

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

SECTION CIVILE

**CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES
INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY**

RAPPORT D'AVANT MISE EN OEUVRE

Par Marc Lacoursière et Steven P. Jeffery

Toronto, Ontario

Québec, Québec

Mars 2006

TABLE DES MATIÈRES

| | | |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. | INTRODUCTION | 1 |
| A. | Les objectifs de la Convention..... | 1 |
| B. | Le mandat..... | 2 |
| C. | La terminologie..... | 2 |
| D. | La structure du rapport | 2 |
| II. | L'ÉTAT DU DROIT CANADIEN | 3 |
| A. | La <i>common law</i> | 3 |
| B. | Le droit civil | 5 |
| i. | Le cautionnement | 5 |
| ii. | La délégation de paiement | 7 |
| iii. | Le contrat innommé ou <i>sui generis</i> | 8 |
| III. | LE CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION | 9 |
| A. | L'internationalisation de la convention | 9 |
| B. | L'exigence territoriale | 9 |
| IV. | L'ANALYSE COMPARATIVE | 10 |
| A. | La définition de l' « engagement »..... | 10 |
| B. | L'émission..... | 14 |
| C. | La modification..... | 15 |
| D. | Le transfert/la cession du produit | 16 |
| E. | L'extinction du droit de demander paiement | 17 |
| F. | La détermination des droits..... | 18 |
| G. | La norme de conduite..... | 20 |
| H. | La demande et l'examen de la demande | 24 |
| I. | Le paiement et la compensation. | 25 |
| V. | L'EXCEPTION DE FRAUDE À L'OBLIGATION DE PAIEMENT ET LES MESURES JUDICIAIRES PROVISOIRES | 25 |
| A. | L'exception de fraude..... | 25 |
| B. | Les mesures judiciaires provisoires..... | 29 |
| VI. | CONCLUSION | 30 |

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

Rapport d'avant mise en œuvre

par Marc Lacoursière* et Steven P. Jeffery**

Mars 2006

I. INTRODUCTION

[1] Le présent rapport a été préparé à la demande de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, qui a décidé lors de son assemblée annuelle du mois d'août 2005 d'examiner l'opportunité d'adopter une loi uniforme de mise en vigueur de la *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by* de 1995 (« Convention »)¹. Ce rapport constitue un volet de l'initiative conjointe entreprise avec la National Conference of Commissioners on Uniform State Law (la « NCCUSL ») des États-Unis. Il examine le cadre actuel des règles de droit en matière de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by au Canada, tant sous l'angle de la *common law* que sous celui du droit civil, ainsi que la nécessité de cette convention au Canada. En conclusion, le rapport recommande si le Canada devrait adopter ou non la Convention.

A. *Les objectifs de la Convention*

[2] Dans sa note explicative relative à la *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*, le secrétariat de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (« CNUDCI ») énonce les buts et objectifs recherchés, notamment :

1. « faciliter l'utilisation des garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, dans les contextes où l'un ou l'autre seulement de ces instruments est traditionnellement utilisé » et « renforce[r] également les principes et caractéristiques de base communs aux garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by »²;

2. « établi[r] un ensemble harmonisé de règles applicables aux deux types d'instruments [pour] renforce[r] la certitude juridique en ce qui concerne leur utilisation dans les opérations commerciales au jour le jour et permet[tre] de promouvoir l'offre de crédits aux emprunteurs publics », « faciliter[r] ... l'émission de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by en combinaison : par exemple, l'émission d'une lettre de crédit stand-by pour appuyer l'émission d'une garantie, ou vice versa, chaque engagement étant alors soumis au même régime juridique », et « faciliter[...] les "consortiums", qui pourront plus aisément combiner ces deux types d'instruments ».³

3. « donne[r] une assise législative à l'autonomie des parties en ce qui concerne l'application de règles convenues telles que les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU), élaborées par la Chambre de commerce internationale (CCI), ou d'autres règles qui pourront être conçues expressément pour traiter des lettres de crédit stand-by, ainsi que les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD), également élaborées par la CCI », et « en complète[r] l'application en traitant de [...] questions qui n'entrent pas dans leur champ, en particulier la question des demandes de paiement frauduleuses ou abusives et les recours judiciaires dans de tels cas »⁴.

[3] La note explicative 6 précise que « la Convention est axée sur la relation entre le garant (dans le cas d'une garantie indépendante) ou l'émetteur (dans le cas d'une lettre de crédit stand-by) (ci-après dénommé le « garant/émetteur ») et le bénéficiaire ».

B. *Le mandat*

[4] Ce rapport passe en revue le droit canadien pour établir s'il serait utile pour le Canada d'adopter cette Convention. À cette fin, les dispositions de cette Convention font l'objet d'une étude en fonction du droit canadien, qu'il s'agisse de la *common law* ou du droit civil, et compte tenu des dispositions similaires des RUU, des RPIS 98 et des RUGD. Les auteurs du présent rapport prennent pour acquis que la NCCUSL étudiera la Convention à la lumière de l'article 5 du *Uniform Commercial Code*, et ils se sont donc abstenus de le faire.

C. *La terminologie*

[5] Le présent rapport emploie la terminologie utilisée dans la Convention et la note explicative, de même que dans les RUU et les RUGD. Les RUGD utilisent des termes qui s'appliquent tant aux garanties bancaires qu'aux lettres de crédit stand-by. Ainsi, l'expression « engagement indépendant » signifie garantie indépendante et « lettre de crédit stand-by » comprend les termes contre-garante ; le « garant/émetteur » inclut le contre-garant et le confirmateur (ou banque confirmatrice).

D. *La structure du rapport*

[6] La deuxième partie de ce rapport présente l'état du droit canadien à l'égard des garanties indépendantes et des lettres de crédit *standby* (Partie II). La présentation se divise en deux temps, soit la *common law* (A.) et le droit civil (B.). La troisième partie s'attarde au champ d'application de la Convention (Partie III). Ceci vise notamment le

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

caractère international (A.) et l'exigence territoriale de celle-ci (B.). La quatrième partie concerne l'analyse comparative entre la Convention et le droit canadien, soit le cœur de notre rapport (Partie IV). Nous analyserons les points suivants, à savoir : la définition (A.), l'émission (B.), la modification (C.), le transfert du droit du bénéficiaire de demander paiement (D.), la cession du produit (E.), la détermination des droits et des obligations (F.), la norme de conduite et la responsabilité du garant/émetteur (G.), la demande de paiement (H.), et le paiement et la compensation (I.). La cinquième partie examine plus en profondeur les dispositions les plus ambitieuses, et peut-être aussi les plus controversées de la Convention, portant sur l'exception de fraude (A.) et les mesures judiciaires provisoires (B.) (Partie V). La dernière partie du rapport contient un certain nombre de conclusions et les recommandations des auteurs (Partie VI).

II. L'ÉTAT DU DROIT CANADIEN

A. *La common law*

[7] La *Loi constitutionnelle de 1867* ne fait pas spécifiquement mention des lettres de crédit. On pourrait plaider que, dans la mesure où l'usage veut que les lettres de crédit et les garanties indépendantes soient émises par les banques, elles sont de la compétence du gouvernement fédéral en vertu de son pouvoir de légiférer dans le secteur bancaire. S'il souhaitait le faire, il est indéniable que le gouvernement fédéral pourrait modifier la *Loi sur les banques* de façon à y inclure des dispositions portant précisément sur les lettres de crédit qu'elles émettent, et même d'y insérer les dispositions de la Convention. Le gouvernement fédéral pourrait-il aller jusqu'à adopter un texte plus général sur les lettres de crédit, englobant toute lettre de crédit émise par quiconque au Canada, y compris une entreprise constituée en vertu d'une loi provinciale? On peut en douter. Les provinces pourraient sans doute faire valoir à bon droit leur pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droits civils en vertu de la *Loi constitutionnelle*. Comme nous le verrons plus loin, la Convention ne vise que les lettres de crédit *internationales*, ce qui pourrait conférer au gouvernement fédéral l'autorité de faire de la Convention une loi fédérale en vertu de son pouvoir de légiférer en matière de commerce et de banques. Mais cette question n'est pas visée par le présent rapport, et elle devra faire être examinée de façon plus étroite.

[8] Si l'on examine la situation du point de vue de la *common law*, on ne retrouve aucune loi visant spécifiquement les lettres de crédit ou les garanties bancaires. Le droit qui les régit au niveau fédéral et dans les provinces de *common law* a été établi par les tribunaux qui se sont eux-mêmes référés aux décisions des tribunaux d'autres pays (plus particulièrement le Royaume-Uni et les États-Unis), et aux règles internationales de

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

pratique telles que les RUU. Les garanties bancaires à proprement dit, telles qu'on les connaît en Europe, ne sont pas utilisées au Canada, quoique les banques et autres institutions prêteuses donnent généralement le nom de « lettres de garantie » aux lettres de crédit *stand-by* qu'elles émettent, en reconnaissance du fait qu'il ne s'agit pas d'instruments de paiement, mais bien d'instruments de garantie.⁵ L'affaire *Distribulite Ltd. c. Toronto Board of Education Staff Credit Union*⁶ portait sur des « lettres de garantie » émises par une caisse d'épargne et de crédit. Le tribunal a remarqué à juste titre que, même si les lettres en question étaient décrites comme des lettres de « garantie » à plusieurs reprises, [TRADUCTION] « ce ne sont pas véritablement des garanties au sens propre parce que l'obligation assumée par la caisse d'épargne et de crédit ne découle pas d'une quelconque responsabilité du [requérant] envers les demandeurs [les bénéficiaires] »⁷. Le tribunal a ensuite déclaré :

[TRADUCTION] Ces différences avec les garanties ordinaires confèrent à ces documents un caractère hybride, et on les désigne selon le cas sous le nom de garanties d'exécution ou de crédits *stand-by* :

« Le crédit *stand-by* a donc un caractère hybride. C'est une garantie dans la mesure où l'obligation de payer est accessoire et non indépendante, mais il partage les attributs des crédits documentaires dans la mesure où le paiement est exigible sur présentation d'un document spécifique, sans qu'il soit nécessaire d'alléguer quelque fait que ce soit. À première vue, cela semble suffisant pour empêcher qu'on puisse le considérer juridiquement comme une garantie. »⁸

Cette caractéristique essentielle du crédit documentaire est qualifiée de principe de l'autonomie. Bien qu'on puisse qualifier le crédit *stand-by* « d'accessoire » parce qu'il est employé dans la plupart des cas pour garantir l'exécution d'une obligation et ne peut être invoqué qu'en cas de défaut d'exécution de l'obligation (indépendante) garantie, l'usage de l'expression « accessoire » porte à confusion. En vertu du principe d'autonomie, « l'obligation de la banque émettrice d'honorer une traite tirée sur un crédit lorsqu'elle est accompagnée de documents qui présentent l'apparence de conformité avec les conditions du crédit est indépendante de l'exécution du contrat sous-jacent à l'égard duquel le crédit a été accordé ». ⁹ Par conséquent, l'obligation de l'émettrice envers le bénéficiaire constitue en fait une obligation indépendante. La nature de l'obligation de l'émettrice envers le bénéficiaire, et en particulier son caractère exécutoire en *common law* (et même en droit civil) dans la mesure où il ne semble pas avoir y avoir échange de contrepartie entre le bénéficiaire et l'émettrice, ont fait l'objet de nombreux débats. Comme l'a souligné la Cour suprême du Canada :

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

« Il n'y a aucun doute qu'il existe des différences importantes entre le droit civil et la *common law* concernant la justification, dans la théorie contractuelle, de la nature légalement exécutoire de l'obligation de la banque émettrice envers le bénéficiaire aux termes d'une lettre de crédit irrévocable. L'opinion générale paraît être que l'obligation est d'une nature contractuelle *sui generis* à l'égard de laquelle aucune justification entièrement satisfaisante ne se trouve dans les catégories établies de la théorie contractuelle, mais la reconnaissance judiciaire de sa possibilité d'exécution légale est maintenant incontestable. »¹⁰

B. Le droit civil

[9] L'importance de qualifier la garantie autonome en droit civil découle, d'une part, de la possibilité d'harmoniser les normes internationales avec le droit québécois et, d'autre part, de la facilité avec laquelle le droit québécois peut s'harmoniser avec la *common law*. Certains civilistes ont tenté d'assimiler la garantie bancaire autonome à certains contrats nommés, notamment le cautionnement et la délégation de paiement¹¹. Les commercialistes optent plutôt pour un instrument contractuel innommé, soit de type *sui generis*.

i. Le cautionnement

[10] Les juristes de tradition romano-germanique ont tenté à maintes reprises d'associer la garantie bancaire indépendante au cautionnement. Au Québec, l'article 2333 C.c.Q. définit le cautionnement comme « le contrat par lequel une personne, la caution, s'oblige envers le créancier, gratuitement ou contre rémunération, à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas ». Le cautionnement se caractérise principalement par deux éléments. D'abord, il s'agit d'une sûreté personnelle et non réelle. Ensuite, cette sûreté est un accessoire à un engagement (créance) principal(e).

Généralement, les auteurs s'entendent pour affirmer que la garantie bancaire indépendante ne peut constituer un cautionnement. En effet, bien qu'il s'agisse d'une sûreté personnelle, cette garantie bancaire n'en demeure pas moins indépendante du contrat de base conclu entre les parties¹² et cette indépendance ne peut lui conférer ce statut d'accessoire intrinsèque au cautionnement. Si la théorie paraît simple en apparence, cela ne semble pas être le cas aux yeux des magistrats. À notre avis, ceci peut découler de la confusion qu'entretiennent parfois les juges entre la lettre de crédit et le simple cautionnement, puisque la lettre de crédit sert à l'occasion de garantie et non de paiement¹³. Par exemple, dans *Banque Nationale du Canada c. Construction Lamcorp*

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

*Inc.*¹⁴, l'obligation de fournir un cautionnement, selon l'article 2779 C.c.Q., a été remplie par l'émission d'une lettre de crédit irrévocable, que le juge appelle également une lettre de garantie bancaire. Ainsi, la cour associe un cautionnement à une lettre de crédit, sans toutefois apporter de plus amples explications. Les autres décisions québécoises vont dans le même sens¹⁵.

En droit français, l'analyse proposée par les tribunaux, notamment la Cour de cassation, est plus rigoureuse mais mène à un résultat similaire à celui du droit québécois. À ce sujet, la professeure Cantamine-Raynaud porte à notre attention quelques décisions intéressantes. Elle analyse deux décisions de la Chambre commerciale¹⁶ et de la 1^{re} Chambre civile¹⁷, dans lesquelles ces tribunaux ont décidé que la distinction entre une garantie bancaire indépendante et un cautionnement ne tenait que de leur objet. Dans le premier cas, l'intitulé du contrat était qualifié de cautionnement, mais le contrat lui-même était parsemé de contradictions. Néanmoins, comme le note la professeure Cantamine-Raynaud, « [l]'acte comportait [...] entre autres formules, l'engagement de payer "*toutes les sommes dues par la société Horizon 91 en cas de défaillance de celle-ci*"¹⁸ ». Comme le mentionne cette auteure, il faut se demander pourquoi, parmi plusieurs formules, seule celle-ci a été retenue. Il est possible que la cour ait favorisé la preuve plus explicite d'un cautionnement au lieu d'une garantie indépendante et que, dans le doute, le cautionnement prévalait. Dans la seconde décision, l'ambiguïté était moindre et la Cour d'appel a constaté que les parties avaient exprimé la volonté que « le paiement devrait se faire sur simple demande¹⁹ ». La 1^{re} Chambre civile a plutôt opté pour une vision classique suivant laquelle « l'engagement litigieux avait pour objet la propre dette du débiteur principal et n'était pas autonome²⁰ ». Le problème apparaît donc comme suit : lorsque l'intention des parties est de créer une garantie indépendante, il est nécessaire d'indiquer que le paiement aura lieu sur simple demande. Toutefois, la référence à une dette principale pour déterminer le montant à payer peut induire en erreur certains magistrats non familiarisés avec la garantie indépendante²¹.

Enfin, la Suisse semble partager le même point de vue que les tribunaux québécois et français. Par exemple, une décision du Tribunal fédéral suisse analyse un peu plus en détail les différences entre les garanties indépendantes et les garanties accessoires – soit les cautionnements²² –, en reprenant les propos des auteurs suisses Guggenheim²³ et Thévenoz²⁴. Dans le premier cas, la cour rappelle que, dès que les conditions imposées sont remplies, le bénéficiaire aura un recours contre le garant et que celui-ci ne pourra soulever les objections tirées de la relation contractuelle entre le bénéficiaire et le vendeur. Dans le second cas, les effets de la garantie accessoire, ou dépendante, « sont assimilés à ceux du cautionnement »²⁵, la nullité du principal annulant les effets de la garantie.

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

Il peut arriver que la distinction entre la garantie indépendante et accessoire apparaisse difficilement, comme cela s'est produit dans la décision française de la Chambre commerciale de la Cour de cassation de 1997. Alors que le tribunal français a simplement basé sa décision sur l'objet du contrat, la décision du tribunal suisse présente une analyse juridique plus approfondie. La cour propose plusieurs indices pour déterminer la nuance entre la garantie bancaire indépendante et le cautionnement. D'abord, bien que non déterminant, une garantie émise par une banque indique qu'il peut s'agir d'une garantie autonome. L'utilisation d'une garantie dans une transaction internationale suggère l'autonomie de cette garantie. Ensuite, « la référence au contrat de base ne permet pas à [elle] seul[e] de conclure à l'existence d'un engagement accessoire [...], car la garantie indépendante n'est jamais totalement séparée du contrat de base, puisque, même dans ce cas, le bénéficiaire doit au moins alléguer l'inexécution²⁶ ». Dans le même sens, l'engagement irrévocable n'est pas non plus déterminant, car il s'agit souvent d'une « formule usuelle de la pratique bancaire », et cette formule peut donc ne pas toujours signifier une renonciation à des droits ou encore à l'opposition d'exceptions ou d'objections. Toutefois, cette renonciation se voit tout de même attribuer un indice décisif par la doctrine. Enfin, l'engagement, par le garant, de payer à première demande suggère l'existence d'une garantie autonome²⁷.

ii. La délégation de paiement

[11] Une autre école tente d'assimiler la garantie bancaire indépendante à la délégation de paiement²⁸. L'article 1667 C.c.Q. définit la délégation de paiement comme suit : « La désignation par le débiteur d'une personne qui paiera à sa place ne constitue une délégation de paiement que si le délégué s'oblige personnellement au paiement envers le créancier délégataire ; autrement, elle ne constitue qu'une simple indication de paiement ». À première vue, l'analogie présente quelques attraits : trois parties sont impliquées dans la transaction et il existe un engagement personnel du délégué de s'engager. En ce qui concerne l'application de la théorie de la délégation au monde financier, certains avancent que cette théorie explique certains mécanismes de financement²⁹.

Il est toutefois difficile d'alléguer que la délégation pourrait permettre d'expliquer le mécanisme de la garantie indépendante. Premièrement, bien que l'article 1669 C.c.Q. dispose que « [l]e délégué ne peut opposer au délégataire les moyens qu'il aurait pu faire valoir contre le délégant, même s'il en ignorait l'existence au moment de la délégation », il importe de considérer l'article 1670 C.c.Q., qui prévoit que « [l]e délégué peut opposer au délégataire tous les moyens que le délégant aurait pu faire valoir contre le délégataire. Le délégué ne peut, toutefois, opposer la compensation de ce que le délégant doit au

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

délégataire, ni de ce que le délégataire doit au délégant ». Cette possibilité, pour le délégant, d'opposer tous les moyens au délégataire, sous réserve de la compensation, place la délégation imparfaite de paiement en contradiction avec le principe fondamental de l'autonomie du crédit documentaire et de la garantie bancaire autonome. Deuxièmement, la vocation économique de la délégation s'oppose fondamentalement au crédit documentaire : la délégation découle de relations juridiques antérieures destinées à l'économie de transferts multiples de valeurs³⁰, tandis que le crédit documentaire irrévocable – en ce sens, similaire à la garantie – requiert l'intervention d'un banquier qui paiera en échange de documents conformes³¹. Troisièmement, dans la délégation, l'initiative est prise par le délégant, tandis que dans la garantie bancaire indépendante, le bénéficiaire enclenche l'opération³². Quatrièmement, l'article 1668 C.c.Q. doit être interprété selon la conception nouvelle de la délégation imparfaite de paiement, qui ne semble pas nécessiter le consentement du délégataire, contrairement à la délégation parfaite³³. Transposé dans le contexte d'une garantie bancaire autonome, cela implique que le bénéficiaire doit faire savoir son consentement au banquier. Difficilement conciliable avec la pratique bancaire, surtout internationale, cette exigence devient donc utopique en l'espèce. En d'autres termes, comme le fait remarquer une auteure française, « cette approche s'épuise à traquer l'esprit même du [d]roit du crédit : l'autonomie de l'engagement bancaire par rapport au contrat de vente sous-jacent³⁴ ».

La délégation parfaite de paiement implique une novation par changement de débiteur, de créancier ou de dette. Dans une garantie bancaire indépendante, la banque du donneur d'ordre de la garantie ne remplace pas le débiteur mais s'ajoute à celui-ci, à l'image d'une caution. Également, la dette principale n'est pas éteinte par la garantie apportée par la banque. Dans tous les cas, l'article 1665 C.c.Q. énonce clairement que l'*animus novandi* ne se présume pas et doit être évident³⁵. Considérant que tous les éléments essentiels de la délégation doivent se retrouver dans le crédit, celui-ci ne pourrait que difficilement trouver sa place dans la délégation parfaite³⁶.

iii. Le contrat innommé ou sui generis

[12] À notre avis, la difficulté, pour les civilistes, d'encadrer la garantie bancaire indépendante par l'entremise des contrats nommés – donc, par le Code civil du Québec – doit être résolue en déterminant que la nature de cet instrument tient d'un contrat *sui generis*. Cette solution s'adapte mieux à la garantie bancaire indépendante qu'aux institutions civilistes traditionnelles, notamment le cautionnement et la délégation, la première ayant démontré une évolution constante et plus marquée au fil des ans que ces dernières³⁷. Plus particulièrement, rattacher la garantie bancaire indépendante aux institutions traditionnelles dénature ce crédit qui a été, nous l'avons vu, forgé par la pratique bancaire et les usages commerciaux³⁸.

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES
ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

III. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

A. *L'internationalisation de la convention*

[13] Le paragraphe 1(1) de la Convention stipule qu'elle s'applique « à tout engagement international ». Le caractère « international » de cet engagement est précisé à l'article 4 de la Convention qui prévoit qu' « un engagement est international si les établissements, tels qu'ils sont spécifiés dans l'engagement, de deux des personnes suivantes sont situés dans des États différents : garant/émetteur, bénéficiaire, donneur d'ordre, partie ordonnatrice, confirmateur ».

[14] La note explicative est muette quant aux raisons pour lesquelles la Convention ne s'applique qu'aux engagements internationaux. Sans doute parce que les Nations Unies ne s'intéressent qu'au droit « international », et non pas au droit interne des pays en matière de lettres de crédit. Mais alors, pourquoi codifier les règles applicables aux « engagements internationaux » comme c'est le cas dans la Convention, et ne pas assujettir les engagements n'ayant aucun caractère international à ces mêmes règles? On risquerait de se retrouver au Canada avec deux séries de règles, une qui vaudrait pour les crédits intérieurs, et l'autre pour les crédits internationaux.³⁹ Si le Canada devait adopter la Convention, il faudrait s'interroger très sérieusement sur l'opportunité d'éliminer cette distinction artificielle, soit en adoptant une loi aux effets semblables pour les engagements n'ayant aucun caractère international.

B. *L'exigence territoriale*

[15] Le paragraphe 1(1) précise en outre que la Convention s'applique à tout engagement international a) si l'établissement du garant/émetteur dans lequel l'engagement a été émis est situé dans un État contractant; ou b) si les règles du droit international privé aboutissent à l'application de la législation d'un État contractant, à moins que l'engagement n'exclue l'application de la présente Convention. Le paragraphe 1(2) prévoit que la Convention s'applique aussi à une lettre de crédit internationale non visée à l'article 2 s'il y est expressément mentionné qu'elle est soumise à la Convention. Cela permet aux parties à un crédit commercial ou documentaire de se prévaloir de la Convention pour une raison ou une autre. Finalement, le paragraphe 1(3) prévoit que Les dispositions des articles 21 et 22 s'appliquent aux engagements internationaux visés à l'article 2, indépendamment du paragraphe 1 (1).

[16] L'article 21 prévoit que l'engagement est régi par la loi dont le choix est a) stipulé dans l'engagement ou démontré par les termes et conditions de l'engagement ou b)

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

convenu par ailleurs par le garant/émetteur et le bénéficiaire. L'article 22 prévoit qu'à défaut de choix d'une loi conformément à l'article 21, l'engagement est régi par la loi de l'État où est situé l'établissement du garant/émetteur dans lequel l'engagement a été émis.

[17] En résumé, on peut donc dire que la Convention s'applique à un engagement dans les cas suivants : a) dans le cas d'une lettre internationale de crédit non régie par l'article 2, si l'engagement le stipule, b) l'établissement du garant/émetteur dans lequel l'engagement a été émis se trouve dans un État contractant, à moins que l'engagement n'exclue l'application de la Convention ou ne réfère à la loi d'un État non contractant, c) les règles du droit international privé aboutissent à l'application de la législation d'un État contractant, à moins que l'engagement n'exclue l'application de la présente Convention ou ne réfère à la loi d'un État non contractant ou d) la loi à laquelle réfère l'engagement, qu'il infère, ou à l'application de laquelle le garant/émetteur et le bénéficiaire consentent ailleurs, est celle d'un État contractant.

IV. L'ANALYSE COMPARATIVE

A. *La définition de l' « engagement »*

[18] Une lettre de crédit stand-by peut être utilisée dans toute situation de paiement ou de garantie et semble se distinguer d'un crédit commercial ou documentaire seulement dans la mesure où les documents à présenter pour en obtenir paiement sont inexistantes ou très simples. Parmi les exemples d'utilisation d'un crédit stand-by, mentionnons :

1. un instrument de paiement
 - (a) révocable, pour payer des salaires à l'étranger, effectuer des paiements entre sociétés ou payer des notes de frais;
 - (b) irrévocable, pour :
 - (i) acquitter le principal, le prix d'achat ou l'intérêt dans le cas d'obligations;
 - (ii) remplacer un contrat de transfert d'actions;
 - (iii) effectuer un paiement échelonné;
 - (iv) effectuer un paiement en vertu d'un billet à ordre;
 - (v) payer des produits et des services lorsque les parties se font confiance et qu'elles ont renoncé aux exigences de documentation complète pour s'éviter des frais, à la place d'un crédit documentaire;
2. un instrument de garantie irrévocable tenant lieu de cautionnement de soumission, d'achèvement et d'aval, d'une garantie bancaire, d'espèces ou de toute sûreté accessoire, ou pour soutenir la garantie ou l'engagement d'une autre banque (une

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

filiale dans un autre pays, par exemple),⁴⁰ ou pour « pour garantir l'exécution d'obligations contractuelles telles que des obligations de construction, de fourniture et de paiement; garantir le remboursement d'une avance dans le cas où un tel remboursement serait requis; garantir l'obligation qu'a le soumissionnaire retenu de conclure le marché; assurer le remboursement d'un montant dû en vertu d'un autre engagement; appuyer l'émission de lettres de crédit commerciales et d'assurances; et renforcer la solvabilité d'emprunteurs publics ou privés » (voir la note explicative 3).

[19] En ce qui concerne la Convention, l'article 2 de celle-ci définit un « engagement » comme étant « un engagement indépendant, connu dans la pratique internationale sous le nom de garantie indépendante ou lettre de crédit stand-by ». Le critère de l'indépendance, qui caractérise cet instrument, s'inspire de la lettre de crédit et est codifié à l'article 3 des *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires*⁴¹. La Convention ajoute que l'indépendance ne dépend pas d'une obligation sous-jacente, de tout engagement ou d'un terme ou d'une condition, à l'exception de la « présentation de documents ou d'un autre acte ou fait de même nature susceptible d'être constaté par un garant/émetteur dans l'exercice de son activité ».⁴²

[20] La caractéristique intrinsèque de l'indépendance d'une lettre de crédit – qui, sur cette question, est soumise aux mêmes principes que la garantie autonome ou la lettre de crédit *standby* – ne pose pas de problème en droit canadien, tant en jurisprudence qu'en doctrine. Dans le cas de la lettre de crédit *standby*, la définition de la Convention reflète l'autonomie dont il est question dans l'arrêt *Distribulite Ltd. c. Toronto Board of Education Staff Credit Union*.⁴³ Le tribunal y énonce que les « caractéristiques essentielles » d'une lettre de crédit *stand-by* sont que [TRADUCTION] « l'engagement est accessoire et dépend du défaut du client et... que le paiement procède de la présentation des documents requis, indépendamment des faits et sans preuve de ceux-ci ».⁴⁴ En ce qui concerne la lettre de crédit, l'acceptation de la théorie de l'indépendance de l'instrument par rapport au contrat de base est reconnue par la Cour suprême du Canada dans la célèbre décision *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd. et al.*⁴⁵. En l'espèce, le juge Le Dain affirme, dans un passage fréquemment repris, que « [l]e principe fondamental régissant les lettres de crédit documentaires et la caractéristique qui leur donne leur utilité et leur efficacité commerciales internationales sont que l'obligation de la banque émettrice d'honorer une traite tirée sur un crédit lorsqu'elle est accompagnée de documents qui présentent l'apparence de conformité avec les conditions du crédit est indépendante du contrat sous-jacent à l'égard duquel le crédit a été accordé »⁴⁶. Parmi les multiples commentaires relatifs à cette décision, il est intéressant de noter l'opinion du professeur français Michel Vasseur au sujet de cet arrêt : « Ce très important arrêt de la Cour suprême

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

du Canada témoigne, s'il en était besoin, que l'unité conceptuelle du crédit documentaire, régie au niveau international par les Règles et usances, a pour conséquence que les problèmes qu'il soulève se posent de la même façon dans tous les pays, même s'ils n'y reçoivent pas les mêmes solutions. » [nos italiques]⁴⁷.

[21] Outre le fait que la lettre de crédit, la lettre de crédit *standby* et la garantie autonome soient indépendantes, il importe d'examiner si la définition de ces instruments en droit canadien est conforme à la Convention. Notons tout d'abord notre préoccupation, autant en *common law* qu'en droit civil, d'avoir une définition codifiée de la lettre de crédit *stand-by* qui serait ou trop large ou trop étroite.

[22] Dans l'affaire *Distribulite*, le tribunal a établi une distinction entre une lettre de crédit et une lettre de crédit *stand-by*, cette dernière étant [TRADUCTION] « offerte à titre de garantie, et non à titre de paiement, car le paiement n'est effectué par l'émettrice qu'en cas de défaut du premier créancier ». ⁴⁸ Par opposition à la longue liste des situations dans lesquelles on peut employer la lettre de crédit *stand-by*, on constate que la définition offerte par les tribunaux canadiens de *common law* n'était pas très évoluée au moment de la décision rendue dans *Distribulite* (en 1987). Le petit nombre de dossiers en cette matière examinés au Canada depuis cette date n'a pas permis de faire vraiment avancer la jurisprudence en cette matière. Codifier maintenant la lettre de crédit *stand-by* pourrait enlever aux tribunaux dans l'avenir toute flexibilité pour déterminer si un document donné constitue ou non une lettre de crédit *stand-by*.

[23] Comme il est mentionné plus haut, la définition énonce d'abord que cet engagement « est connu par la « pratique internationale » sous le nom de garantie indépendante ou lettre de crédit *stand-by* ». Le sens de l'expression « pratique internationale » n'est pas clair. Comme nous le verrons plus loin à propos du paragraphe 13(2) de la Convention, il s'agit des mêmes termes que ceux qui sont utilisés dans les RUU et dans les RPIS 98, mais leur manque de clarté préoccupe au moins un commentateur. En effet, une préoccupation de nature technique découle de la décision rendue dans *Distribulite*, qui précise qu'au Canada de nombreuses lettres de crédit *stand-by* sont qualifiés de lettres de garantie. Or la Convention ne parle pas de lettres de garantie. Sans doute ce point technique n'empêchera-t-il pas ces lettres de garantie de constituer des engagements au sens donné à ce terme dans la Convention. La Convention précise spécifiquement, dans la Note explicative 8, que les garanties sur demande, les garanties à première demande, sur simple demande ou bancaire sont sous l'égide de la Convention (comportant toutefois des noms différents pour les garanties indépendantes). Le droit québécois, et en particulier la jurisprudence qui réfère régulièrement à ce concept de pratique internationale, n'élabore pas davantage sur sa teneur.

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

[24] La définition précise ensuite que l'engagement est « pris par une banque ou une autre institution ou personne ». Ces termes sont suffisamment généraux pour viser la situation décrite dans *Distribulite*, la lettre de crédit *stand-by* ayant en l'espèce été émis par une institution autre qu'une banque (les banques étant les seules émettrices dont il est question dans les RUU 500, par exemple). Cette exigence ne pose aucun problème en droit québécois. Il est possible que l'engagement soit donné par un autre organisme qu'une banque⁴⁹, bien que la garantie autonome soit habituellement une garantie bancaire autonome⁵⁰.

[25] La définition précise ensuite que l'engagement est « de payer au bénéficiaire un certain montant ou un montant déterminable sur simple demande ou sur demande accompagnée d'autres documents, conformément aux termes et à toutes conditions documentaires de l'engagement ». Il s'agit encore une fois de termes très larges qui pourraient englober un crédit documentaire.

[26] La définition se poursuit ensuite avec l'exigence que la demande « indi[que], ou [qu'on puisse en déduire], que le paiement est dû (1) en raison de la non-exécution d'une obligation, ou (2) pour toute autre éventualité, ou (3) en raison d'un prêt ou d'une avance d'argent ou (4) du fait de l'arrivée à échéance d'une dette du donneur d'ordre ou d'une autre personne ». Il s'agit encore une fois d'un libellé très général. Un engagement pourrait être une garantie (payable seulement en cas de défaut du requérant), ou un mécanisme de paiement (payable seulement sur demande d'acquitter une dette effective, que le défaut soit survenu ou non).

[27] Il semblerait que la définition d'« engagement » soit probablement suffisamment large que l'on n'a pas à se demander si elle serait de nature à empêcher les tribunaux dans le futur de déterminer si un document soumis à leur attention constitue ou non une lettre de crédit *stand-by*. Bien au contraire, on doit plutôt espérer que cette définition aidera les tribunaux dans leur examen des lettres de crédit *stand-by*.

[28] L'article premier de la Convention soulève une question relativement à l'alinéa 1 (2) c) au paragraphe 1 (4) qui permet à un émetteur d'émettre un engagement à sa propre demande (où l'émetteur est à la fois émetteur et donneur d'ordre), ou d'émettre un engagement qui désigne l'émetteur comme bénéficiaire. Dans son exposé sur la Convention,⁵¹ le professeur Dolan estime que la Convention ne devrait pas avoir pour effet de sanctionner les possibilités de conflits que créent ces situations.

B. L'émission

[29] L'article 7, le premier du Chapitre III de la Convention, s'intitule : Forme et teneur de l'engagement. En vertu du paragraphe 7(1), l'émission d'un engagement se produit au moment et au lieu où l'engagement cesse d'être sous le contrôle du garant/émetteur intéressé. Ce libellé ressemble à celui du paragraphe 2.03 des RPIS 98 où l'on utilise plutôt l'expression « quitter le contrôle » (sans doute pour élargir le concept, de telle façon, par exemple, que, dans l'hypothèse où l'engagement se serait trouvé entre les mains d'un agent ou d'un conseiller juridique de l'émetteur au moment de son émission, il serait impossible de prétendre qu'il avait « quitté le contrôle » de l'émetteur). La note explicative 25 prétend que « la Convention favorise la certitude dans un domaine traditionnellement incertain en raison de la coexistence de notions différentes ». Dans ce paragraphe, cesser d'être sous le contrôle est assimilé à la situation où l'engagement est « envoyé au bénéficiaire ». Le droit canadien a peu à dire sur la question de l'émission d'un crédit. Une lettre de crédit peut être communiquée à un bénéficiaire de différentes façons. Par exemple, une banque notificatrice peut recevoir un avis relatif à l'émission d'un crédit et se voir chargée d'en notifier le bénéficiaire.⁵² Cette façon de procéder sera présumée constituer une émission – par exemple en vertu du paragraphe 11(a) des RUU, lorsqu'une banque émettrice charge une banque notificatrice par une télétransmission authentifiée de notifier un crédit, la télétransmission devient l'instrument de crédit. Il semble que le libellé du paragraphe 7(1) soit suffisamment souple pour viser toutes les formes d'émission, mais il n'est pas clair qu'il règle le cas des crédits particuliers.

[30] Le paragraphe 7(2) précise qu'un engagement peut être émis sous toute forme préservant un enregistrement complet du texte dudit engagement et permettant une authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou selon une procédure convenue. Cette méthode s'inspire directement de l'article 4A-202 du *Uniform Commercial Code*⁵³ et du paragraphe (2) de l'article 5 de la *Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (Loi type sur les virements)*⁵⁴. Comme on le verra, cette définition très souple de la forme d'un engagement revient à plusieurs reprises dans le texte de la Convention. La note explicative 26 précise que la Convention énonce des conditions « souples et tournées vers l'avenir ». En n'exigeant pas que l'engagement soit en forme "écrite", la Convention permet l'émission sur un support autre que le papier (soit par l'échange de données informatisées) ». Il est intéressant que la Convention s'ouvre vers les nouvelles technologies, mais un pas supplémentaire devrait être franchi afin d'accommoder les usagers d'Internet, comme l'a fait récemment la Chambre de commerce internationale (« CCI ») par le *Supplément électronique aux RUU 500 pour la présentation électronique*⁵⁵. Le droit canadien et québécois s'est modernisé en ce sens. Les RUU et les RPIS 98 sont conçues en fonction de lettres de crédit sous forme écrite, et

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

les RUGD réfèrent également à une forme écrite pour les garanties. Les définitions de la Convention sont donc souples et larges. Que cela soit particulièrement utile est une toute autre question.

[31] Notons au passage que dans la définition que donne l'article 2 du terme « engagement », il n'est pas question d' « émettre », mais de « prendre », un concept plus général. Quelle importance revêt donc l' « émission »? Le paragraphe 7(3) précise que la demande de paiement ne peut-être faite qu'à compter de l'émission d'un engagement. De plus le paragraphe 8(2) prévoit qu'un engagement n'est modifié qu'à compter de l'émission de la modification. L'émission de l'engagement revêt aussi une importance à l'alinéa c) de l'article 12 relativement à la date d'expiration.

[32] Le paragraphe 7(4) prévoit que l'engagement est irrévocable dès son émission, à moins qu'il n'ait été stipulé qu'il est révocable. Cette démarche est conforme à celle de l'alinéa 6c) des RUU, et de l'article 5 des RUGD. En vertu du paragraphe 1.06 des RPIS 98, les lettres de crédit *stand-by* sont irrévocables.

C. La modification

[33] Toute modification effectuée en vertu du paragraphe (1) de l'article 8 ne peut l'être que sous la forme stipulée dans l'engagement ou, faute d'une telle stipulation, sous la forme visée au paragraphe (2) de l'article 7. En vertu des paragraphes 2 et 3 de l'article 8, sauf disposition contraire de l'engagement ou sauf convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, un engagement est modifié lors de l'émission de la modification si la modification a été autorisée au préalable par le bénéficiaire. Lorsqu'une modification n'a pas été autorisée par le bénéficiaire, l'engagement n'est modifié que lorsque le garant/émetteur reçoit un avis d'acceptation de la modification par le bénéficiaire dans une forme visée au paragraphe 2 de l'article 7. En d'autres termes, le bénéficiaire n'est pas lié par une quelconque modification à laquelle il n'a pas consenti. Cette pratique est conforme au sous-alinéa 9d) des RUU selon lequel un crédit ne peut être « ni amendé ni annulé sans l'accord de la Banque émettrice, de la Banque confirmante s'il y en a une, et du bénéficiaire ». La référence à une acceptation de la modification dans une forme visée au paragraphe 2 de l'article 7 peut poser problème. Sous la *common law*, [TRADUCTION] « ...il n'est pas nécessaire que le consentement à la modification soit sous forme écrite ou qu'elle ait été expressément consentie. Les tribunaux ont statué que la présentation des documents de transport exigés par les termes d'une modification était réputée constituer une acceptation des termes de cette modification [...]»⁵⁶. Donc, à supposer que l'exigence voulant que l'engagement, ou toute modification à celui-ci, soit dans une forme visée au paragraphe 2 de l'article 7 en

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

vienne à être interprétée par les tribunaux comme signifiant que toute modification ou son acceptation doit être sous forme écrite, il s'agirait d'une modification des règles de la *common law*, et elles y perdraient en souplesse.

[34] La disposition des RUU évoquée plus haut se distingue en ce qu'elle ne fait aucune mention du donneur d'ordre. Il est d'usage d'exiger également le consentement du donneur d'ordre pour modifier une lettre de crédit⁵⁷, même si les RUU ne le précisent pas. La Convention est surtout axée sur la relation émetteur/bénéficiaire, et ne mentionne que ceux-ci aux paragraphes 2 et 3 de l'article 8. De façon intéressante, cependant, la Convention stipule ensuite, au paragraphe 4 de l'article 8, que la modification d'un engagement n'a d'effet sur les droits et obligations du donneur d'ordre ou d'un confirmateur que s'ils acceptent ladite modification.⁵⁸

D. Le transfert/la cession du produit

[35] En vertu du paragraphe (1) de l'article 9, le droit du bénéficiaire de demander paiement ne peut être transféré que si cela est autorisé dans l'engagement et dans la mesure où - et de la manière dont - cela est autorisé dans l'engagement. Cette disposition ressemble au premier paragraphe de l'article 4 des RUGD. Le paragraphe (2) de l'article 9 énonce ensuite que si un engagement est désigné comme transférable sans qu'il soit spécifié si le consentement du garant/émetteur ou de toute autre personne autorisée est requis pour qu'il y ait effectivement transfert, le garant/émetteur n'est pas tenu d'effectuer de transfert, à moins d'y consentir. Cette façon de procéder ressemble à celle qui est prévue par les alinéas 48a), b) et c) des RUU, confirmée par les tribunaux dans l'arrêt *Bank Negara Indonesia 1946 c. Lariza (Singapore) Pte. Ltd.*⁵⁹ Autrement, il faut noter que ces dispositions de la Convention sont beaucoup moins détaillées que l'article 48 des RUU ou la règle 6 des RPIS 98, et ne font aucune mention des cas tels que les transferts multiples, les transferts partiels, la notification des modifications et les frais de transfert.

[36] En vertu du paragraphe (1) de l'article 10, sauf disposition contraire de l'engagement ou sauf convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, le bénéficiaire peut céder à une autre personne tout produit auquel il peut ou pourra avoir droit. Le second paragraphe de l'article 4 des RUGD, et l'article 49 des RUU énoncent seulement que le bénéficiaire peut céder le produit, tandis que le paragraphe 6.07 des RPIS 98 prévoit que le garant/émetteur n'est pas obligé de donner suite à une cession du produit qu'il ne reconnaît pas. En vertu du paragraphe 2 de l'article 10, si le garant/émetteur a reçu un avis émanant du bénéficiaire faisant état de la cession irrévocable par le bénéficiaire, le paiement au cessionnaire libère le débiteur de son obligation en vertu de l'engagement. Cela semble laisser ouverte la question que soulève la règle énoncée par les

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES
ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

RPIS 98 – le garant/émetteur peut-il choisir de reconnaître la cession, autrement dit peut-il choisir de payer le cédant même après avoir reçu notification de la cession?

[37] En Ontario, le paragraphe 53(1) de la *Loi sur les actes translatifs de propriété et le droit des biens*⁶⁰, prévoit ce qui suit : « Est valable [...] la cession inconditionnelle d'une créance ou d'un autre droit d'action faite [...] par un écrit que signe le cédant, si le cédant en donne avis exprès et par écrit à la personne qui en est redevable à son endroit, notamment au débiteur ou au fiduciaire. La cession transporte [...] les droits du cédant reconnus par la common law, les recours qu'il possède, [...] et le pouvoir de donner sans la participation du cédant une quittance libératoire, sous réserve des droits qui auraient eu en equity préférence sur ceux du cessionnaire ». En d'autres termes, si le garant/émetteur se voit notifier la cession du produit et persiste à payer le cédant, sa responsabilité pourrait être doublement engagée.

Au Québec, les obligations imposées par les articles 1637 et s. C.c.Q. sont similaires. Le créancier peut céder sa créance à la condition de ne pas rendre l'obligation plus onéreuse pour le débiteur⁶¹. Lorsque ce débiteur « a acquiescé ou qu'il a reçu une copie ou un extrait pertinent de l'acte de cession ou, encore, une autre preuve de la cession qui soit opposable au cédant », la cession est opposable à celui-ci et aux tiers dès ce moment⁶². La Convention ne contient aucune stipulation à l'effet contraire.

E. L'extinction du droit de demander paiement

[38] En vertu du paragraphe (1) de l'article 11, le droit du bénéficiaire de demander paiement en vertu de l'engagement s'éteint lorsque *a)* le garant/émetteur a reçu une déclaration du bénéficiaire le libérant de son obligation dans une forme visée au paragraphe 2 de l'article 7, *b)* le bénéficiaire et le garant/émetteur sont convenus de la résiliation de l'engagement, *c)* le montant énoncé dans l'engagement a été payé, à moins que l'engagement ne prévoie autre chose, ou *d)* la période de validité de l'engagement a expiré conformément aux dispositions de l'article 12. Ce concept n'est pas abordé directement dans les RUGD, les RUU ou les RPIS 98. L'extinction du droit du bénéficiaire de demander paiement en vertu d'une lettre de crédit après la date d'expiration stipulée dans l'engagement a été reconnue par les tribunaux,⁶³ même lorsque le garant/émetteur a déjà effectué par erreur des paiements après la date d'expiration.

[39] En vertu du paragraphe (2) de l'article 11, l'engagement peut disposer, ou le garant/émetteur et le bénéficiaire peuvent convenir par ailleurs, que le renvoi au garant/émetteur du document contenant l'engagement est requis pour que s'éteigne le droit de demander paiement. Toutefois, en aucun cas la conservation d'un tel document

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

par le bénéficiaire ne préserve un droit quelconque du bénéficiaire. La note explicative 34 précise ce qui suit : « [i] subsiste également des incertitudes dans certaines juridictions quant à l'effet de la conservation de l'instrument contenant l'engagement sur l'extinction définitive du droit de demander paiement ». Peut-être cela est-il dû au fait que cette question n'est pas abordée dans les RUU. L'article 24 des RUGD et le paragraphe 9.05 des RPIS 98 prévoient spécifiquement que la conservation de l'engagement ne se trouve à préserver quelque droit que ce soit.

[40] L'article 12 spécifie le moment où expire la période de validité d'un engagement. L'alinéa *a*) porte sur la date d'expiration, qui peut être une date spécifiée ou le dernier jour d'un délai déterminé énoncé dans l'engagement, étant entendu que, si la date d'expiration n'est pas un jour ouvrable là où est situé l'établissement du garant/émetteur dans lequel l'engagement est émis, la période de validité expire le premier jour ouvrable suivant cette date. En vertu de l'alinéa *a*) de l'article 42 des RUU et de l'article 9.01 des RPIS 98, tout crédit doit comporter une date d'expiration (ou être révocable par le garant/émetteur en vertu du paragraphe 9.01 des RPIS). La possibilité d'une prorogation automatique de la date d'expiration lorsque celle-ci n'est pas un jour ouvrable est prévue à l'alinéa *a*) de l'article 44 des RUU et 3.13 des RPIS 98. Les RUGD n'abordent pas cette question. Le paragraphe (b) évoque la survenance d'un acte ou d'un fait n'entrant pas dans la sphère d'activité du garant/émetteur. Dans ce cas, l'engagement expire lorsque le garant/émetteur est avisé de la survenance de cet acte ou de ce fait par la présentation du document spécifié à cette fin dans l'engagement ou, si aucun document n'est spécifié, d'une attestation du bénéficiaire certifiant que l'acte ou le fait est survenu. Cette éventualité n'est pas couverte dans les RUU, les RPIS 98 ou les RUGD. Le paragraphe (c) introduit une notion de finalité. Si l'engagement n'énonce pas une date d'expiration, ou si la survenance de l'acte ou du fait dont l'expiration est réputée dépendre n'a pas encore été établie par présentation du document requis et qu'une date d'expiration n'a en outre pas été spécifiée, l'engagement prend fin lorsque six ans se sont écoulés à compter de la date de son émission. Cette question n'est pas abordée dans les RUU, les RPIS 98, ou les RUGD, mais les alinéas *c*) et *d*) de l'article 5-106 du UCC stipulent que tout engagement ne portant pas de date d'expiration prend fin au bout d'un an, et un engagement prétendument perpétuel, au bout de cinq ans.

F. La détermination des droits

[41] L'article 13 est le premier du Chapitre IV de la Convention, qui s'intitule : Droits, obligations et exceptions. Le paragraphe 1 de l'article 13 prévoit que les droits et obligations du garant/émetteur et du bénéficiaire découlant de l'engagement sont déterminés par les termes et conditions énoncés dans l'engagement, y compris toutes règles ou conditions générales ou tous usages qui y sont mentionnés expressément (telles

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

que les RUU, les RPIS 98 et les RUGD), ainsi que par les dispositions de la présente Convention. Au Canada, il ne fait pas de doute que les références aux RUU et autres règles semblables, de même que les règles énoncées dans le UCC et ailleurs seront appliquées par les tribunaux.⁶⁴

[42] Le paragraphe (2) de l'article 13 prévoit que pour l'interprétation des termes et conditions de l'engagement et pour le règlement de questions qui ne sont pas traitées dans les termes et conditions de l'engagement ou dans les dispositions de la présente Convention, il sera tenu compte des « règles et usages internationaux généralement acceptés de la pratique en matière de garanties indépendantes ou de lettres de crédit stand-by ». Ce libellé ressemble à celui de l'alinéa *a*) de l'article 13 des RUU qui réfère aux « pratiques bancaires internationales » et de l'alinéa *b*) de l'article 4.01 des RPIS 98 qui réfère aux « pratiques usuelles en matière de stand-by ». John Dolan offre le commentaire suivant sur ce libellé :

[TRADUCTION] « Il n'est pas certain que de telles pratiques existent dans tous les cas. Il faut aussi se demander si dans certains cas de telles pratiques ne seront pas établies de façon *ad hoc* et élaborées *a posteriori* par des témoins experts. Il faut aussi se demander s'il n'y aurait pas lieu de « prouver » l'existence de ces pratiques en recourant aux méthodes traditionnelles utilisées pour faire la preuve de pratiques et de normes dans toute industrie, c'est-à-dire en démontrant qu'une pratique donnée était « si répandue dans l'industrie en question qu'on pouvait s'attendre qu'elle soit employée dans la transaction » [pour reprendre les termes de l'article 1-205(2) de l'UCC]. Dans la mesure où les règles de l'UCC sont incorporées dans un engagement, cette attente est raisonnable. Cependant, lorsque ces « pratiques » ne sont pas codifiées [référence omise], les tribunaux devraient obliger les parties qui allèguent de telles pratiques à en faire la preuve. [Renvoi omis] »⁶⁵

En ce qui concerne l'interprétation des contrats en droit civil québécois, l'article 1426 Cc.Q. mentionne qu'il doit être tenu compte « de sa nature, des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu'il peut avoir reçue, ainsi que des usages »⁶⁶. Bien qu'étant des sources secondaires du droit, les usages et les coutumes sont reconnus en droit québécois pour interpréter un contrat, à la condition de respecter cinq conditions, soit d'être anciens, fréquents, publics, généraux et uniformes⁶⁷. Toutefois, les juges québécois sont discrets sur la signification d'une pratique bancaire internationale, ou même d'usages internationaux. Bien que les usages soient prévus à plusieurs endroits dans le C.c.Q., il importe de souligner l'article 1434 C.c.Q., qui indique que « [l]e contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi ». Ainsi, le droit québécois reconnaît que les usages servent non seulement à interpréter un contrat, mais également à obliger les cocontractants.

[43] Il n'existe aucun doute que les tribunaux tiennent déjà compte des pratiques internationales en matière de crédits *stand-by* lorsqu'ils sont appelés à interpréter les termes d'une lettre de crédit. En effet, les RUU et d'autres publications de la Chambre de commerce internationale (CCI) servent de référence pour les pratiques de l'industrie, et à leur tour ces documents réfèrent, au point de s'en remettre complètement, aux pratiques usuelles de l'industrie en matière de lettres de crédit *stand-by*. Que la Convention y réfère ne constitue pas un facteur de nouveauté. Le fait que le Canada pourrait adhérer à cette Convention est-il de nature à leur donner plus de poids que celui que leur confère déjà les RUU ? Il semblerait que non, quoique l'admonestation du professeur Dolan relativement à la nécessité de prouver l'existence de ces pratiques n'en devient que plus importante pour les tribunaux, arbitres ultimes de l'existence de ces pratiques.

G. La norme de conduite

[44] Le paragraphe (1) de l'article 14 prévoit que lorsqu'il s'acquitte de ses obligations en vertu de l'engagement et de la Convention, le garant/émetteur agit de bonne foi et exerce un soin raisonnable compte dûment tenu des normes généralement acceptées de la pratique internationale en matière de garanties indépendantes ou de lettres de crédit *stand-by*. Le paragraphe (2) de l'article 14 prévoit que le garant/émetteur ne peut être exonéré de sa responsabilité lorsqu'il n'agit pas de bonne foi ou s'il a commis une faute lourde. En ce qui concerne l'obligation du garant/émetteur d'exercer un soin raisonnable lorsqu'il s'acquitte de ses obligations, cette obligation est similaire à celles prévues à l'article 13(a) des UCP 500 et à l'article 9 des URDG. Toutefois, toutes ces règles précisent que le garant/émetteur doit exercer un soin raisonnable lors de l'examen de la conformité des documents, cette précision étant absente de la Convention. Cette omission ne semble pas très importante, certes, puisque la référence de l'article 14 à des normes généralement acceptées dans la pratique internationale ("generally accepted international practice"), ce qui est similaire aux expressions utilisées dans les UCP, URDG et l'ISP 98, permet d'inférer qu'il s'agit de l'examen des documents. De toute façon, le paragraphe 16(1) règle cette question en disposant que le garant/émetteur examine la demande et tous documents joints conformément à la norme de conduite mentionnée au paragraphe 1 de l'article 14. Cette obligation (de conduite raisonnable dans l'examen des documents) ne pose pas de problème particulier dans la jurisprudence canadienne.

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

[45] L'obligation de bonne foi qu'impose l'article 14 de la Convention pose toutefois la délicate question de sa pertinence dans ce texte. Les points de vue de la *common law* et du droit civil divergent à cet égard. Relativement à la *common law*, il est intéressant de citer le professeur Dolan qui, dans son article sur l'opportunité d'adhérer à la Convention, déclare ce qui suit :

[TRADUCTION] « Cette référence à une obligation de bonne foi introduit une norme plutôt vague pour évaluer la conduite du garant/émetteur, par opposition à la norme plus stricte établie par les termes et conditions du crédit que les documents doivent respecter. On peut s'interroger sur la sévérité de cette norme. Si le garant/émetteur y répond, il s'est acquitté correctement de ses obligations. S'il n'y répond pas, ce n'est pas le cas. Dans un cas comme dans l'autre, la question de savoir si le garant/émetteur est de bonne foi n'a aucune pertinence.⁶⁸
[Renvoi omis].

Le professeur Dolan cite également les professeurs Goode et Kozolchuk au soutien de sa position. Dans son ancienne version de 1962, l'UCC stipulait à l'article 5-109 que [TRADUCTION] « le garant/émetteur avait l'obligation de se montrer de bonne foi envers ses clients et de respecter les pratiques bancaires usuelles ». Cette référence a été modifiée dans la version 1995 de l'UCC. L'article 5 de l'UCC n'impose plus aucune exigence générale de bonne foi, mais celle-ci demeure néanmoins dans certains cas. On ne la retrouve ni dans les RUU, ni dans les RPIS 98, mais elle est prévue par l'article 15 des RUGD. On a coutume de dire qu'en *common law*, il n'existe pas de [TRADUCTION] « doctrine générale de la bonne foi »,⁶⁹ quoiqu'il y ait plusieurs exceptions importantes.⁷⁰ L'imposition d'une obligation générale de bonne foi constituerait donc une modification à la *common law* actuelle.

[46] Quels effets aurait cette modification sur les tribunaux? Le droit relatif à l'exception de fraude au principe d'autonomie pourrait être touché. En vertu de l'UCC, il est question de bonne foi à l'alinéa 5-109(a)(2) qui stipule qu'un garant-émetteur, lorsqu'on lui présente un crédit qui semble conforme aux termes stipulés, mais qu'un document requis apparaît frauduleux, ou que le fait d'honorer la présentation pourrait faciliter la commission d'une fraude, peut en toute bonne foi choisir d'honorer ou non la présentation de la lettre. En bref, en vertu de l'UCC, un garant/émetteur peut choisir d'honorer la demande qui lui est faite en vertu d'une lettre de crédit, du moment qu'il agit de bonne foi.

Comme nous l'avons vu plus haut, il n'existe aucune obligation générale de bonne foi au Canada. Dans l'arrêt *Angelica-Whitewear*, la Cour suprême du Canada a clairement établi

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

que lorsqu'un donneur d'ordre a informé le garant/émetteur de l'existence d'une fraude, et que le garant/émetteur doit exercer son jugement pour déterminer s'il doit payer ou non, la norme applicable est de déterminer « si la fraude a [suffisamment] été établie à la connaissance [du garant/émetteur] avant le paiement de la traite de manière à rendre l'acte frauduleux claire et évident aux yeux de la banque ». ⁷¹ Il s'agit d'un fardeau lourd pour un donneur d'ordre. Cette norme s'apparente à celle de l'UCC dans laquelle le garant/émetteur est tenu d'agir de bonne foi. Celui-ci ne serait manifestement pas de bonne foi s'il choisissait de ne tenir compte d'une preuve de fraude que lui soumettrait le donneur d'ordre. Mais, à moins que la fraude en question ne soit « claire ou évidente » tant en vertu de l'UCC que de la loi canadienne, le garant/émetteur pourrait à bon droit ne pas tenir compte de la preuve de fraude fournie par le donneur d'ordre, et payer le bénéficiaire. ⁷²

[47] Le D^r Jens Nielsen, avocat en Allemagne, et Nicolai Nielsen, avocat aux États-Unis, sont les auteurs d'un article ⁷³ sur la façon dont les RPIS 98 reprennent la norme de bonne foi imposée par les régimes civilistes aux transactions commerciales. À leur avis, l'article 1.06(c)(iv) des RPIS 98, stipulant que le caractère exécutoire des obligations d'un émetteur en vertu d'une stand-by ne dépend pas de la connaissance qu'il avait de l'exécution ou de la violation de tout accord de remboursement ou de toute opération sous-jacente, est invalide en droit allemand dans la mesure où cet article oblige l'émetteur à payer sur demande, ou lui permet de le faire, même dans un cas de fraude évidente. À leur avis, l'obligation de bonne foi générale imposée aux garants/émetteurs les oblige à refuser d'honorer toute demande de paiement soumise par une personne non autorisée, ou lorsque celle-ci est [TRADUCTION] « objectivement illicite », même en l'absence de toute malice (c'est à dire en l'absence d'une « fraude », dans la mesure où la « fraude » suppose de la part du bénéficiaire une malhonnêteté, ou une intention de tromper) qui constitue selon les auteurs une exigence de la loi américaine. .

Il semble cependant que cette opinion des auteurs ne cadre pas avec la loi européenne en la matière. Les auteurs eux-mêmes signalent « l'existence d'un fort courant d'opinion porté par la doctrine et la [jurisprudence?] exigeant pour qu'il y ait fraude une volonté, une intention malicieuse ou frauduleuse, [ou] une conduite répréhensible, chez le défendeur [le donneur d'ordre] ». ⁷⁴ Les auteurs notent que les tribunaux français et britanniques exigent aussi la preuve d' « une intention de causer un dommage ». ⁷⁵ C'est aussi le cas au Canada. Dans l'arrêt *Cineplex Odeon Corp. c. 100 Bloor West General Partner Inc.*, ⁷⁶ le tribunal définit la fraude de la façon suivante:

[TRADUCTION] On ne peut parler de fraude dans le cas d'un différend légitime ou d'un désaccord sur l'interprétation d'un contrat. Quoique la fraude ne se prête pas facilement à une définition, il s'agit d'une notion

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

bien connue en droit, et elle doit, à mon avis, comporter une mesure de mauvaise conduite, de malhonnêteté ou d'intention de tromper. Dans l'affaire *Washburn c. Wright* (1913), 31 O.L.R. 138 (App. Div.), le juge Riddell déclare, à la page 147 :

Supposons que le défendeur ait eu tort sur un point ou un autre, il n'existe aucune preuve de fraude. La fraude n'est pas une erreur, une mauvaise interprétation de contrat ; la fraude est « quelque chose de malhonnête et de moralement répréhensible, et l'on peut causer beaucoup de mal et de dommages inutiles lorsqu'on emploie ce terme au lieu d'employer les termes « illégal » ou « illégalité » qui seraient plus appropriés dans les circonstances ». *Ex p. Watson* (1888), 21 Q.B.D. 301, jugement rendu par le juge Wills, p. 309.⁷⁷

En résumé, il semble que les auteurs se trompent sur les effets de l'article 5-109(a)(2) de l'UCC et de l'article 1.06(c)(iv) des RPIS 98 – ces dispositions « n'exigent pas que la banque honore la demande de paiement dans des cas évidents de fraude ».⁷⁸ Au contraire, autant la loi canadienne que la loi américaine exigent que le garant/émetteur n'honore pas la demande de paiement si la fraude est évidente. Il semble donc que l'imposition d'une obligation de bonne foi au garant/émetteur n'entraînera pas de modification au droit de l'exception de fraude.

Le point de vue civiliste de Nielson rejoint en partie les préoccupations des juristes québécois sur la notion de bonne foi dans les contrats. Cette obligation d'exercer ses droits selon les exigences de la bonne foi, inspirée du droit français, se retrouve aux articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. Ce dernier article prévoit que « [l]a bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». En fait, comme le rappellent les auteurs Jobin et Vézina⁷⁹, la notion de bonne foi ne s'évalue pas seulement de manière subjective – « disposition d'esprit dans laquelle se trouve une personne lorsqu'elle agit » –, mais aussi de manière objective, comme l'a imposé la Cour suprême dans trois décisions importantes⁸⁰. Ainsi, « [l]a bonne foi est donc devenue l'éthique de comportement exigée en matière contractuelle [...]. Elle suppose un comportement loyal et honnête [référence omise]. On parle alors d'agir selon les exigences de la bonne foi »⁸¹.

En droit civil québécois, il importe de nuancer entre l'obligation de bonne foi lors de l'examen des documents et la réaction d'une banque émettrice à la demande d'un donneur d'ordre qui allègue être victime d'une fraude. L'obligation de bonne foi existe

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

dans ces deux situations. Le fardeau de preuve imposé au donneur d'ordre lors de l'examen de la conformité des documents n'est pas aussi exigeant que lorsque le donneur d'ordre allègue qu'il y a eu une fraude. Dans le premier cas, la banque émettrice doit simplement agir de bonne foi, sans intention malicieuse, dans l'accomplissement de sa tâche. Dans le second cas, le fardeau de la preuve imposé au donneur d'ordre québécois est sensiblement le même qu'en *common law* canadienne. Le cas échéant, le non-respect par une banque émettrice de son obligation de bonne foi envers le donneur d'ordre pourrait donc être insuffisant *per se* pour que ce dernier se voie accorder une mesure provisoire – par exemple, une injonction – et empêcher sa banque de payer un bénéficiaire. Enfin, mentionnons que l'exigence de la bonne foi dans la Convention ne pose aucun problème aux yeux des civilistes français⁸².

En conséquence, il appert que la bonne foi exigée par la Convention soit compatible avec le droit civil québécois, mais elle se marie difficilement avec les concepts de *common law*. Ainsi, dans la mesure où l'article 14, en important une obligation de bonne foi qu'on ne retrouve pas en *common law*, constitue un changement en *common law* ou fournit aux tribunaux un autre outil pour interpréter une transaction sur une lettre de crédit, le professeur Dolan et certains autres estiment qu'il ne s'agit pas d'une bonne chose.

H. La demande et l'examen de la demande

[48] Le paragraphe (1) de l'article 15 prévoit que toute demande de paiement en vertu de l'engagement est faite dans une forme visée au paragraphe 2 de l'article 7 et conformément aux termes et conditions de l'engagement. Le paragraphe (2) de l'article 15 prévoit quant à lui que, sauf disposition contraire de l'engagement, la demande et toute attestation ou tout autre document requis par l'engagement sont présentés, durant la période où la demande de paiement peut être faite, au garant/émetteur à l'établissement où l'engagement a été émis. Enfin, le paragraphe (3) de l'article 15 dispose que le bénéficiaire, lorsqu'il demande le paiement, est réputé certifier que la demande n'est pas de mauvaise foi et qu'aucun des éléments visés aux alinéas *a)*, *b)* ou *c)* du paragraphe 1 de l'article 19 n'est présent.

[49] Comme il en est question plus haut, le (1) de l'article 16 prévoit que le garant/émetteur examine la demande et tous documents joints conformément à la norme de conduite mentionnée au paragraphe 1 de l'article 14. Lorsqu'il détermine si les engagements sont conformes en apparence aux termes et conditions de l'engagement et sont cohérents entre eux, le garant/émetteur tient dûment compte de la norme applicable de la pratique internationale en matière de garantie indépendante ou de lettre de crédit stand-by. Aux termes du paragraphe (2) de l'article 16, le garant/émetteur dispose d'un délai raisonnable, mais d'un maximum de sept jours ouvrables, pour examiner la

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

demande et tous documents joints, pour décider de payer ou non, et s'il décide de ne pas payer, pour émettre un avis en ce sens à l'intention du bénéficiaire. Cet avis est adressé par télétransmission ou, si cela est impossible, par tout autre moyen rapide, et il est motivé. Ces dispositions sont à toutes fins pratiques identiques à celles que prévoient les alinéas *a)* et *b)* de l'article 13 et l'alinéa *d)* de l'article 14 des RUU. Celles-ci sont plus détaillées. Elles ressemblent à celles de l'article 10 des RUGD, un peu moins détaillées. Les dispositions de la règle 5 des RPIS 98 sont semblables, quoique beaucoup plus détaillées. Les exigences de conformité et de cohérence respectent en gros le droit canadien.⁸³

I. Le paiement et la compensation

[50] L'article 17 exige du garant/émetteur qu'il effectue le paiement en cas de demande conforme aux dispositions de l'article 15. Le paiement est effectué promptement, à moins que l'engagement ne prévoie un paiement différé. Tout paiement comme suite à une demande qui n'est pas conforme aux dispositions de l'article 15 est sans préjudice des droits du donneur d'ordre.

[51] L'article 18 permet au garant/émetteur de s'acquitter de l'obligation de paiement résultant de l'engagement en se prévalant d'un droit à compensation, sauf s'il invoque une créance qui lui a été cédée par le donneur d'ordre. Cette façon de faire est conforme à la *common law* et au droit civil.⁸⁴

V. L'EXCEPTION DE FRAUDE À L'OBLIGATION DE PAIEMENT ET LES MESURES JUDICIAIRES PROVISOIRES

A. L'exception de fraude

[52] La note explicative 45 expose que « l'un des principaux objectifs » de la Convention « est de mieux uniformiser internationalement la manière dont le garant/émetteur et les tribunaux doivent réagir aux allégations de fraude ou d'abus dans le cadre d'une demande de paiement fondée sur une garantie indépendante ou une lettre de crédit standby » et poursuit en disant qu'« il s'agit là d'une question particulièrement délicate dans la pratique ». La note 48 ajoute que la Convention « établit un équilibre entre les différents intérêts et considérations en jeu ».

[53] En fait, la fraude dans le crédit documentaire et l'abus manifeste dans la garantie autonome, dont les critères d'évaluation sont les mêmes en jurisprudence et en doctrine, ne sont aucunement réglementés au Canada, laissant le tout aux tribunaux⁸⁵. À l'extérieur

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

du Canada, les RUU sont également silencieuses à propos de la fraude. Toutefois, il faut souligner l'article 5-109 de l'UCC⁸⁶ qui admet la fraude comme exception au principe d'autonomie, qu'elle soit commise par le bénéficiaire ou par un tiers. Il est très intéressant de constater que l'article 19 de la Convention s'oriente également en ce sens.

[54] Le paragraphe (1) de l'article 19 prévoit que « s'il est clair et patent : a) qu'un document n'est pas authentique ou a été falsifié; b) qu'aucun paiement n'est dû sur la base des motifs invoqués dans la demande et des documents joints; ou c) qu'eu égard au type et à l'objet de l'engagement, la demande n'a pas de justification concevable, le garant/émetteur, agissant de bonne foi, a le droit, à l'encontre du bénéficiaire, de s'abstenir de payer. Le paragraphe (2) de l'article 19 propose « une liste des situations dans lesquelles une demande n'a pas de justification concevable ». ⁸⁷ En résumé, le libellé de l'alinéa 19(1)c) de la Convention ressemble beaucoup, comme on le verra, aux règles de la *common law*. Il semblerait que l'alinéa 19(1)b) ne soit qu'un sous-ensemble des situations décrites à l'alinéa 19(1)c) – si aucun paiement n'est dû sur la base de la demande et des documents fournis au soutien de celle-ci, sans doute la demande n'est-elle pas fondée. La question qui se pose alors est celle-ci : quelle contribution les alinéas 19(1)a) et b) apportent-ils? Sont-ils nécessaires, et font-ils une contribution utile au droit ?

[55] Nous avons vu précédemment que le crédit documentaire est caractérisé principalement par son autonomie par rapport au contrat de base. Les exceptions fondamentales à l'autonomie du crédit documentaire ont trait soit aux légères différences qui peuvent affecter les documents présentés pour paiement, soit, lorsque les documents sont conformes, à l'opposition par le donneur d'ordre au paiement de la lettre de crédit si celle-ci est le fruit d'une fraude. *Fraus omnia corrumpit*, dit l'adage [...] Ainsi, lorsque le donneur d'ordre constate une fraude, il peut tenter de s'opposer au paiement par sa banque. Il faut constater que la vision idoine inspirée par la Convention est difficilement atteinte par les tribunaux. Au Canada, la décision classique est celle de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Angelica-Whitewear Ltd. c. Banque de Nouvelle-Écosse*⁸⁸, dans laquelle la cour a énoncé les règles de droit applicables à l'exception de fraude.

[56] La Cour a d'abord conclu que « l'exception de fraude opposable à l'autonomie des lettres de crédit documentaires ne devrait pas être restreinte au cas de fraude dans les documents présentés, mais devrait comprendre la fraude dans les opérations sous-jacentes de nature à rendre frauduleuse la demande de paiement en vertu d'un crédit ». ⁸⁹ Cette vision se conforme à la doctrine, qui opine que les cas de fraude dans le crédit documentaire sont d'origine matérielle ou intellectuelle, la première découlant des documents frauduleux et la seconde se produisant lorsque des documents authentiques comportent de fausses énonciations⁹⁰. Postérieurement – et même antérieurement – à cette

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES
ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

décision, les tribunaux ont reconnu ces deux types de fraude⁹¹. Cette exigence est remplie par l'article 19 de la Convention.

[57] Deuxièmement, la cour interprète restrictivement l'origine de la fraude, en déclarant que le donneur d'ordre ne peut se prévaloir de cette exception que lorsque la fraude émane du bénéficiaire et non d'un tiers, à la condition dans ce dernier cas que le bénéficiaire ait eu connaissance de la fraude commise par ce tiers⁹². Cette interprétation a été suivie par les tribunaux canadiens⁹³. Par exemple, dans la décision *Geestmünder Bank AG c. Barzelex Inc.*⁹⁴, la Cour d'appel du Québec a jugé que le donneur d'ordre n'ayant pu démontrer que la fraude du tiers avait eu lieu à la connaissance du bénéficiaire, le recours a été rejeté⁹⁵.

L'alinéa 19(1)a) de la Convention semble être beaucoup plus large que les règles de droit établies dans l'arrêt *Angelica-Whitewear*, qui prévoit que le garant/émetteur a le droit de s'abstenir de payer s'il est clair « qu'un document n'est pas authentique ou a été falsifié ». Suivant cette affirmation, si les documents ont été falsifiés par un tiers, le garant/émetteur peut s'abstenir de payer, même si le bénéficiaire ignore tout du geste posé par le tiers. Et il peut en faire autant en vertu de l'alinéa 19(1)c), si la demande « n'a pas de justification concevable ». Est-il concevable qu'un geste posé par un tiers puisse avoir pour effet de retirer toute justification à une demande ?

Le raisonnement qui justifie l'existence d'une règle restrictive telle qu'elle a été énoncée de manière si convaincante par Lord Diplock dans l'affaire *United City Merchants* ne peut pas être rejeté du revers de la main, et il est sans doute mieux adapté aux finalités commerciales d'une lettre de crédit, à la règle d'autonomie et aux règles énoncées dans les articles 4, 13a) et 15 des RUU. Lord Diplock cite la maxime juridique *ex turpi causa non oritur actio*, la fraude défait tout, mais (en réponse apparente à la question immédiate qui se pose, [TRADUCTION] « si la fraude défait tout, pourquoi la fraude commise par une tierce partie n'en fait-elle pas autant » ?) il précise que cela veut dire que les tribunaux ne laisseront pas *une personne malhonnête* utiliser le processus judiciaire pour perpétrer une fraude.⁹⁶ Tel que mentionné, la Cour suprême est en accord avec cette affirmation, qui a souligné que la fraude « ne devait pas viser la fraude d'un tiers *dont le bénéficiaire est innocent* » [nos italiques]⁹⁷. Toutefois, le juge Le Dain, au paragraphe précédent de cet arrêt, affirme ce qui suit : « l'exception de fraude [...] devrait viser tout acte du bénéficiaire d'un crédit qui aurait pour effet de lui permettre d'obtenir le bénéfice du crédit par suite d'un acte frauduleux »⁹⁸. Ainsi, rien ne s'opposerait à ce qu'un donneur d'ordre demande d'interdire à sa banque d'effectuer un paiement lorsque la fraude est commise par un tiers, si le bénéficiaire est au courant et surtout, s'il en bénéficie.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

La Convention n'est pas très claire sur la question de la fraude par un tiers, mais une analyse du texte de l'article 19 permet de conclure que celle-ci est conforme au droit canadien. Premièrement, l'alinéa 19(1)(a) est rédigé de manière large, tel que mentionné plus haut, et de manière plus générale, l'article 19 de la Convention n'emploie pas le terme « fraude », bien qu'il en est question dans la Note explicative. Deuxièmement, le but de la Convention est d'assurer une plus grande uniformité dans le traitement de la fraude en matière de garanties et de lettres de crédit stand-by. Conséquemment, si le bénéficiaire est informé de la fraude d'une tierce partie, sa responsabilité est engagée. S'il ne l'est pas, elle ne l'est pas. Le paragraphe 19(2) mentionne seulement le bénéficiaire, et personne d'autre. Cela a-t-il pour effet d'exclure une fraude commise par une tierce partie ? Le paragraphe 19(2) n'est pas limitatif et peut inclure d'autres situations.⁹⁹

[58] Troisièmement, dans l'arrêt *Angelica-Whitewear*, la Cour suprême a précisé ce qui suit : « l'exception de fraude ne devrait pas être opposable au détenteur régulier d'une traite tirée sur une lettre de crédit ».¹⁰⁰ Cette décision s'inscrit dans la foulée de l'arrêt de principe *Sztejn c. J. Henry Schroder Banking Corp.*¹⁰¹ et de l'arrêt *Discount Records Ltd. c. Barclays Bank Ltd.*¹⁰² Au Québec, cette question a été débattue devant la Cour supérieure dans la cause *Les industries Almac Ltée c. Al-Arishi*¹⁰³. En l'espèce, le défendeur alléguait être un détenteur régulier à la suite de l'acquisition de la lettre de garantie par voie de négociation. Cette preuve n'a pas été établie, celui-ci ayant commis une fraude à l'endroit de la demanderesse¹⁰⁴. La Cour a décidé, à bon droit selon nous, et tout en reconnaissant la controverse sur cette question¹⁰⁵, que le défendeur n'ayant pas négocié la traite, il n'avait pas la qualité de détenteur régulier et en conséquence, ne pouvait s'opposer à la demande d'injonction¹⁰⁶. La Convention est silencieuse sur ce point.

[59] Quatrièmement, nous avons brièvement examiné la définition du terme « fraude » en droit canadien des lettres de crédit – elle comporte des éléments de conduite répréhensible, de malhonnêteté ou d'intention de tromper.¹⁰⁷ Dans l'affaire dont nous tirons ce libellé, le tribunal ajoutait « lorsqu'il est possible de conclure que la demande était « manifestement fausse » ou « totalement injustifiée », ou lorsqu'il est apparent qu'il n'y avait aucun droit à paiement, toutes ces situations tendent à établir [une forte présomption de fraude] »¹⁰⁸. La décision *Angelica-Whitewear* s'oriente également en ce sens.¹⁰⁹ Cette interprétation de l'exception de fraude a été validée par plusieurs tribunaux. Tout récemment, le tribunal définissait l'exception dans ces termes : « une demande de paiement n'est frauduleuse que si la demande de paiement ne peut en aucune façon être considérée valide, ou qu'elle est dépourvue de tout fondement dans les faits ».¹¹⁰ Ces propos ressemblent à ceux que l'on retrouve dans les grands arrêts américains, et que le professeur Dolan résume dans ces termes : [TRADUCTION] « le bénéficiaire ne disposait d'aucune base factuelle pour asseoir ses prétentions relatives au crédit »,¹¹¹ et à la description de la fraude fournie par un spécialiste réputé des lettres de crédit : [TRADUCTION] « le bénéficiaire agit sans avoir

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

la moindre trace de confiance justifiée dans ses droits ». ¹¹² Les rédacteurs de l'alinéa 19(1)(c) de la Convention avaient manifestement ces termes à l'esprit.

[60] En définitive, les dispositions de la Convention sur l'exception de paiement pour raison d'une fraude commise par un bénéficiaire sont en partie conformes au droit canadien, tant en *common law* qu'en droit civil. Il faut noter que la Convention n'est pas suffisamment précise sur la question de l'évaluation de l'intensité de la fraude commise par le bénéficiaire. Il n'est pas nécessaire d'identifier un élément subjectif de la malhonnêteté du bénéficiaire. Enfin, en ce qui concerne la fraude commise par un tiers, bien que la Convention ne soit pas claire à ce sujet, nous avons déjà exprimé qu'une interprétation de la Convention permet de croire que cette fraude est couverte par la Convention.

B. Les mesures judiciaires provisoires

[61] D'entrée de jeu, il importe de noter que le juge Downs, dans une décision de la Cour supérieure du Québec, mentionnait que : « Le tribunal reconnaît qu'il y a toujours lieu de favoriser et de faciliter l'exécution de transactions internationales. C'est d'ailleurs dans cet esprit que la CCI doit avoir adopté ses règles et "usances" uniformes aux crédits documentaires. » ¹¹³. Toutefois, il existe des situations où le donneur d'ordre devra recourir à des mesures provisoires.

Contrairement aux RUU, aux URDG et aux ISP 98, l'article 20 de la Convention prévoit spécifiquement la possibilité pour un donneur d'ordre, qui se croit lésé par une fraude d'un bénéficiaire, de demander des mesures judiciaires provisoires ou interlocutoires ¹¹⁴. Il ressort d'abord que l'intensité du fardeau de la preuve imposé au donneur d'ordre doit reposer « sur la base d'éléments de preuve sérieux immédiatement disponibles » qu'il existe une « forte probabilité » qu'une des circonstances énumérées à l'article 19 se soit produite, c'est-à-dire qu'il soit victime d'une fraude par un bénéficiaire. La rédaction de cette disposition est loin d'être limpide, mais il ressort que cette exigence se rapproche de celle imposée en droit canadien, que ce soit en *common law* ou en droit civil.

En effet, lors d'une demande d'injonction interlocutoire, la Cour suprême a déclaré « qu'une solide preuve *prima facie* de fraude semblerait un test suffisant » ¹¹⁵. Ce test est également suivi dans d'autres décisions, que ce soit en *common law* ou en droit civil. Les tribunaux canadiens exigent donc de la part d'un donneur d'ordre qu'il fournisse une preuve suffisamment forte pour se prévaloir des mesures provisoires, un fardeau qui rejoint celui de la Convention.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

En droit québécois, il existe un autre recours ouvert au donneur d'ordre, c'est-à-dire la saisie avant jugement. Dans la décision *Paris Sportswear Ltd. c. Lanificio Iltam*¹¹⁶, la Cour d'appel a reconnu qu'en cas de fraude du bénéficiaire d'un crédit documentaire, la saisie avant jugement, également appelée saisie-arrêt dans les circonstances, procurera le même effet qu'une injonction, soit de retenir les fonds temporairement jusqu'à ce qu'un tribunal se soit prononcé sur le fond du litige et ait décidé d'annuler la lettre de crédit¹¹⁷, bien que l'injonction soit le recours habituellement utilisé¹¹⁸. La Cour supérieure a réitéré quelques années plus tard que « la saisie avant jugement est un recours tout aussi approprié que l'injonction. »¹¹⁹, malgré qu'elle faisait face à une demande d'injonction et non d'une saisie avant jugement.

Ainsi, les tribunaux canadiens exigent un niveau de preuve suffisamment élevé de la part d'un donneur d'ordre pour se prévaloir de mesures provisoires, l'intensité de ce fardeau se rapprochant de celui imposé par la Convention.

VI. CONCLUSION

[62] Dans l'arrêt *Angelica-Whitewear*, le juge LeDain déclare qu'il est « souhaitable d'en arriver à la plus grande uniformité possible du droit relativement » aux lettres de crédit.¹²⁰ La Convention représente un effort en ce sens. Toutefois cet effort semble avoir débouché sur une série de règles pour la plupart générales. Bien qu'il n'existe aucune législation spécifique sur les garanties bancaires indépendantes et les lettres de crédit stand-by, la Convention est généralement conforme à la jurisprudence canadienne et québécoise, à l'exception notamment de l'exigence pour le garant/émetteur d'agir de bonne foi lorsqu'il s'acquitte de ses obligations (art. 14(1)) et de l'absence d'évaluation de la fraude.

Aux yeux des juristes de *common law*, cette généralité pose un certain problème, en ce sens que leur utilité est douteuse. Pour ces praticiens de la *common law*, les articles qui portent sur l'émission, la forme, la modification, le transfert du droit du bénéficiaire de demander paiement, l'extinction du droit de demander paiement, l'expiration, la demande et l'examen des documents, sont si généraux qu'ils ajoutent peu au droit ou aux règles existantes, telles que les RUU. Les juristes de droit civil ont l'habitude de cette approche, qui est à l'image de plusieurs dispositions du Code civil du Québec. Pour ces derniers, celle-ci trouve son utilité dans les balises que la Convention fournit au juge, ainsi qu'aux avocats, qui ne sont pas familiers avec les garanties bancaires indépendantes et les lettres de crédit *stand-by*.

[63] En général, la Convention respecte le droit canadien sur les lettres de crédit *stand-by* et les garanties bancaires autonomes. Il est permis de croire que les tribunaux

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES
ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

interpréteront les quelques dispositions qui demeurent trop larges ou nébuleuses selon le droit canadien. En conséquence, nous recommandons que la CHLC adhère à la Convention pour en faire une loi modèle à être éventuellement adoptée par les législateurs fédéraux et provinciaux. En faisant cette recommandation, nous sommes conscients que cette question fera l'objet de discussions avec la NCCUSL, et qu'il serait souhaitable que le partenaire commercial le plus important du Canada, les États-Unis, adhère aussi à cette Convention.

-
- * D.Jur. (York), LL.M. (Laval), Professeur agrégé, Faculté de droit, Université Laval.
- ** Associé, Blaney McMurtry s.r.l., Toronto.
- 1 Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*, Doc. N.U. A/CN.9/431, 11 décembre 1995, 2169 R.T.N.U. 163 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2000), art. 2.
- 2 CNUDCI, *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*, Note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit *stand-by*, note 2.
- 3 *Supra* note 2, paragraphe 4.
- 4 *Ibid.*, Note explicative 5.
- 5 Les banques canadiennes semblent avoir le pouvoir d'émettre des garanties indépendantes, dans la mesure où elles ont conclu des ententes de remboursement, voir la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46, art. 414.
- 6 (1987), 45 D.L.R. (4th) 161 (H.C. Ont.).
- 7 *Ibid.* à la p. 206.
- 8 *Ibid.* (citation de l'ouvrage de R. M. Goode, *Commercial Law* (Markham: Penguin Books 1982), à la p. 697).
- 9 *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 59 à la p.70.
- 10 *Ibid.* à la p. 82.
- 11 Pour une discussion sur d'autres institutions de droit civil, voir : Jean-Laurent Anglade, *Droit et pratique de la lettre de crédit standby*, Paris, Litec, 2000, aux n^{os} 60-64, aux pp. 43-45.
- 12 Charles Moumouni, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire « à première demande », (1997) 31 R.J.T. 781 à la p. 795; Monique Cantamine-Raynaud, « Existe-t-il une troisième voie entre le cautionnement et la garantie indépendante? Distinction entre le cautionnement et la garantie indépendante », (Mai/juin 1997) 61 Revue de droit bancaire 123.
- 13 Plus précisément, la lettre de crédit est un instrument hybride, car elle sert d'instrument de paiement et de crédit : Marc Lacoursière, « Designing an Electronic Documentary Credit for Small and Medium-Size Enterprises », (2003) 18 B.F.L.R. 155 à la p. 159.
- 14 REJB 1998-09200 (C.S.).
- 15 *Couvoir Scott ltée c. Volailles du Fermier inc.*, REJB 2000-20606 (C.S.); 3099-2325 *Québec Inc. c. 2849-6810 Québec Inc.*, REJB 1999-13879 (C.A.); *Produits pétroliers Bernières inc. c. Banque Nationale du Canada*, REJB 1998-05528 (C.S.).
- 16 Cass. com., 11 mars 1997.
- 17 Cass. civ. I, 18 mars 1997.
- 18 M. Cantamine-Raynaud, *supra* note 12 à la p. 123 [italiques dans l'original].
- 19 *Ibid.* à la p. 124.

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES
ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

- 20 *Ibid.*
- 21 *Ibid.*
- 22 *X. c. Banque n° 1*, 4C.380/2004/ech, 31 mai 2005, 1^{re} Cour civile, en ligne : <http://www.srv.bger.ch/cgi-bin/AZA/JumpCGI?id=31.05.2005_4C.380/2004>.
- 23 Daniel Guggenheim, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 4^e éd., Genève, Georg, 2000, à la p. 340.
- 24 Luc Thévenoz, « Les garanties indépendantes devant les tribunaux suisses », dans *Journée 1994 de droit bancaire et financier*, Berne (Staempfli) 1994, 167, 169 et s., cité dans *X. c. Banque n° 1*, 4C.380/2004/ech, 31 mai 2005, 1^{re} Cour civile, en ligne : <http://www.srv.bger.ch/cgi-bin/AZA/JumpCGI?id=31.05.2005_4C.380/2004>.
- 25 *X. c. Banque n° 1*, *ibid.* au n° 4.2; art. 492 et s. du *Code des obligations* (Suisse).
- 26 *X. c. Banque n° 1*, *ibid.* au n° 4.3.
- 27 *X. c. Banque n° 1*, *ibid.* au n° 4.3.
- 28 Joseph Hamel, Gaston Lagarde et Alfred Jauffret, *Traité de droit commercial*, t. II, Paris, Dalloz, 1966, au n° 1823, à la p. 850 ; Albert Dieryck, *Les ouvertures de crédit : étude juridique*, Bruxelles : Établissements Émile Bruylant, S.A., 1946, au n° 281, à la p. 296.
- 29 Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Baudouin et Jobin – Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Yvon Blais, au n° 1011, à la p. 1027 ; Benoît Moore, « De la délégation certaine à la délégation incertaine : *error communis facit jus... et legem* », (2004) 38 R.J.T. 475 aux pp. 476-477.
- 30 Henri De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1962, au n° 606, à la p. 603.
- 31 Ligia Maura Costa, *Le crédit documentaire : étude comparative*, Paris, L.G.D.J. 1998, au n° 337, à la p. 151.
- 32 *Ibid.*
- 33 P.-G. Jobin et N. Vézina, *supra* note 29, au n° 1025, à la p. 1037.
- 34 L.M. Costa, *supra* note 31, au n° 332, à la p. 150.
- 35 *Banque Nationale de Paris (Canada) c. Creadev inc.*, REJB 2003-41182 (C.S.), par. 81-82; *Bronfman c. Banque Royale du Canada*, REJB 1997-00337 (C.A.). Voir également : L.M. Costa, *ibid.* au n° 327, à la p. 147.
- 36 L.M. Costa, *ibid.* au n° 327, à la p. 147.
- 37 *Ibid.* note 30, au n° 422, à la p. 179.
- 38 *Ibid.* au n° 428, à la p. 180.
- 39 Voir Paul S. Turner « The United Nations Convention on International Standby Letters of Credit: How Would It Change Existing Letter of Credit Law in the United States? » (1997), 114 *Banking L.J.* 790, où l'auteur suggère que, dans les affaires de lettres de crédit internationales, [TRADUCTION] « les tribunaux américains devraient continuer à interpréter l'article 5 de l'UCC d'une façon qui soit cohérente avec les dispositions de la Convention ». (à la p. 802). Autrement, « si les tribunaux devaient s'en remettre surtout à la Convention dans les affaires de lettres de

crédit stand-by internationales, il en résulterait pour celles-ci la création d'un droit d'origine jurisprudentielle substantiellement différent de celui qui s'applique aux crédits commerciaux et aux lettres de crédit *stand-by* intérieurs. Ce serait une anomalie en plus de constituer un résultat qui pourrait se révéler très fâcheux. » (à la p. 802).

40 Voir le livret de la Citibank, *N.A.'s Booklet, An Introduction to Letters of Credit* (1997) à la p.53. Voir aussi la liste des usages dans Gordon B. Graham et Benjamin Geva « Standby Credits in Canada » (1984), 9 Can .Bus. L.J. 180 à la p. 185.

41 Publication CCI n° 500 (1993).

42 Convention, art. 3.

43 (1987), 45 D.L.R. (4th) 161 (Ont. H. C.).

44 *Ibid.* L'emploi du terme accessoire pour caractériser l'engagement *stand-by* est incorrect.

45 *Supra* note 9 à la p. 70. Cette décision a été suivie en droit québécois : *Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar (ASECNA) c. Groupe Tecnum Inc.*, J.E. 2005-2024 (C.A.) ; *Banque Nationale du Canada c. CGU, compagnie d'assurances du Canada*, J.E. 2005-246 (C.S.) ; *Bombardier Inc. c. Hermes Aero l.l.c.*, J.E. 2004-233 (C.S.) ; *Casatex Inc. c. Sufi Weaving Industries (P.V.T.) Ltd.*, J.E. 98-1894 (C.S.) ; *Les industries Almac Ltée c. Al-Arishi*, [1991] R.J.Q. 830 (C.S.) (en appel) ; *Banque de Montréal c. Européenne de condiments S.A.*, [1989] R.J.Q. 246 (C.A.) ; *Paris Sportswear Ltd. c. Lanificio Itlam* (1987), 7 Q.A.C. 265 (C.A.).

46 *Ibid.*

47 D.1987.Somm.186.

48 *Ibid.* à la p. 207.

49 *Société en commandite de financement Gaz métropolitain c. 3370224 Canada Inc.*, J.E. 2003-543 (C.S.) ; *Pollan Trade Inc. c. Finamar Investors Inc.*, [1993] R.D.J. 544 (C.A.).

50 Il est entendu que le terme « garantie bancaire » comprend une garantie émise par une caisse populaire.

51 John F. Dolan « The UN Convention on International Independent Undertakings: Do States with Mature Letter-of-Credit Regimes Need It? », (1997-8) 13 B.F.L.R. 1.

52 Voir par exemple Lazar Sarna, *Letters of Credit - The Law and Current Practice* (3rd ed.), Toronto, Thomson Canada Limited, 2005, à la p. 1-1:

[TRADUCTION] « L'octroi d'un crédit réfère à la transmission de la lettre par le garant/émetteur [...]

Aux États-Unis, un crédit est réputé être en vigueur ou établi par le garant/émetteur et le client lorsque la lettre de crédit (ou un avis de son émission) est envoyée au bénéficiaire, et celui-ci est réputé devenir le bénéficiaire lorsqu'il reçoit la lettre en question ou un avis écrit de son émission [...] ».

En vertu de l'article 5-106(a) de l'UCC, une [TRADUCTION] « lettre de crédit est émise... lorsque l'émetteur l'envoie à la personne désignée à être avisée ou au bénéficiaire ».

53 *Uniform Commercial Code*, 1990.

54 *Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux*, Doc. N.U. A/CN.9/346 (1992).

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

- 55 Publications CCI n° 500-3 (2002).
- 56 Voir L. Sarna, *supra* note 52, à la p. 7-7, citant *United City Merchants (Invt.) Ltd. c. Royal Bank of Canada*, [1979] 1 Lloyd's Rep. 267 at 275 (Q. B.); affd [1982] 2 All E. R. 720 (H.L.).
- 57 Voir Eliahu Peter Ellinger « Documentary Letters of Credit : A Comparative Study » (1970), University of Singapore Press, Singapore 180; L. Sarna, *ibid.*, declare à la p. 7-7: [TRADUCTION] « Il faut présumer que l'alinéa 9d) de la Révision de 1993 [des RUU] exige le consentement du donneur d'ordre [...] »
- 58 Le libellé du paragraphe 8(4) laisse manifestement ouverte la question de savoir si le consentement du donneur d'ordre est essentiel à la validité d'une modification. Comme le précise Sarna, *ibid.* aux pp. 7 et 8, [TRADUCTION] « [O]n dit que le consentement du client à une modification d'un crédit irrévocable n'était pas théoriquement nécessaire parce que le crédit, une fois établi, crée une relation juridique entre l'émetteur et le bénéficiaire auquel le client n'est pas directement partie ». [renvoi omis] La Convention ne permet pas de répondre à cette question théorique. Le libellé de l'article 8(4) s'apparente à celui de l'article 5-106b) de l'UCC.
- 59 [1988] 1 A. C. 583 (P.C.). Cette décision n'a pas été citée au Canada.
- 60 L.R.O. 1990, c. C.34.
- 61 Art. 1637 C.c.Q.
- 62 Art. 1641 C.c.Q. Voir : P.-G. Jobin et N. Vézina, *supra* note 29 aux n^{os} 948-950, aux pp. 969-970.
- 63 Voir l'arrêt *Co-operative Fisheries Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1969), 7 D.L.R. (3d) 610 (Sask. Q. B.).
- 64 Voir par exemple les nombreux commentaires approuvés du juge LeDain relativement aux dispositions des RUU dans l'arrêt *Angelica-Whitewear*, *supra* note 9, aux pp. 70 et 71, 94, 98 et 99, et à la p. 93 où il déclare : « Les exigences documentaires en vertu d'une lettre de crédit sont déterminées par les conditions du crédit complétées par les *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* [...] ». Cette affirmation reprend presque mot pour mot le texte de la Convention.
- 65 *Supra* note 51, à la p. 13. Voir aussi Kevin P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2nd ed., 1996) (Toronto : Carswell), à la p. 799 (note 96) où il déclare : [TRADUCTION] « La pratique commerciale peut être réputée faire partie du droit commercial, mais seulement lorsque les termes de cette pratique ont été vérifiés et confirmés à la satisfaction des tribunaux », en citant *Brandao c. Barnett* (1846), 12 Cl. & Fin. 787, 136 E.R. 207, et L. Sarna, *supra* note 52, aux pp. 2-22.1 et 2-23 où il note ce qui suit relativement aux règles et usances:

[TRADUCTION] « Dans les provinces de *common law*, le tribunal peut, dans certaines circonstances, incorporer une pratique commerciale ou marchande dans tout contrat, à moins que cette pratique ne cadre pas avec la nature du contrat. Le contrat s'interprète selon la pratique lorsque les parties la connaissent ou sont réputées la connaître. On y réfère pour interpréter les termes du contrat ou pour ajouter des termes, des droits ou des obligations qui n'y figurent pas. La justification pour agir de la sorte se trouve dans l'intention présumée des parties, même si les faits ne permettent souvent pas de faire une telle présomption. Pour que la pratique ait une incidence sur les termes d'un contrat, elle doit être bien connue, raisonnablement certaine et avoir force de loi sur le territoire en question. »

et il cite au soutien de cette dernière phrase G.H.L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1976), aux pp. 262 à 264, et Guenter Treitel, *The Law of Contract*, 5^e éd., London, Stevens, 1979, aux pp. 149 et 150.

- 66 Art. 1426 C.c.Q.
- 67 Nabil Antaki et Charlaïne Bouchard, *Droit et pratique de l'entreprise*, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 1999, aux pp. 73-74.
- 68 *Supra* note 51, à la p. 15.
- 69 S. M. Waddams, *The Law of Contracts*, 4^e éd., Aurora, Canada Law Books Inc., 1999, à la p. 366.
- 70 *Ibid.* n^{os}. 499 à 508, et 550.
- 71 *Supra* note 9, à la suite de *Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 976 (C.A.).
- 72 Pour ce qui est de la loi aux États-Unis, voir John F. Dolan *The Law of Letter of Credit*, éd. Rév., Austin (Texas), Alex eSolutions, Inc., 2003 (feuilles mobiles), n^o 7.04(4)(h) : [TRADUCTION] « Les garants/émetteurs qui honorent une lettre de crédit lorsqu'ils ont été clairement informés d'une fraude n'ont pas le droit d'être remboursés. »
- 73 Dr. Jens Nielsen et Nicolai Nielsen « Standby Letters of Credit and the ISP98 : A European Perspective », (2001) 16 B.F.L.R. 163.
- 74 *Ibid.*, à la p.183.
- 75 *Ibid.*, à la p.183.
- 76 [1993] O.J. No. 112 (Gen. Div.).
- 77 *Ibid.*, par. 29 et 30. Cette description de la fraude dans un contexte de lettre de crédit a été citée par d'autres juges ontariens depuis : voir à titre d'exemple *Royal Trust Corporation of Canada c. Royal Bank of Canada*, [1993] O.J. No. 718 (Gen. Div.); *930154 Ontario Inc. v. Onofri*, [1994] O.J. No. 2095 (Gen. Div.); *Royal Bank v. Gentra Canada Investments Inc.* (2000), 1 B.L.R. (3d) 170 (Ont. S.C. [Commercial List]); motifs additionnels (2000), 2000 Carswell Ont 2837; confirmé par (2001) 15 B.L.R. (3d) 25, 147 O.A.R. 96 (Ont. C. A.). Voir aussi *Royal Bank of Canada c. Darlington*, [1995] O.J. No. 1044 (Gen. Div.), dans laquelle le tribunal passe en revue les définitions de fraude fournies aux employés de la banque appelés à témoigner au procès. Ces définitions mettaient l'accent sur le fait que la fraude exigeait une absence de conviction actuelle et sincère dans la véracité d'une déclaration, et une intention de tromper ou un mépris irresponsable de la vérité : voir n^{os} 154 et 155.
- 78 Comme les auteurs semblent l'affirmer à la p. 181, *supra* note 73.
- 79 P.-G. Jobin et N. Vézina, *supra* note 29 au n^o 98, à la p. 143.
- 80 *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Banque Nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.
- 81 P.-G. Jobin et N. Vézina, *supra* note 29 au n^o 98, aux pp. 143 et 144.
- 82 Jean Stoufflet, « La convention des Nations unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by », (Juil./août 1995) 50 Revue de droit bancaire 132 à la p. 136 (au n^o 33).
- 83 Voir *Angelica-Whitewear*, *supra* note 9, à la p. 94 (exigence de conformité stricte), et 98 (cohérence).
- 84 Voir L. Sarna, *supra* note 52, à la p. 5-4, citant l'arrêt *Hongkong and Shanghai Banking Corp. v. Kloeckner & Co.*, [1989] 3 All E.R. 513 (C.A.).

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

⁸⁵ *Offshore Trading Company, Inc. v. Citizens National Bank of Port Scott, Kansas*, 650 F.Supp. 1487, 1491 (D. Kan. 1987).

⁸⁶ Paul S. Turner, « Revised UCC Article 5: The New U.S. Uniform Law on Letters of Credit », (1996) 11 *B.F.L.R.* 205 à la p. 224. L'article 5-109 se lit comme suit :

[TRADUCTION] *Les obligations d'un garant/émetteur envers son client incluent la bonne foi et le respect des pratiques bancaires générale*, mais à moins d'entente à cet effet, elles excluent toute responsabilité pour :

- (a) l'exécution du contrat sous-jacent de vente ou autre entre le client et le bénéficiaire;
- (b) tout acte ou omission de quiconque autre que lui-même ou sa succursale pour la perte ou la destruction d'une traite, d'une demande ou d'un document en transit ou en possession d'une tierce partie;
- (c) la connaissance ou l'ignorance de toute pratique ayant cours dans un commerce en particulier. » [nos italiques]

⁸⁷ Voir le paragraphe 47 de la Note explicative. Le paragraphe 19(2) se lit comme suit: « Pour l'application de l'alinéa c) du paragraphe 1 du présent article, les situations dans lesquelles une demande n'a pas de justification concevable sont notamment les suivantes :

- a) L'éventualité ou le risque contre lequel l'engagement est supposé protéger le bénéficiaire ne se sont indubitablement pas matérialisés;
- b) L'obligation sous-jacente du donneur d'ordre a été déclarée invalide par un tribunal ou un tribunal arbitral, sauf s'il est indiqué dans l'engagement que cette éventualité relève du risque que l'engagement devait couvrir;
- c) L'obligation sous-jacente a indubitablement été acquittée à la satisfaction du bénéficiaire;
- d) Il apparaît clairement que l'exécution de l'obligation sous-jacente a été empêchée du fait d'une faute intentionnelle du bénéficiaire;
- e) Dans le cas d'une demande de paiement d'une contre-garantie, le bénéficiaire de la contre-garantie a payé de mauvaise foi en tant que garant/émetteur de l'engagement auquel se rapporte la contre-garantie ».

⁸⁸ *Supra* note 9.

⁸⁹ *Ibid.*, à la p. 83.

⁹⁰ Jean-Pierre Mattout, *Droit bancaire international*, Paris, Éditions La Revue banque, 1987, aux pp. 357 et 358 ; Marc Lacoursière, *La sécurité juridique du crédit documentaire informatisé*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1998, aux pp. 26-27.

⁹¹ Voir par ex.. *supra* note 9, à la p. 83.

⁹² *Ibid.*, aux pp. 83 et 84, à la suite de *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1983] 1 A.C. 168 (H.L.).

⁹³ Voir *Global Steel Ltd. v. Bank of Montreal* (1999), 50 B.L.R. (2d) 219, 1999 CarswellAlta 1008, 244 A.R. 341, 209 W.A.C. 341 (Alta. C.A.).

⁹⁴ [1995] R.J.Q. 88 (C.A.).

⁹⁵ Veuillez noter que ceci ne se retrouve pas dans le droit des États-Unis ; voir J.F. Dolan, *supra* note 72, à la p. 7-78, où il déclare ce qui suit : [TRADUCTION] « L'arrêt *United City Merchants* ne

reprend pas les termes de l'UCC et ne fait probablement pas autorité aux États-Unis. » L'auteur pense toutefois que cette affaire fait probablement autorité au Canada.

96 *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, *supra* note 92, à la p. 184. [italiques ajoutées]

97 *Angelica-Whitewear*, *supra* note 9, à la p. 84.

98 *Ibid.*, à la p. 83.

99 J. Stoufflet, *supra* note 82, au n° 46, à la p. 137.

100 *Supra* note 9, à la p. 84.

101 31 N.Y.S.2d 631 (1941).

102 [1975] 1 All E.R. 1071 (Ch.D.). Dans l'arrêt *Angelica-Whitewear*, *supra* note 9, le tribunal fait également référence à la p. 78 à l'arrêt *European Asian Bank A.G. v. Punjab and Sind Bank*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 611 (C.A.).

103 [1991] R.J.Q. 830 (C.S.).

104 Il s'agit en l'occurrence d'un cas de fraude « intellectuelle ».

105 Les tribunaux sont majoritaires pour affirmer que le détenteur d'une traite doit l'avoir acquise par négociation pour acquérir le titre de détenteur régulier : Nicole L'Heureux, Édith Fortin et Marc Lacoursière, *Droit bancaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 2004, au n° 2.70, aux pp. 507-514. Voir au même effet *Goody Goody Clothing International Inc. c. Five Star Knitters*, J.E. 91-1358 (C.S.); Daniel E. Murray, « Letters of Credit and Forged Documents: Some Altered Suggestions », (1993) 98 Com. L.J. 505, 508.

106 *Les industries Almac Ltée c. Al-Arishi*, [1991] R.J.Q. 830, 835 (C.S.) (en appel). Dans cette cause, le tribunal semble faire la distinction entre une lettre de crédit et une lettre de garantie, ce qui ne semble pas toujours être le cas : *Banque de Montréal c. Européenne de condiments*, [1989] R.J.Q. 246, 249 (C.A.). De toute façon, les tribunaux canadiens et anglais traitent la fraude concernant les garanties et le crédit documentaire selon les mêmes principes généraux : Claude Gilbert, « Similarités et distinctions entre la fraude du bénéficiaire d'un crédit documentaire et celle du bénéficiaire d'une garantie de bonne exécution », (1987) 17 R.D.U.S. 585 aux pp. 606 et s. Raymond Jack, *Documentary Credits*, London, Butterworths, 1993, n° 9.11; *Edward Owen Engineering c. Barclays Bank*, [1978] 1 All E.R. 976, 983 (C.A.).

107 Voir *supra* note 77 et le texte d'accompagnement.

108 *Supra* note 76, par. 31, citant *C.D.N. Research and Development Ltd. v. Bank of Nova Scotia* (1980), 18 C.P.C. 62 (Ont. H.C.).

109 *Angelica-Whitewear*, *supra* note 9, aux pp.84 et 85.

110 *Royal Bank v. Gentra Canada Investments Inc.* (2000), 1 B.L.R. (3d) 170 (Ont. S.C. [Commercial List]) at 182, citing *Ward Petroleum Corp. v. Federal Deposit Insurance Corp.*, 903 F. 2d 1297 (U.S. 10th Cir. Okl. 1990) at 1301. Voir aussi *Intraworld Industries Inc. c. Girard Trust Bank* (1975), 336 A. (2d) 316 (S. C. Penn.) dans lequel le tribunal déclare que, si les documents « are genuine in the sense of having some basis in fact », une injonction ne serait pas justifiée, celle-ci le devenant seulement si le bénéficiaire n'a aucun « bona fide claim to payment » (cité dans K.P. McGuinness, *supra* note 65, à la p. 825, note 190).

111 Voir J.F. Dolan, *supra* note 72, à la p. 7-84 [référence omise].

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDÉPENDANTES ET LES LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

- ¹¹² Eliahu Peter Ellinger, « Fraud in Documentary Credit Transactions », (1981) J. Bus. L. 258 à la p. 262, citée dans J.F. Dolan, *ibid.*, note 303.
- ¹¹³ *Barzelex Inc. c. M.E.C.S. International Canada Inc.*, [1988] R.J.Q. 437, 444 (C.S.), renversée en appel (sur un autre point de droit) : *Geestemünder BANK AG c. Barzelex Inc.*, *supra* note 94.
- ¹¹⁴ (1). Lorsque, sur requête du donneur d'ordre ou de la partie ordonnatrice, il apparaît qu'il y a une forte probabilité que, en ce qui concerne une demande présentée ou susceptible d'être présentée par le bénéficiaire, il existe une des circonstances visées aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 1 de l'article 19, le tribunal peut, sur la base d'éléments de preuve sérieux immédiatement disponibles :
- a) prononcer une mesure provisoire ou conservatoire tendant à ce que le bénéficiaire ne reçoive pas le paiement, y compris une mesure tendant à ce que le garant/émetteur retienne le montant de l'engagement; ou
- b) prononcer une mesure provisoire ou conservatoire tendant à ce que le produit de la garantie payé au bénéficiaire soit bloqué,
- en prenant en considération le risque de préjudice grave que le donneur d'ordre courrait à défaut d'une telle mesure.
2. Lorsqu'il prononce une mesure provisoire ou conservatoire visée au paragraphe 1 du présent article, le tribunal peut demander au requérant de fournir la forme de garantie qu'il jugera appropriée.
3. Le tribunal ne peut prononcer une mesure provisoire ou conservatoire du type visé au paragraphe 1 du présent article pour toute raison autre que celles visées aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 1 de l'article 19 ou l'utilisation de l'engagement à des fins délictueuses.
- ¹¹⁵ *Ibid.*
- ¹¹⁶ (1987), 7 Q.A.C. 265, 268 (C.A.).
- ¹¹⁷ *Ibid.*, aux pp. 270 et 271. Cependant, pour saisir les fonds détenus par une banque, ceux-ci doivent d'abord être passés dans le patrimoine de cette dernière : *Burney Silverware & Gifts Inc. c. Henry Birks & Sons (Montréal) Ltd. et al.*, [1987] R.J.Q. 176, 179 et 180 (C.S.) (Règlement hors cour).
- ¹¹⁸ *Paris Sportswear Ltd. c. Lanificio Iltam*, *ibid.* à la p. 269.
- ¹¹⁹ *Goody Goody Clothing International Inc. c. Five Star Knitters*, *supra* note 105, à la p. . Voir aussi L. Sarna, *supra* note 52 at 8-6 et 8-7; Manon Pomerleau, « La fraude du bénéficiaire du crédit documentaire irrévocable », (1984) 44 R. du B. 113 à la p. 131.
- ¹²⁰ *Supra* note 9, à la p.83.