	2
II. Recommandations	3



Sûretés réelles mobilières sur des droits de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant

I. Définitions (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, paragraphe 21 y), z), aa) et bb))

y) Le terme “engagement de garantie indépendant” désigne une lettre de crédit (commerciale ou stand-by), une confirmation de lettre de crédit, une garantie indépendante (garantie sur demande, à première demande, bancaire, ou contre-garantie bancaire) ou tout autre engagement de garantie considéré comme indépendant par la loi ou les règles de pratique, telles que la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by et les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande.

z) Le terme “droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant” désigne le droit de recevoir un paiement dû, une traite acceptée, un paiement différé ou un autre objet de valeur, que doit dans chaque cas remettre le garant/émetteur honorant le tirage d'un engagement de garantie indépendant ou une personne désignée fournissant une prestation au titre de ce tirage. Il ne désigne pas [:] i) le droit de tirer un engagement de garantie indépendant (c'est-à-dire de demander paiement); ni ii) ce qui est reçu après que le tirage a été honoré par le garant/émetteur ou la personne désignée, ou après disposition du droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (à savoir le produit lui-même).

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire précisera que la définition ne vise que le “droit de recevoir”, quelle que soit la prestation payée ou fournie lorsqu'un tirage est honoré, et non le droit de tirage, autrement dit le droit de demander paiement en vertu d'un engagement de garantie indépendant. Il expliquera aussi que le droit de recevoir le produit ne comprend pas le produit lui-même, à savoir ce qui est effectivement reçu une fois que le tirage a été honoré par le garant/émetteur ou la personne désignée (la réception par le bénéficiaire d'une prestation d'une banque négociatrice ne devrait pas être assimilée à l'acte d'honorer ou de disposer) ou après disposition d'un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant. Le commentaire fera par ailleurs ressortir la distinction entre le droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (en tant que bien initialement grevé) et le “produit” (concept clef dans le présent Guide) de ce droit. Le Groupe de travail notera que la référence au “bénéficiaire-constituant”, jugée superflue, a été supprimée, ce qui est permis de s'aligner sur le traitement accordé dans le Guide au terme “créance de somme d'argent” (qui n'est pas défini par rapport au constituant). De plus, lors de l'octroi de la sûreté, il se peut que le constituant ne soit pas encore bénéficiaire, l'engagement de garantie indépendant n'existant en effet peut-être même pas à ce moment-là. La personne fondée à recevoir paiement est déterminée par une autre loi (dans le contexte des créances de sommes d'argent, par exemple, le Guide ne précise pas qui est fondé à recevoir paiement).]

aa) Le terme “garant/émetteur” désigne une banque ou une autre personne qui émet un engagement de garantie indépendant. Il désigne également une banque ou une autre personne qui confirme une lettre de crédit (“confirmateur”) ou qui émet une contre-garantie.

bb) Le terme “personne désignée” désigne une banque ou une autre personne qui est identifiée dans un engagement de garantie indépendant par un nom ou type (par exemple, “toute banque dans un pays X”) comme étant la personne désignée pour fournir une prestation, à savoir acheter ou payer sur présentation de documents, et qui agit conformément à cette désignation. Il inclut une personne qui est désignée pour confirmer et qui confirme conformément à cette désignation.

hh) Le terme “contrôle” en ce qui concerne un droit de recevoir le produit du tirage d’un engagement de garantie indépendant signifie que le garant/émetteur ou la personne désignée qui effectuera un paiement ou fournira une prestation suite au tirage de l’engagement de garantie indépendant: i) n’est autre que le créancier garanti, ou ii) a émis une acceptation en faveur du créancier garanti. Le terme “acceptation” en ce qui concerne un droit de recevoir le produit du tirage d’un engagement de garantie indépendant signifie que le garant/émetteur ou la personne désignée qui effectuera un paiement ou fournira une autre prestation suite au tirage de l’engagement de garantie indépendant, unilatéralement ou conventionnellement: i) a accepté la constitution d’une sûreté sur ce droit (que cette sûreté soit appelée “cession” ou autrement) en faveur du créancier garanti, ou y a consenti (quelle que soit la façon dont cette acceptation ou ce consentement sont constatés, ou ii) s’est engagé à payer le créancier garanti ou à lui fournir une prestation suite au tirage de l’engagement.

[Note à l’intention du Groupe de travail: Cette nouvelle définition a été rédigée à la demande du Groupe de travail (voir A/CN.9/588, par. 81). Le commentaire précisera que ces définitions doivent être lues conjointement avec toutes les recommandations relatives aux engagements de garantie indépendants (3 d), 16, 25, 25 bis, 25 ter, 25 quater, 49, 62, 106, 138 et 138 bis].

II. Recommandations

Parties, obligations garanties et biens visés (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandations 3 d), 16 et 25)

3. En particulier, la loi devrait disposer qu’elle s’applique:

d) À tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, qui ne sont pas expressément exclus par la loi, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances de sommes d’argent, les instruments négociables (tels que les chèques, les lettres de change et les billets à ordre), les documents négociables (tels que les connaissements), les comptes bancaires, les droits de recevoir le produit du tirage d’un engagement de garantie indépendant et les droits de propriété intellectuelle;

Sûretés sur une sûreté ou sur un autre droit garantissant une créance de somme d'argent cédée, un instrument négociable ou une autre obligation

16. La loi devrait prévoir que dès qu'une sûreté est constituée sur une créance de somme d'argent, sur un instrument négociable ou sur toute autre obligation considérée comme un bien grevé dans le présent Guide, une sûreté est créée automatiquement, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres formalités, sur toute sûreté ou autre droit personnel ou réel donnés en garantie du paiement ou de l'exécution de cette créance, de cet instrument ou de cette obligation. Cependant, si en vertu de la loi qui régit une sûreté ou un autre droit garantissant le paiement d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation considérée comme un bien grevé dans le présent Guide, une sûreté sur cette sûreté ou sur ce droit ne peut être constituée que par un acte séparé, le constituant est tenu d'accomplir cet acte. Lorsqu'un engagement indépendant garantit le paiement ou l'exécution d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable ou de toute autre obligation considérée comme un bien grevé dans le présent Guide, le droit de recevoir le produit du tirage d'un tel engagement est une obligation servant de garantie en vertu de la présente recommandation et la sûreté le grevant est constituée sans acte séparé de la part du constituant.

[Note à l'intention du Groupe de travail: La recommandation 16 introduit le concept de droits donnés en garantie (qu'il serait peut-être utile de définir en tant que terme, si le Groupe de travail en décide ainsi) et prévoit la constitution automatique d'une sûreté sur un droit personnel ou réel qui garantit une créance de somme d'argent, un instrument négociable ou toute autre obligation considérée comme un bien grevé dans le présent Guide, dès l'instant où une sûreté est constituée sur cette créance, cet instrument ou cette obligation. Elle a pour effet, sur le fond, de supprimer la nécessité d'accomplir un acte de constitution distinct pour l'obligation servant de garantie. Si ce concept ne fait rien que les parties ne puissent faire expressément, il joue toutefois un rôle très précieux dans la pratique. Un grand nombre d'opérations garanties courantes reposent sur de telles obligations, et le fait d'en tenir compte sert à accroître considérablement les chances d'atteindre l'objectif de la loi sur les opérations garanties, à savoir augmenter au maximum l'offre de crédit à moindre coût. Dans le cas exceptionnel (si tant est qu'il existe) où les parties ne souhaiteraient pas constituer de sûreté sur une obligation servant de garantie, elles peuvent inclure une clause à cet effet dans la convention constitutive de sûreté. Le Groupe de travail a déjà adopté la technique de la constitution automatique d'une sûreté sur le produit, sans nécessité d'utiliser expressément un libellé spécial.]

Le Groupe de travail jugera peut-être utile d'examiner quelques exemples d'opérations reposant sur des droits donnés en garantie. Un exemple de droit personnel serait une garantie accordée par une quatrième partie pour le paiement d'une créance de somme d'argent grevée par un constituant (le constituant A accorde au créancier garanti B une sûreté sur une créance de somme d'argent due à A par le débiteur en compte ou le tiers débiteur C; la créance – le bien grevé – est garantie par D. La garantie de D constitue un droit personnel donné en garantie). Un exemple de droit réel serait une sûreté sur du matériel qui garantit le paiement d'un instrument négociable grevé par un constituant (le constituant A accorde au créancier garanti B une sûreté sur un instrument négociable émis par X en faveur

de A; l'obligation de X qui est constatée par l'instrument – le bien grevé – est garantie par une sûreté sur du matériel – le droit réel donné en garantie – qui est accordée à A par le propriétaire du matériel (qui pourrait être X ou Y)).

La deuxième phrase de la recommandation 16 vise à faire en sorte que, si le droit donné en garantie n'est transférable, en vertu de la loi qui le régit, que par un acte de transfert distinct, la constitution d'une sûreté sur ce droit doit se faire par un acte distinct. Cette approche est conforme à la loi et aux pratiques applicables, ainsi qu'à l'article 10-1 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

La troisième phrase a pour objet de préciser que, si un engagement de garantie indépendant est un droit donné en garantie, la constitution d'une sûreté sur le droit de recevoir le produit du tirage d'un tel engagement n'exige pas pour autant un acte distinct. En d'autres termes, la règle générale prévue par la première phrase (et non la deuxième) est applicable.

Ainsi, une lettre de crédit commerciale classique, par exemple, garantit généralement l'obligation de l'acheteur de payer une facture commerciale; et une lettre de crédit stand-by ou une garantie sur demande garantissent généralement une autre obligation de paiement ou d'exécution qui incombe à la personne qui en demande l'émission au profit du bénéficiaire. La reconnaissance de la fonction de garantie que remplit le droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement indépendant (qui, par définition, ne comprend pas le droit de demander paiement ni le produit lui-même) ne diminue aucunement le caractère autonome de l'engagement lui-même et ne nuit aucunement au garant/émetteur (qui est entièrement protégé par les règles énoncées dans les autres recommandations (par exemple les recommandations 25 bis, 25 ter et 25 quater).]

Constitution d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant

25. La loi devrait prévoir qu'un bénéficiaire peut accorder une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant, [même si le droit de tirage de l'engagement n'est pas lui-même transférable en vertu de la loi qui régit l'engagement]. L'octroi d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant ne constitue pas un transfert du droit de tirage de l'engagement.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le texte entre crochets précise un point important, à savoir que la transférabilité de l'engagement lui-même (à savoir du droit de tirage) n'a pas d'incidence sur la faculté de constituer une sûreté sur le droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant. La deuxième phrase fait la distinction entre le transfert du droit de demander paiement au titre d'un engagement de garantie indépendant et le transfert du droit de recevoir le produit du paiement au titre d'un engagement de garantie indépendant.]

25 bis. La loi devrait prévoir que:

a) Les droits d'un créancier garanti sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant sont soumis aux droits que la loi et la pratique régissant les engagements de garantie indépendants confèrent au

garant/émetteur ou à la personne désignée et à tout autre bénéficiaire qui est désigné dans l'engagement ou à qui les droits de tirage ont été transmis;

b) Les droits d'un bénéficiaire [ou d'un cobénéficiaire] du transfert d'un engagement de garantie indépendant priment une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage de l'engagement consentie par l'auteur du transfert ou par tout auteur d'un transfert antérieur; et

c) Les droits indépendants d'un garant/émetteur, d'une personne désignée ou d'un bénéficiaire [ou cobénéficiaire] du transfert découlant d'un engagement de garantie indépendant [priment les] [ne sont pas lésés en raison des] [sont distincts des] sûretés qu'ils peuvent avoir sur des droits de recevoir le produit d'un tirage, y compris tout droit de recevoir ce produit pouvant être inclus dans un transfert de droits de tirage à un bénéficiaire [ou cobénéficiaire] de ce transfert.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera que le commentaire précisera que cette recommandation vise à donner la priorité aux titulaires de droits indépendants au paiement, notamment les personnes désignées qui ont fourni une prestation et les bénéficiaires du transfert, sur les simples cessionnaires du droit de recevoir le produit du tirage effectué par le bénéficiaire initial. Le commentaire expliquera aussi que les droits indépendants de ces parties sont distincts et ne sont pas lésés en raison de leurs droits en tant que créanciers garantis du bénéficiaire initial (en d'autres termes, il ne faut pas confondre leur statut de titulaires protégés de droits indépendants et leur statut accessoire de créancier garanti.) Lorsqu'une personne désignée fournit une prestation et obtient remboursement de l'émetteur, elle le fait en qualité de titulaire de droits indépendants au remboursement et non en tant qu'acquéreur des droits du bénéficiaire.]

25 *ter*. Ni un garant/émetteur, ni une personne désignée ne sont tenus de payer une personne autre qu'un bénéficiaire désigné, un bénéficiaire [ou cobénéficiaire] du transfert ayant fait l'objet d'une acceptation, une personne désignée ou un cessionnaire du droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant ayant fait l'objet d'une acceptation.

25 *quater*. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti a obtenu le contrôle d'un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant en devenant un cessionnaire ayant fait l'objet d'une acceptation, il est fondé à opposer cette acceptation au garant/émetteur ou à la personne désignée qui l'a donnée.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les recommandations 25 bis, 25 ter et 25 quater, qui ont été formulées à sa demande (voir A/CN.9/588, par. 82 et 83) et qui suivent le libellé de la recommandation 106 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2), ne portent pas vraiment sur la constitution de sûretés (ni sur l'opposabilité, la priorité sur des droits concurrents ou la réalisation). Elles ont toutefois été insérées ici de même que les recommandations sur les droits et obligations du débiteur en compte viennent après les recommandations relatives à la cession de créances de sommes d'argent. Le Groupe de travail voudra peut-être faire figurer ces trois dispositions (et d'autres sections semblables sur les droits et obligations des débiteurs en compte, des banques depositaires, des tirés d'instruments négociables et des émetteurs de

documents négociables) dans une partie distincte consacrée aux droits et aux obligations des tiers obligés en ce qui concerne un bien grevé.]

Opposabilité d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, recommandations 49 et 62)

49. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant est rendue opposable:

a) Si le créancier garanti a le contrôle dudit droit; ou

b) Automatiquement, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres formalités, si une sûreté sur la créance de somme d'argent, l'instrument négociable ou une autre obligation garantie par l'engagement indépendant est opposable.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 49 a été modifiée compte tenu du principe selon lequel ni la prise de possession de l'engagement de garantie indépendant, ni l'inscription ne devraient être des modes d'opposabilité d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant. La prise de possession d'un engagement (même lorsqu'il revêt une forme corporelle) n'a qu'un rôle restreint dans l'usage moderne des engagements de garantie indépendants. En outre, si la prise de possession figurait dans le présent Guide parmi les modes d'opposabilité, il faudrait prévoir des règles complexes relatives à la priorité et aux conflits de lois. Il convient toutefois de noter que si la prise de possession ne constitue pas un mode d'opposabilité, en termes pratiques, elle offrirait une protection à un créancier garanti lorsque les clauses de l'engagement subordonnent le tirage à la présentation matérielle de ce dernier. En pareil cas, le bénéficiaire ne pourrait effectuer un tirage valable sans la coopération du créancier garanti, qui pourrait prendre des mesures pour s'assurer d'être payé (par exemple, le créancier garanti pourrait exiger du bénéficiaire qu'il obtienne une acceptation lui donnant le contrôle avant qu'il ne remette l'engagement et n'autorise sa présentation au garanti/émetteur ou à la personne désignée ayant émis cette acceptation).]

Priorité d'une sûreté grevant un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant

62. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant qui a été rendue opposable par prise de contrôle, à l'égard d'un certain garant/émetteur ou d'une personne désignée ayant accepté de fournir une prestation au titre de l'engagement, a priorité sur les droits de tous les autres créanciers garantis qui n'ont pas, à l'égard de cette personne, rendu leur sûreté opposable par prise de contrôle. Si le contrôle a été obtenu par acceptation et que des acceptations contradictoires ont été données par une personne à plusieurs créanciers garantis, celui d'entre ces derniers qui était identifié dans la première acceptation donnée par cette personne a la priorité.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, le mode classique de prise de contrôle étant l'obtention d'une acceptation, dans le cas où il y a plusieurs payeurs potentiels (par exemple l'émetteur et plusieurs personnes désignées), le contrôle est obtenu uniquement à

l'égard du ou des garants/émetteurs ou de la ou des personnes désignées qui ont donné la ou les acceptations. La règle de priorité doit donc viser la personne qui est le payeur. Les règles de priorité relatives à la prise de possession et à l'inscription dans la version précédente de cette recommandation (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, recommandation 49 b) et c)) ont été supprimées au motif que, dans la nouvelle recommandation 49, la prise de possession de l'engagement de garantie indépendant et l'inscription ne sont pas considérées comme des modes d'opposabilité d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant. La règle de priorité relative aux acceptations contradictoires (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, recommandation 49 a)) a été incluse dans la deuxième phrase de la nouvelle recommandation 62. La règle de priorité fondamentale précise qu'un créancier garanti qui a le contrôle du droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant a priorité sur un créancier garanti dont la sûreté a été rendue opposable automatiquement.]

Réalisation d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recommandation 106)

106. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti titulaire d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant peut exercer toute voie de droit s'offrant aux créanciers garantis dans le présent chapitre. L'opposabilité d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (qu'elle soit assurée par prise de contrôle ou automatiquement) n'est pas une condition préalable à la réalisation de la sûreté. Cependant, le pouvoir de réaliser la sûreté, à l'encontre du garant/émetteur, de la personne désignée ou d'un bénéficiaire autre que le constituant, est soumis aux recommandations 25 *bis*, 25 *ter* et 25 *quater*.

*[Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire précisera qu'aucun acte de transfert distinct de la part du constituant n'est nécessaire pour que le créancier garanti réalise une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant lorsque la sûreté est créée automatiquement conformément à la recommandation 16. Le commentaire expliquera aussi que toutes les obligations du garant/émetteur ou de la personne désignée à l'égard du créancier garanti sont régies par les recommandations 25 *bis*, 25 *ter* et 25 *quater*. Il précisera en outre que la recommandation 106 n'est pas censée avoir d'incidence sur un quelconque arrangement conclu avant défaillance entre le constituant et le créancier garanti, en vertu duquel, avant défaillance du constituant, le créancier garanti reçoit le produit des sommes recouvrées au titre du droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant.]*

Loi applicable aux sûretés sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5, recommandation 138)

138. La loi devrait prévoir que: i) les droits et obligations d'un garant/émetteur ou d'une personne désignée qui a reçu une demande d'acceptation ou qui a effectué ou pourrait effectuer un paiement, ou qui a fourni ou pourrait fournir une autre prestation, au titre d'un engagement de garantie indépendant; ii) le droit de réaliser une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie

indépendant à l'encontre d'un garant/émetteur ou d'une personne désignée; et iii) [sauf dans la mesure où la recommandation 138 *bis* en dispose autrement,] l'opposabilité d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régis, séparément en ce qui concerne un garant/émetteur ou une personne désignée donnés, par la loi de l'État déterminée comme suit:

a) Si le garant/émetteur a émis un engagement de garantie indépendant ou si la personne désignée a émis une acceptation spécifiant que l'engagement ou l'acceptation sont régis par la loi d'un certain État, la loi applicable est celle de l'État spécifié;

b) Si la loi applicable n'est pas déterminée conformément à l'alinéa précédent, la loi applicable est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement du garant/émetteur ou de la personne désignée qui sont indiqués dans l'engagement de garantie indépendant du garant/émetteur ou de la personne désignée. Cependant, lorsqu'une personne désignée n'a pas émis d'engagement de garantie indépendant, la loi applicable est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement de la personne désignée qui a effectué ou pourrait effectuer un paiement, ou qui a fourni ou pourrait fournir une autre prestation, au titre de l'engagement.

[138 *bis*. La loi devrait prévoir que [, dans la mesure où une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant est constituée et rendue opposable automatiquement conformément aux recommandations 16 et 49,] la constitution et l'opposabilité de cette sûreté sont régies par la loi de l'État dont la loi régit la constitution et l'opposabilité de la sûreté sur la créance de somme d'argent, l'instrument négociable ou une autre obligation garantie considérée comme un bien grevé dans le présent Guide.]

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire expliquera que la recommandation 138 se conforme aux règles de conflit de lois applicables en ce qui concerne les droits et les obligations des garants/émetteurs et des personnes désignées. La seule exception au principe consacré par la recommandation 138 est énoncée dans la recommandation 138 bis, qui figure entre crochets, et concerne les questions restreintes de la constitution et de l'opposabilité dans des cas où une sûreté est créée ou est rendue opposable automatiquement.]

Toute banque (ou parfois toute institution non bancaire) qui joue un des rôles cités agit conformément à la loi de l'État où elle se trouve, autrement dit où se trouve la succursale ou l'établissement concerné (ou conformément à la loi de son choix qui est généralement celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement concerné). Ainsi, différentes lois régissent les différentes banques concernées, et le choix d'une loi dans un engagement de garantie indépendant ne régit que les obligations de l'émetteur en question (voir l'article 27 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande, l'article 5-116-b) du Code de Commerce uniforme, et l'article 22 de la Convention des Nations Unies sur la cession). Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 138 vise à faire apparaître clairement qu'une demande d'acceptation ou de paiement (sans acceptation préalable) faite par un créancier se disant garanti (ou par le bénéficiaire en son nom) doit être traitée par la succursale bancaire concernée, conformément au droit interne. Dans la recommandation 138, tous les conflits de

priorité sont soumis à la loi choisie par un garant/émetteur ou une personne désignée, ou, en l'absence de choix de loi, à la loi de la succursale ou de l'établissement concerné. Le Groupe de travail pourrait examiner la question de savoir si: i) lorsque la succursale bancaire paie le créancier garanti (ou lui fournit une prestation), la même loi devrait s'appliquer à un conflit entre ce créancier garanti et des tiers; et si ii) lorsque le paiement est effectué au bénéficiaire et que le conflit concerne des tiers, la recommandation 138 devrait être inapplicable et les règles de conflit de lois subsidiaires (à savoir la recommandation 137) devraient s'appliquer.

Le commentaire expliquera en outre que: i) la constitution de la sûreté est régie par la règle générale de conflit de lois prévue dans la recommandation 137 pour les sûretés sur des biens meubles incorporels (sous réserve de la recommandation 138 bis en ce qui concerne la constitution automatique); et ii) la réalisation de la sûreté est régie par la règle générale de conflit de lois prévue dans la recommandation 148, excepté dans la mesure où la recommandation 138 en dispose autrement.

Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la recommandation 138 bis est nécessaire, c'est-à-dire si la constitution et l'opposabilité d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant devraient être soumises à la loi régissant l'obligation garantie par l'engagement indépendant (à savoir la loi de l'État où se trouve le constituant conformément à la recommandation 137, excepté dans les situations visées par la deuxième phrase des recommandations 137 et 140). En l'absence de la recommandation 138 bis, la recommandation 137 s'appliquerait à la constitution (y compris la constitution automatique) d'une telle sûreté, et la recommandation 138 (à savoir la loi spécifiée dans l'engagement ou l'acceptation, ou en l'absence d'une telle spécification, la loi de la succursale du payeur) s'appliquerait à l'opposabilité de la sûreté. Si le Groupe de travail décide que la recommandation 138 bis est nécessaire, il souhaitera peut-être se demander s'il faudrait conserver la référence à la constitution automatique qui figure entre crochets dans les recommandations 16 et 49. Dans l'affirmative, cela pourrait compliquer l'application de la recommandation 138 bis lorsque l'État dont la loi est applicable en vertu de cette recommandation n'a pas adopté les recommandations du Guide concernant le droit matériel.]