

Chronique de *Droit Bancaire International*



GEORGES AFFAKI
Maître de conférences associé
à l'Université Panthéon-Assas
(Paris II)
BNP Paribas



JEAN STOFFLET
Agrégé des Facultés de droit
Professeur émérite

Travaux des organisations internationales

Chambre de commerce internationale (CCI).

Les « pratiques bancaires internationales » pour l'examen des documents dans les crédits documentaires (ISBP).

Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU). Article 13. Chambre de commerce internationale (CCI). Conformité des documents. Pratiques bancaires internationales. ISBP. Lex mercatoria.

Les « pratiques bancaires internationales ». La dernière révision en 1993 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU) apporta un concept novateur. Visant principalement à diminuer le taux de rejet de documents pour non-conformité aux termes du crédit documentaire, rejet que l'on attribuait à une application trop rigoureuse de la norme de conformité stricte¹, les nouvelles RUU édictèrent un devoir pour les banques engagées dans le circuit du crédit d'examiner la conformité des documents en fonction des « pratiques bancaires internationales telles que reflétées dans les [dispositions des RUU] » (RUU, article 13 (a)).

La norme ainsi édictée tranchait visiblement avec les autres dispositions des RUU qui, toutes, édictent une règle matérielle précise. À l'inverse, le standard des « pratiques bancaires internationales » se réfère à un corpus non déterminé qui fait appel à l'expérience et au savoir de chaque banquier appelé à examiner la conformité des

documents. La nouvelle norme était cependant assortie à deux limites destinées à empêcher sa corruption par l'arbitraire et les pratiques locales. Pour qu'une norme de conformité soit retenue, il fallait d'une part qu'elle soit « internationale » ce qui excluait les pratiques locales ou régionales et, d'autre part, qu'elle émanât, du moins dans son principe, des RUU elles-mêmes, ce qui évite l'arbitraire et la subjectivité.

Pour la Commission bancaire de la CCI, il s'agissait là simplement de donner une appellation à une norme déjà suivie de toute façon par les banques qui appliquent les RUU.

De nombreuses études tentèrent de percer le halo de mystère qui entourait les « pratiques bancaires internationales »². Il en résulta un amas d'avis individuels d'excellents auteurs révélant souvent un embarras à l'égard de la nouvelle norme aux contours insaisissables. Des voix se sont alors élevées pour appeler à codifier la teneur des « pratiques bancaires internationales »³. Il s'agissait en quelque sorte de compiler dans un recueil celles des normes d'examen des documents de crédits documentaires qui seraient éligibles à la qualification de « pratiques bancaires internationales ».

Ceci ne manquera pas de rappeler le débat qui sévit près de quarante ans quant à la teneur de la *lex mercatoria*, un concept émanant d'un raisonnement similaire à celui qui sous-tend les « pratiques bancaires internationales » des crédits documentaires et aux contours non moins insaisissables⁴. On aurait pu imaginer pouvoir

1 Il est estimé que 50 à 60 % des documents présentés la première fois au titre d'un crédit documentaire sont rejetés pour non-conformité, cf. V. Maulella, «Payment pitfalls for the unwary», *World Trade*, avril 1999, p. 76; M. Shaw, *Documentary Credits Insight*, 1999, p. 11. La Préface des RUU rédigée par C. del Busto fait état de statistiques donnant un chiffre de 50 %. Une étude plus récente dans cinq banques américaines identifia un taux de non-conformité entre 64 et 83 % selon la banque, ce qui donne un taux moyen de 73 %, cf. R. Mann, «Discrepancies in presentations against commercial letters of credit», *Documentary Credit World*, novembre 2000, p. 23.

2 J. E. Byrne, «UCP explored: the standard of care in documentary examination», *LCUpdate*, octobre 1991, p. 6; R. Rendell, «New ICC rules impact letters of credit», *IFLR* octobre 1993, p. 29; J. Dolan, «Weakening the letter of credit product», *RDAI*, n° 2, 1994, p. 64.

3 J.-P. Mattout, «Les apports des règles et usances uniformes 500 au droit des crédits documentaires», *Banque & Droit*, n° 35, 1994, p. 4,

ainsi que des interventions diverses de membres de la Commission bancaire de la CCI lors de ses réunions semi-annuelles, cf. projet annoté de révision des RUU au 10 juin 1991, document CCI 470-37/4; C. del Busto, «UCP 500 & 400 compared», *ICC Publ.* 511, p. 39.

4 La littérature juridique sur la *lex mercatoria* est abondante, ce qui rend difficile un recensement exhaustif dans les colonnes de notre Chronique. Nous renvoyons donc aux traités de droit international privé et aux études sur l'arbitrage commercial international pour une bibliographie plus complète. Notons cependant que les applications modernes de la *lex mercatoria* dans les contrats internationaux sont dues notamment aux écrits de Berthold Goldman, «Frontières du droit et *lex mercatoria*», *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 177, et ceux de Clive Schmitthoff, «The law of international trade», in *Sources of international trade*, Londres, 1964, et auparavant, «International business law: a new law merchant», in *Current law and social problems*, Toronto (University of) 1961.

aboutir à la même conclusion qui paraît avoir enfin apaisé le débat sur la *lex mercatoria*. Plutôt que d'y voir un corpus figé de règles, il a été recommandé au contraire de voir en la *lex mercatoria* l'aboutissement d'une méthode de recherche de règles matérielles⁵. La teneur de ces règles sera dégagée soit en résultat d'une recherche que les parties auront guidée en donnant dans leur contrat des directives sur la méthode à appliquer (en prescrivant par exemple l'application des principes communs à deux systèmes juridiques ou plus) soit, à défaut de précision, par une analyse de droit comparé à laquelle procéderont les arbitres pour dégager les règles matérielles réellement internationales à appliquer.

Cette méthode est parfaitement transposable à l'identification des normes de détermination de la conformité des documents de crédits documentaires. Ainsi, est une « pratique bancaire internationale » à l'effet de juger de la conformité d'un document toute norme d'acceptabilité de documents retenue par la pratique constante, expérimentée et de bonne foi du crédit documentaire dans les banques de tout pays, nonobstant l'existence, le cas échéant, de certaines pratiques dérogoires locales, et – sans doute faut-il préciser – dès lors que cette pratique puise sa source dans les RUU.

C'est cependant mal comprendre le monde du crédit documentaire que de penser, qu'à l'instar de celui de l'arbitrage international, il se contenterait d'une méthode de sélection aussi rigoureuse soit-elle. Les praticiens des crédits documentaires privilégieront sans hésiter la certitude d'un recueil de normes, quitte à ce qu'il soit évolutif, plutôt que l'aléa du raisonnement subjectiviste pour identifier la norme pertinente parmi un foisonnement de règles matérielles fragmentaires et inorganisées. Pour comprendre leur approche, il faut se rappeler les conditions dans lesquelles l'examen des documents de crédits documentaires se déroule. Le département de crédits documentaires d'une banque moyenne gère à tout moment un encours (dit inventaire) de 200 à 500 crédits (le siège ou une succursale importante d'une grande banque dix fois plus). Certains types de crédits documentaires (notamment dans les contrats de fourniture de matériel militaire) requièrent un grand nombre de documents, allant parfois jusqu'à 200 documents exigés en plusieurs séries. La réception en une seule journée de documents afférents à 100 crédits documentaires différents, voire plus, n'est pas rare. Lorsqu'il reçoit les documents du bénéficiaire ou de la banque correspondante, l'examineur dispose « d'un délai raisonnable ne dépassant pas sept jours ouvrés » pour examiner (et faire contrôler par un, deux, voire trois niveaux hiérarchiques) les documents, et décider de leur

conformité (RUU, article 14). Une éventuelle consultation du donneur d'ordre pour lever des irrégularités ne peut conduire à prolonger ce délai.

Il s'agit là, on le constate, d'une tâche mécanique, cadencée par l'impératif de productivité, qui doit cependant aboutir au même résultat quels que soient la banque examinatrice, son expertise ou son pays d'exercice. Appliquée correctement, la norme des « pratiques bancaires internationales » doit aboutir à une décision objective identique concernant l'état d'un document : conforme ou irrégulier.

D'où le souhait, compréhensible, des praticiens des crédits documentaires de se doter d'un manuel qui répertorie les « pratiques bancaires internationales », un livre de chevet détaillé qui les accompagnera dans leur examen des documents, palliera la déperdition d'expertise due au départ ou à la mobilité des examinateurs les plus expérimentés et servira d'arbitre en cas de conflit. Il s'agira en somme de passer de la généralité, qui est topique à un corps de règles telles que les RUU, à la spécificité d'un recueil de pratiques dont la fonction serait de décrire en détail les normes de conformité des documents habituellement échangés dans les crédits documentaires. Et s'il faut renouveler ce recueil pour accompagner l'évolution des pratiques qui y sont codifiées, il suffira, diront ces praticiens, de procéder à un *aggiornamento* aussi régulièrement qu'il le faut.

Les banques américaines prirent les premières l'initiative de rédiger l'inventaire de ces pratiques. Il en résulta la publication en 1997 d'un recueil intitulé « *Standard Banking Practice for the Examination of Letter of Credit Practice* », publié par International Financial Services Association (IFSA)⁶. Il s'agissait là, cependant, d'un inventaire de pratiques régionales limitées aux banques opérant aux États-Unis et au Mexique, pratiques certes supposées refléter la pratique uniforme de ces banques, mais pas nécessairement celle de banques d'autres pays.

La Commission bancaire de la CCI, le plus large forum international de banques commerciales au monde, décida alors de lancer le chantier des « Pratiques bancaires internationales pour l'examen des documents dans les crédits documentaires (ISBP) ». Deux ans après, le résultat est là : un recueil de 200 pratiques reconnues internationalement et intégrant les centaines d'avis sur l'interprétation des RUU rendus par la Commission bancaire de la CCI lors de ses réunions semi-annuelles⁷ et les décisions DOCDEX déjà rendues⁸. Les ISBP sont disponibles auprès de la CCI sous la référence n° 645 et une traduction en français vient d'être achevée.

5 E. Gaillard, « Trente ans de *Lex Mercatoria* », JDI 1995, n° 1, p. 22.

6 D. Smith, « The case for International Standard Banking Practices for the Examination of Documents », *Documentary Credit World*, septembre 2002, p. 31.

7 Depuis l'entrée en vigueur des RUU 500 le 1^{er} janvier 2003, la Commission bancaire de la CCI a rendu près de 300 avis dit « techniques » sur les questions qui lui sont posées quant à l'interprétation et l'application des RUU et émis 900 avis dit « pédagogiques ». Dans le jargon de la Commission bancaire de la CCI, un avis technique est rendu à propos d'une question qui concerne un point relatif à un document ou ses énonciations. L'adoption d'un avis technique est une procédure formelle qui requiert l'approbation de l'assemblée générale de la Commission. Un avis

pédagogique se rapporte à une question dont l'expert technique de la Commission considère être de nature plus pédagogique quant au concept d'un document ou d'une pratique qui y est décrite. L'émission de ce type d'avis n'est pas soumise à l'approbation de la Commission. Il est à rappeler que toute partie, banque ou non, peut saisir la Commission bancaire de la CCI d'une question en sollicitant son avis. La saisine doit se faire à travers le comité national de la CCI dans le pays de la requérante et ne doit pas concerner une procédure contentieuse en cours.

8 Le Règlement d'expertise pour la résolution des différends en matière d'instruments documentaires (DOCDEX), en vigueur depuis le 15 mars 2002, fera l'objet d'une chronique prochaine dans les colonnes de cette revue.

L'application des ISBP. À titre liminaire, il est primordial de se garder de considérer les ISBP comme des règles à part ou, pire, comme un amendement des RUU. Il s'agit simplement de l'inventaire – non exhaustif – des « pratiques bancaires internationales » qui sont déjà mentionnées à l'article 13 des RUU. Les ISBP font donc partie intégrante et inséparable des RUU. Il en résulte que l'application des ISBP se fait automatiquement dans tout crédit documentaire se référant aux RUU, c'est-à-dire la quasi-totalité des crédits documentaires émis dans le monde, quel que soit le droit applicable. Point n'est besoin d'une incorporation par référence spécifique des ISBP. En somme, **une référence aux « RUU » dans un crédit documentaire doit désormais être comprise comme une référence aux « RUU dont les ISBP ».**

Les ISBP ayant la même nature que les RUU, c'est-à-dire exclusivement contractuelle, elles seront bien entendu primées par tout accord spécifique dans le crédit documentaire.

Quelques ISBP. Il serait bien sûr impossible de présenter ici la totalité des 200 pratiques inventoriées dans le recueil. Elles traitent, entre autres sujets, des émetteurs de documents, la langue des documents, leurs datage, format acceptable, multiplicité de pages, annexes, originaux et copies, termes non définis dans les RUU, erreurs typographiques, abréviations, signatures, certificats, corrections et altérations ainsi que de multiples autres détails de documents communément utilisés dans les crédits documentaires.

Existe-t-il des contradictions entre les ISBP et les RUU? Cette question, a priori surprenante, a été posée dans les colonnes des revues et les forums spécialisés⁹. Or, elle ne peut qu'être dépourvue de fondement, les ISBP ne formant pas un corps de règles différent des RUU. Dès lors, prétendre comparer les deux n'a pas de sens. Les ISBP ne font que donner corps au concept de « pratiques bancaires internationales telles que reflétées dans les RUU ».

Par contre, que les ISBP puissent aller à l'encontre de certaines pratiques et même d'avis rendus antérieurement par la Commission bancaire de la CCI est tout à fait possible. Ceci ne remet pas en cause la cohérence de l'ensemble RUU-ISBP ou la validité de ces dernières. À titre d'exemple, dans le silence des RUU, il était commun d'accepter des documents quelle que soit leur langue de rédaction, sauf si le crédit en stipule autrement. Désormais, les ISBP prévoient que les documents soient présentés dans la langue du crédit documentaire, sauf stipulation contraire (ISBP, n° 26).

De même, depuis que les nouvelles versions des RUU ne reprennent plus le terme de « documents périmés » (*stale documents*, littéralement documents évanescents), la Commission bancaire de la CCI avait recommandé

dans un avis que ce terme ne soit plus utilisé dans les crédits documentaires. S'il venait néanmoins à être utilisé, la Commission avait recommandé que le destinataire d'un crédit contenant ce terme demande des éclaircissements à la banque de laquelle émane le crédit¹⁰. Néanmoins, les ISBP donnent une définition par défaut à la référence « *stale documents accepted* » (ISBP, n° 22 (b)). Il ne s'agit là toutefois que d'une solution par défaut et en aucune manière d'une légitimation du terme concerné ou de la pratique qu'il recouvre.

On a pu aussi mentionner un avis de la Commission (R.294) qui définissait les termes « à partir de » (*from*) comme incluant la date de départ de la période concernée. Et de mettre ainsi en exergue une contradiction avec les ISBP qui définissent les mêmes termes comme excluant la date de départ (ISBP, n° 45 (d)). Il s'agit là d'un revirement, certes, mais normal concernant des règles condamnées à évoluer constamment en fonction du marché et des pratiques qu'elles codifient. Dans le passé, des avis rendus par la Commission bancaire de la CCI ont pu remplacer des avis antérieurs¹¹. Les RUU, elles-mêmes, ont opéré des revirements spectaculaires au fil de leurs révisions successives¹².

De ces critiques, aucune ne paraît dirimante et en tout cas aucune ne révèle une contradiction avec une règle des RUU. Néanmoins, dans le cas où des recherches plus approfondies démontreraient à l'avenir qu'une pratique des ISBP est contraire à une règle des RUU, la hiérarchie naturelle des normes s'imposera de soi: les RUU sont les règles dont la lettre claire prime incontestablement toute interprétation, avis, ou recueil de pratiques, fussent-ils élaborés par l'organisme même qui a codifié les RUU.

La conclusion s'impose dès lors: **L'application des ISBP ne doit en aucun cas aboutir à rejeter un document qui serait considéré conforme au titre de l'une des dispositions des RUU.**

Déjà un amendement. L'adoption d'une série de règles par la CCI passe par un processus long et fastidieux de consultation des secteurs économiques concernés dans les 140 pays où il existe des membres de l'organisation. Néanmoins, il arrive parfois – heureusement, rarement – que des commentaires arrivés tardivement remettent en cause la pertinence d'une règle qui a déjà été adoptée. Il ne s'agit pas bien sûr de commentaires exprimant une vue différente par rapport à la solution retenue dans la règle adoptée. Rechercher l'unanimité dans des opérations mettant en jeu des intérêts potentiellement conflictuels relèverait en effet de l'utopie. Il s'agirait plutôt de commentaires démontrant le résultat anachronique que produirait l'application de la règle en question dans un secteur économique donné. La raison de cette prise de conscience tardive est souvent l'absence de participation du secteur concerné lors du processus de consultation sur la règle au moment où elle était

9 R. Müller (au nom du comité national suisse de la CCI), *Documentary Credits Insight*, janvier 2003, p. 14; T.O. Lee, «How should bankers handle new responsibilities imposed by ISBP», *LC Monitor*, mars 2003, p. 14.

10 Avis de la Commission bancaire de la CCI n° 54, publication CCI n° 371.

11 Voir, par exemple, document CCI 470/TA. 465 rev. remplaçant l'avis R. 284.

12 L'un des plus récents, et des plus notables, de ces revirements étant la présomption d'irrévocabilité du crédit documentaire, désormais de règle dans les RUU 500, en remplacement de la présomption de révocabilité en vigueur jusqu'à la version 400.

en état de projet.

C'est ce qui arriva pour les ISBP où le secteur de l'assurance fit savoir, après leur adoption, que la pratique n° 187 instituant d'office une responsabilité solidaire des co-assureurs assurant une même cargaison était contraire aux usages du secteur et ne pouvait être acceptée. La CCI avait alors le choix entre maintenir les ISBP en l'état quitte à voir fleurir une dérogation systématique à la règle en question ou la modifier. C'est ce dernier choix que la CCI fort pragmatiquement choisit. La CCI publia donc en juin 2003 des *corrigenda* comprenant, outre le rétablissement de la responsabilité conjointe des co-assureurs, quelques modifications de forme qu'un dernier toilettage occasionna. Nous reproduisons ci-dessous les *corrigenda* dans leur intégralité en version originale avec l'aimable autorisation du secrétariat de la Commission bancaire de la CCI. La version des ISBP qui est mise en vente à compter de septembre 2003 intègre ces corrections.

Succès des ISBP. Deux décisions émises par des panels DOCDEX depuis l'adoption des ISBP s'y sont spontanément référées. Il est probable que les tribunaux judiciaires

et arbitraux appelés à appliquer les RUU en fassent autant. Les praticiens du crédit documentaire n'auront d'ailleurs pas manqué de remarquer que les ISBP font désormais partie obligatoire de toute correspondance entre banques correspondantes quant à la conformité d'un document. Voilà des faits qui disent long sur le succès du nouveau recueil.

Et l'avenir ? Les ISBP conserveront-ils leur attrait une fois que la révision déjà lancée des RUU aura abouti à la version 600 d'ici probablement deux ans ? Il serait bien difficile de donner une réponse aujourd'hui. Même si les RUU 600 sont destinées à accueillir nombre de pratiques qui étaient absentes de la version 500 actuellement en vigueur, mais reprises depuis dans les ISBP (la distinction original-copie en est un exemple), leur format de « règles » empêchera logiquement les futures RUU 600 d'aboutir à un niveau de détail aussi développé que celui des ISBP. Ces dernières seront donc encore appelées à être le livre de chevet des banquiers du crédit documentaire pour de nombreuses années encore.

CORRIGENDA to the ISBP

ICC publication 645 - January 2003

The following changes have to be read in conjunction with the original English edition of the ISBP, first published by the ICC in January 2003. Note that future reprints of the ISBP will incorporate the changes below.

The following paragraph has been amended:

Paragraph 187. The final sentence of the paragraph – i.e. the sentence beginning with the words « An insurance document that clearly reflects... » – has been deleted.

The changes below and any other minor changes are mechanical only and do not affect the substance:

Paragraph 103.b): The last line, which formerly read, « on whose behalf it is signing is required to be stated. » Will now read: « on whose behalf it is signing must be stated ».

(To bring the wording in line with the wording of paragraphs 76.c) and 123.c)).

Paragraph 107 will now read: « If a credit requires a charter party bill of lading to show that the goods are consigned to a named party, e.g., “consigned to Bank X” (a “straight” consignment), rather than “to order” or “to order of Bank X”, the charter party bill of lading must not contain words such as “to order” or “to order of” that precede the name of that named party, whether typed or pre-printed. Likewise, if a credit requires the goods to be consigned “to order” or “to order of” a named party, the bill of lading must not show that the goods are consigned straight to the named party ».

(To bring the wording in line with the wording of paragraphs 84 and 128).

Paragraph 113. The words « and is deleted », at the end of the first clause will be changed to read « and has been deleted ».

(To bring the wording in line with the wording of paragraphs 92, 136 and 162).

Paragraph 116. The words « authentication for » will now read « authentication of ».

Paragraph 122. The last sentence will be changed to read « See section 3.1 of ICC Publication 470/871 Rev., 29 July 1999, “The determination of an ‘Original’ document in the context of UCP 500 sub-Article 20 (b).” »

(To bring the wording in line with the wording of paragraphs 75 and 102).

Paragraph 132. In the second sentence, the words « and such date must fall on » will be changed to read « and must fall on ».

(To bring the wording in line with the wording of paragraphs 89, 110 and 158).

Paragraph 145. The word « required » in the first sentence will be changed to read « requires ».

Paragraph 158. In the second sentence, the words « and such date must fall on or before the latest shipment date specified in » will be changed to read « and must fall on or before the latest shipment date specified in ».