

Université de Montréal

Les demandes d'arrêt de paiement des lettres de garantie et des lettres de crédit en raison de fraude

Par

Mariana Lamontagne

Faculté de Droit

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit

(LL. M.), option Droit international

Janvier 2023

© Mariana Lamontagne, 2023

Université de Montréal

Faculté de Droit

Ce mémoire

Les demandes d'arrêt de paiement des lettres de garantie et des lettres de crédit en raison de fraude

Présenté par

Mariana Lamontagne

A été évalué(e) par un jury composé des personnes suivantes

Élise Charpentier

Président-rapporteur

Guy Lefebvre

Directeur de recherche

Maya Cachecho

Membre du jury

Résumé

À l'ère de la mondialisation, les transactions commerciales internationales occupent une importance capitale dans l'économie mondiale. Dans ce type de transaction, les parties se trouvent dans des États différents ce qui rend difficile l'établissement d'une relation de confiance. Cette problématique peut être atténuée par un engagement que prend un tiers, généralement une institution financière, qui émet soit une lettre de crédit dont le bénéficiaire sera le vendeur, soit une lettre de garantie dont le bénéficiaire sera le plus souvent un acheteur. Ainsi, les lettres de garanties jouent un rôle fondamental dans le commerce international en assurant à un créancier d'une obligation de recevoir un paiement dans le cas où le débiteur ne respecte pas ses obligations. Cependant, dans certains cas, les demandes de paiement des lettres de garanties peuvent être frauduleuses. En ce sens, en matière de lettre de garantie une question fondamentale se pose : en cas de fraude, dans quelles circonstances les tribunaux accorderont une injonction pour empêcher le paiement d'être effectué? La thèse qui sera soutenue est que les circonstances dans lesquelles les tribunaux accorderont une injonction varieront selon les différentes juridictions. Dans un premier temps, les conditions générales d'exercices des lettres de garanties seront abordées. Dans une deuxième partie, les circonstances spécifiques dans lesquelles différents tribunaux nationaux accordent des injonctions afin d'empêcher le paiement de la garantie seront étudiées.

Mots-clés : Lettre de garantie, lettre de crédit, fraude, injonction, commerce international, droit international.

Abstract

In the era of globalization, international business transactions are of paramount importance in the global economy. In this type of transaction, parties are located in different states, which makes it difficult to establish a relationship of trust. This problem can be mitigated by a commitment made by a third party, generally a financial institution, which issues either a letter of credit whose beneficiary will be the seller, or a letter of guarantee whose beneficiary will most often be a buyer. Thus, letters of guarantee play a fundamental role in international trade by assuring a creditor of an obligation to receive payment in the event that the debtor fails to meet its obligations. However, in some cases, requests for payment of letters of guarantee may be fraudulent. In this sense, when it comes to letters of guarantee, a fundamental question arises: in the event of fraud, in what circumstances will the courts grant an injunction in order to prevent payment? The thesis that will be argued is that the circumstances in which courts will grant an injunction will vary in different jurisdictions. First, the general conditions for exercising letters of guarantee will be discussed. In a second part, the specific circumstances in which different national courts grant injunctions in order to prevent the payment of the guarantee will be studied.

Keywords : Letters of guarantee, Bank guarantee, Letters of credit, Fraud, Injunction, International trade, International law.

Table des matières

Table des matières

Résumé.....	3
Abstract	4
Table des matières	5
Liste des figures.....	8
Liste des sigles et abréviations.....	9
Remerciements	11
Introduction.....	12
Partie 1 – Les lettres de garantie dans les transactions commerciales internationales.....	18
Chapitre 1 – Les lettres de garantie : une catégorie de lettre de crédit?.....	19
Section 1 – Le fonctionnement des lettres de crédit	20
§ 1. La définition.....	20
§ 2. Les parties impliquées	26
Section 2 – Les principes fondamentaux	29
§ 1. Le principe d'autonomie	29
§ 2. Le principe de stricte conformité	30
Chapitre 2 – Les lettres de garantie	33
Section 1 – Le fonctionnement des lettres de garantie	34
§ 1. Définition	34
§ 2. Les parties impliquées dans l'opération.....	40
Section 2 – Les différents types de lettres de garantie.....	43
§ 1. Les différents types de lettres de garantie selon le mode de paiement	43

§ 2. Les différents types de lettres de garantie selon la couverture	46
Chapitre 3 – Les règles applicables	52
Section 1 – Les instruments de la CCI	53
§ 1. Les RUU.....	55
§ 2. Les RUCG.....	56
§ 3. Les RUGD	57
§ 4. ISP98.....	57
Section 2 – La Convention de la CNUDCI	58
§ 1. La portée de la Convention	58
§ 2. Les limites de la Convention.....	60
Section 3 – Le <i>Uniform Commercial Code</i>	61
Partie 2 – La fraude : une exception au principe d’autonomie.....	64
Chapitre 1 – La délimitation de la portée de l’exception de fraude dans les différentes juridictions	66
Section 1 – La fraude dans les documents.....	67
§ 1. Au Royaume-Uni et au Canada	67
§ 2. Aux États-Unis	69
§ 3. En France	71
Section 2 – La fraude dans la transaction	72
§ 1. Au Royaume-Uni et au Canada	73
§ 2. Aux États-Unis	78
§ 3. En France	81
Section 3 – La partie dont doit émaner la fraude	84
§ 1. Au Royaume-Uni et au Canada	85

§ 2. Aux États-Unis	86
§ 3. En France	87
§ 4. La Convention.....	88
Chapitre 2 – Les recours possibles en cas de fraude	90
Section 1 – Les recours avant paiement	90
§ 1. Le recours auprès de l’institution financière.....	91
§ 2. Les recours auprès d’une institution judiciaire	94
Section 2 – Les recours après paiements.....	108
§ 1. Recours contre le garant ou la banque émettrice	108
§ 2. Recours contre le bénéficiaire.....	112
Conclusion	114
Références bibliographiques.....	118

Liste des figures

Figure 1. –	Le fonctionnement des lettres de crédit.....	23
Figure 2. –	Le fonctionnement des lettres de garantie directe	37
Figure 3. –	Le fonctionnement des lettres de garantie indirecte	38

Liste des sigles et abréviations

CCI : Chambre de commerce international

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

CPC : Code de procédure civile

RUU : *Règles et Usances uniformes relatives aux crédits documentaires*

RUCG : *Règles Uniformes pour les garanties contractuelles*

RUGD : *Règles Uniformes relatives aux garanties sur demandes*

ISP98 : *International Standby Practices*

À ma famille.

Remerciements

Je tiens à exprimer ma plus grande gratitude à mon directeur, M. Lefebvre, qui a accepté d'encadrer ce mémoire. Je le remercie pour les précieux conseils et la grande patience qui ont rendu possible l'aboutissement de ce travail. Je remercie également ma famille pour leur support inconditionnel et les innombrables encouragements. Je remercie mon père et ma mère pour leur amour et leur soutien tout au long de mon parcours académique. Je remercie ma sœur Claudia, qui a su alléger ce parcours semé d'embuche, par son aide quotidienne. Je remercie mon frère Marc, pour son soutien moral dans les moments les plus difficiles. Je tiens également à remercier mes amis qui m'ont soutenue tout au long de la rédaction de ce mémoire. Un remerciement également à Micheal et Ligia, qui ont été d'un support et d'une flexibilité au travail rendant la rédaction de ce mémoire possible. Je suis infiniment reconnaissante pour chacun des gestes qui m'ont permis de réaliser ce mémoire.

Introduction

Le commerce international est au cœur de l'économie mondiale. Ses acteurs sont confrontés à plusieurs obstacles liés à la distance impliquée dans leur transaction. L'environnement international n'est pas immuable, il peut changer et avoir des répercussions importantes sur les transactions commerciales internationales allant jusqu'à rendre impossible l'exécution de certains de ces contrats. En effet, l'internationalité de ces transactions implique des risques politiques, économiques et commerciaux¹.

Les risques politiques sont nombreux. Ils peuvent résulter, par exemple, d'une guerre civile à l'intérieur d'un même État ou d'une guerre entre deux ou plusieurs États². Les tensions politiques entre États sont un autre exemple de risque pouvant potentiellement créer des difficultés dans l'exécution du contrat entre les parties. Ainsi, un des exemples ayant eu un impact considérable sur les lettres de crédit et les lettres de garantie, qui font l'objet de cette étude, est celui de la crise iranienne, qui a abouti à une rupture des relations politiques et économiques entre les États-Unis et l'Iran³. De plus, comme nous l'avons connue récemment, les pandémies sont susceptibles d'influencer les politiques nationales des États et rendre l'exécution de transactions commerciales particulièrement ardues.

Parmi les risques économiques les plus fréquents, on remarque la variation du taux d'inflation et du taux de change pouvant rendre impossible l'exécution du contrat pour une des deux parties⁴. D'autres facteurs peuvent exacerber les risques économiques lors des transactions internationales⁵. En effet, le vendeur fait face au risque de ne pas recevoir de paiement puisqu'il

¹ Nicole LACASSE, « L'évaluation et la gestion du risque de défaut de paiement dans les contrats internationaux », dans Nicole Lacasse et Louis Perret (dir.), *La gestion des risques dans les contrats internationaux*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, p. 195, p. 199. Pour une liste exhaustive des risques découlant d'une transaction commerciale voir : Guy LEFEBVRE, « La vente documentaire internationale : la problématique de l'application de la common law au Québec », (2007) 41 *R.J.T.* 210, p. 211-213.

² *Id.*

³ Charles MOUMOUNI, « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garanties bancaire « à première demande » », (1997) 31 *R.J.T.* 781, p. 809.

⁴ N. LACASSE, préc., note 1, p. 199.

⁵ G. LEFEBVRE, préc., note 1, p.211-213.

ne connaît pas la situation financière de l'autre partie notamment : « la solvabilité, la capacité financière et la fiabilité de l'acheteur ; [...] les délais de réceptions des fonds provenant de l'acheteur »⁶.

Les risques commerciaux sont divers. Les acteurs, notamment les acheteurs et les vendeurs, qui souhaitent y prendre part se trouvent confrontés à un problème de confiance. En effet, « [...] le but véritable du commerce n'est pas de vendre des biens : il est de réaliser des profits. Or, le seul moyen d'arriver à dégager des profits dans une opération de vente, c'est d'être payé [...] »⁷. Pour l'acheteur, le but principal est de recevoir la marchandise ou le service tel que prévu par le contrat⁸. En effet, les acteurs du commerce international qui désirent faire affaire avec de nouvelles entreprises, ne connaissent pas nécessairement les informations pertinentes sur leur co-contractant. Ils ne possèdent pas d'informations sur la fiabilité de leur co-contractant. Les parties ne détiennent pas nécessairement de connaissances en ce qui concerne le système juridique de leur co-contractant⁹. Dans l'éventualité d'un litige entre les parties, « l'indépendance du système judiciaire d'un pays, la corruption qui y sévit, [...] la rapidité des tribunaux à entendre un litige »¹⁰ s'avère être des éléments pouvant accentuer les risques commerciaux. Dans ce contexte, les parties impliquées dans une transaction commerciale internationale ne sauraient fonctionner sans l'implication de mécanismes leur apportant une certaine sécurité.

Ainsi, la solution qui a émergé de la pratique commerciale afin de réduire les risques commerciaux entraînés par le caractère international de la transaction est l'intervention d'un tiers neutre et en qui les parties peuvent avoir confiance, soit les banques ou d'autres institutions financières similaires qui bénéficient d'une grande solvabilité. Dans ce contexte, le rôle des banques dans le commerce international est indéniable, comme le souligne la CCI, « *Banks underpin more than a third of global trade transactions, representing trillions of dollars each*

⁶ G. LEFEBVRE, préc., note 1, p.211.

⁷ N. LACASSE, préc., note 1, p. 198.

⁸ G. LEFEBVRE, préc., note 1, p.212.

⁹ *Id.*, p.213.

¹⁰ *Id.*, p.213.

year »¹¹. Ces institutions jouent un rôle essentiel dans le commerce international et dans une mesure plus large, elles ont une importance pour le bon fonctionnement de l'économie mondiale.

En effet, ces dernières sont en mesure d'émettre des lettres de crédit et des lettres de garantie. Les lettres de crédit sont un moyen de paiement par lequel la banque prend l'engagement de payer, généralement au vendeur, lorsqu'il présente les documents convenus entre les parties. Cet instrument est soumis au principe d'autonomie, c'est-à-dire que la banque paye sur présentation de documents conformes, indépendamment de tout différend qui surviendrait entre les parties. Ainsi, le risque de non-paiement assumé par le vendeur a été atténué par l'avènement des lettres de crédit¹². Cet instrument a pris naissance après la Deuxième Guerre mondiale, une période durant laquelle les échanges commerciaux ont connu une croissance phénoménale¹³. Dans ce contexte, les commerçants qui souhaitaient vendre leurs marchandises exigeaient une lettre de crédit en leur faveur afin de s'assurer de recevoir le paiement.

Toutefois, pour l'acheteur, ou le bénéficiaire d'une autre prestation tel un contrat de service ou de construction, le risque se trouve plutôt dans la non-exécution des obligations prévues au contrat¹⁴. Ainsi, les lettres de garanties, quant à elles, sont l'engagement pris par une institution financière de payer sur demande ou selon toute autre modalité, dans le cas où le vendeur, ou le prestataire de services, n'exécute pas ses obligations telles que prévues par le contrat sous-jacent. Les lettres de garantie ont véritablement pris place sur la scène internationale durant les années 1970, soit quelques années après l'apparition des lettres de crédit¹⁵. Cette époque est marquée par une transformation du contexte international qui favorisa l'essor des lettres de garanties¹⁶. En effet, plusieurs États d'Amérique du Sud entreprirent des

¹¹ ICC, « Global Rule », en ligne :<<https://iccwbo.org/global-issues-trends/banking-finance/global-rules/>>.

¹² Roeland F. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade : The Law and Practice of Independent (Fisrt Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions*, 4^e éd., « ICC Publication No 975 E », Hague, Kluwer Law International, 2013, p. 1.

¹³ Mahomed HANNANI, « Les garanties contractuelles dans les transactions internationales comportant la fourniture de biens ou de services », (1985), 26-3, *C. de D.* 633, p. 637.

¹⁴ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 2.

¹⁵ M. HANNANI, préc., note 13, p. 639 ; R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 1.

¹⁶ M. HANNANI, préc., note 13, p. 639 ; R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 1.

projets hydro-électriques¹⁷. De plus, de nombreux États au Moyen-Orient ont contracté avec des entreprises des pays occidentaux pour des contrats de constructions de grande envergure, tels que des routes, des hôpitaux, des aéroports, etc.¹⁸. Dans ce contexte, les acheteurs qui souhaitaient établir des contrats avec des entrepreneurs afin de réaliser les travaux envisagés, voulaient s'assurer de la bonne exécution des obligations de leur co-contractant. Par conséquent, les maîtres d'ouvrages exigeaient que des lettres de garanties soient émises en leur faveur.

Les lettres de crédit et les lettres de garantie présentent plusieurs ressemblances. Certains auteurs qualifient les lettres de crédit et les lettres de garantie comme étant des « engagements abstraits » puisqu'ils sont indépendants du contrat de base¹⁹. Autrement dit, les institutions financières qui émettent ce type d'engagement ne sont pas concernées par le contrat sous-jacent entre le vendeur et l'acheteur ou entre les clients et les entrepreneurs, par exemple. Celles-ci s'engagent à payer lorsqu'une demande conforme est présentée. La seule exception généralement admise est la fraude du bénéficiaire.

Effectivement, ces mécanismes de paiement, aussi utiles soient-ils, ne sont pas à l'abri de tous les risques, dont le plus important est certainement la fraude. La fraude est la cause la plus importante de litige que l'on rencontre en présence de ces mécanismes. En termes monétaire, « *The commercial bureau of the ICC in Paris announced that the estimated volume of fraudulent stand by LC transaction is 10\$ million a day* »²⁰. Elle peut engendrer d'importantes conséquences pour les victimes et dans une certaine mesure pour l'institution émettrice. En effet, elle peut entraîner des pertes considérables amenant à l'insolvabilité de la partie qui a demandé l'ouverture de tels instruments. Pour sa part, l'institution émettrice pourrait subir de perte de revenus si elle est contrainte de dédommager la partie qui lui a demandé l'ouverture de la lettre de crédit ou de garantie, dans la mesure où elle serait imputable, par exemple s'il est jugé qu'elle a payé sur présentation de document frauduleux et qu'elle en avait connaissance. Dans ce

¹⁷ M. HANNANI, préc., note 13, p. 639.

¹⁸ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 1.

¹⁹ Louise POUDRIER-LEBEL, « Les engagements abstraits pris par le banquier », (1985) 19-1 *Revue Juridique Themis* 53 p. 64 ; Roy GOODE, Herbert KRONKE et Ewan MCKENDRICK, *Transnational Commercial Law. Texts, Cases and Materials*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2015.

²⁰ Jacob E. SIFRI, *Standby Letters of Credit A Comprehensive Guide*, New York, Palgrave Macmillan, 2008, p. 195.

contexte, il est important d'étudier la fraude et son impact sur les différentes parties impliquées dans ces mécanismes.

Les lettres de crédit et les lettres de garantie sont en grande partie régies par des règles émanant d'institutions internationales. La Chambre de commerce internationale a émis différents ensembles de règles s'appliquant à l'un ou l'autre de ces mécanismes. En effet, « *Every year, trade transactions of over US\$1 trillion are conducted on the basis of these ICC rules on documentary credits—now known as UCP600—yet international trade is constantly evolving* »²¹. De plus, les *Règles Uniformes relatives aux garanties sur demande* (RUGD 458) s'appliquant aux lettres de garantie ont également publié la Chambre de commerce internationale. En outre, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a également adopté la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. Enfin, aux États-Unis, le Uniform Commercial Code régit ces deux instruments. Malgré l'importance incontestable de la fraude, aucune de ces règles ne traite de l'exception de fraude s'appliquant aux lettres de crédit et aux lettres de garantie. Bref, il n'existe pas d'uniformité en ce qui concerne l'exception de fraude.

Les lettres de crédit et les lettres de garantie, comme nous le verrons plus en détail dans la première partie de cette étude, ont plusieurs points communs. Par conséquent, elles ont été étudiées et considérées de la même façon par la doctrine et également par la jurisprudence. Ainsi, il est généralement considéré que l'exception au principe d'indépendance, soit la fraude, s'applique de la même manière dans les deux mécanismes. La présente étude a pour but d'analyser les standards qui s'appliquent dans une lettre de crédit et dans une lettre de garantie pour établir la fraude afin de déterminer s'il existe des différences de traitement entre ces deux mécanismes. De plus, puisqu'il n'existe pas d'uniformité au niveau international concernant la réglementation de la fraude, il y a lieu de se demander si ces critères ont tendance à différer d'une juridiction à l'autre ou plutôt à être similaires. Ainsi, nous serons en mesure d'établir les principales conséquences pour chacune des parties impliquées dans ce type de mécanisme. Notre analyse se limitera à donner des exemples provenant quatre grandes juridictions, que nous

²¹ ICC, « Global Rules », en ligne : <<https://iccwbo.org/global-issues-trends/banking-finance/global-rules/>>.

considérons comme des acteurs clés dans le commerce international, soit le Royaume-Uni, le Canada, les États-Unis et la France. Notre étude sera effectuée, lorsque le contexte s’y prête, à travers l’examen de la jurisprudence et de la doctrine de ces quatre États.

Notre étude se divisera en deux parties. La première partie sera consacrée à l’étude du fonctionnement de ces instruments afin d’en faire ressortir les principales ressemblances et différences. D’abord, nous présenterons le fonctionnement général des lettres de crédit (Chapitre 1), des lettres de garanties (Chapitre 2) et les règles applicables à ces deux mécanismes (Chapitre 3). Ensuite, la seconde partie de ce mémoire se penchera sur la fraude. Dans un premier temps, la notion de fraude sera définie (Chapitre 1). Par la suite, les recours possibles pour la victime de fraude seront abordés (Chapitre 2).

Partie 1 – Les lettres de garantie dans les transactions commerciales internationales

La première partie de cette étude a pour but de dresser un portrait global du fonctionnement des lettres de crédit et des lettres de garantie. Nous l'avons mentionné, la vaste majorité du temps, les lettres de garantie ont été traitées de la même manière que les lettres de crédit par la doctrine et également par la jurisprudence. Ainsi, l'étude du fonctionnement de chacun de ces mécanismes permettra de faire ressortir leurs principales ressemblances et leurs différences. Par la suite, nous étudierons les règles applicables à ces deux instruments.

Cette vue d'ensemble sur ces deux mécanismes nous permettra, dans la seconde partie de ce mémoire, d'évaluer l'impact d'un traitement commun aux deux mécanismes lorsqu'une fraude vient s'immiscer dans une opération impliquant une lettre de crédit ou une lettre de garantie. D'autre part, nous serons en mesure d'analyser si les critères applicables à la fraude dans les quatre juridictions choisies sont les mêmes et les conséquences dans l'éventualité d'un traitement différent.

Chapitre 1 – Les lettres de garantie : une catégorie de lettre de crédit?

Les lettres de crédit, couramment appelées *crédit documentaire*, sont l'instrument de paiement le plus utilisé dans les transactions commerciales internationales²². Elles viennent atténuer les risques engendrés au cours d'une vente internationale. D'une part, le vendeur ne sait pas si l'acheteur est solvable et si ce dernier effectuera le paiement²³. D'autre part, l'acheteur peut craindre d'effectuer le paiement sans recevoir la marchandise²⁴. L'intervention d'une tierce partie permet d'atténuer considérablement ces risques²⁵. Cet instrument est issu de la pratique des commerçants²⁶. Comme nous le verrons par la suite, ces pratiques ont été codifiées par la Chambre de Commerce Internationale (CCI) qui a, entre autres, élaboré les *Règles et Usances uniformes relatives aux crédits documentaires* (RUU). Ces règles gouvernent généralement les lettres de crédit lorsqu'elles sont incorporées par une clause contractuelle et sont utilisées par la vaste majorité des banques sur la planète²⁷.

Un autre mécanisme existe afin de réduire les risques engendrés par les transactions commerciales internationales : les lettres de garanties. Elles sont souvent associées aux lettres de crédit par la ressemblance qui existe dans la façon dont opèrent ces deux mécanismes. Cependant, ils présentent des différences fondamentales dans leurs fonctions. Les lettres de crédit sont un moyen de paiement lors de l'exécution du contrat par le vendeur, tandis que dans un mécanisme de lettres de garanties, le paiement sera effectué en cas de défaut de la part du vendeur ou du débiteur d'une obligation. Les lettres de crédit ont fait l'objet de nombreuses et importantes études. Tel n'est pas le cas des lettres de garanties qui sont la plupart du temps

²² Carole MURRAY, David HOLLOWAY et Daren TIMSON-HUNT, *Schmitthoff. The Law and Practice of International Trade*, 12^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2012, p. 189.

²³ Ralph H. FOLSOM, Micheal WALLACE GORDON et John A. SPAGNOLE JR., *International Business Transactions*, 2^e éd., « Hornbook Series », St. Paul, West Group, 2001, p. 184.

²⁴ *Id.*, p. 185.

²⁵ *Id.*, p. 185.

²⁶ R. GOODE, H. KRONKE et E. MCKENDRICK, préc., note 19, p. 325.

²⁷ *Id.*, p. 324.

étudiées sommairement à partir des écrits portant sur les lettres de crédit. Nous estimons donc qu'il est important de présenter ces deux mécanismes afin d'être en mesure de distinguer leurs particularités respectives. Ensuite, nous pourrons répondre à la question suivante : les lettres de garanties constituent-elles une catégorie de lettre de crédit ?

Le présent chapitre a pour but de donner un aperçu des lettres de crédit. Il sera ensuite plus aisé de les distinguer des lettres de garanties. Dans un premier temps, le fonctionnement des lettres de crédit sera présenté. Dans un deuxième temps, les principes fondamentaux s'appliquant à celles-ci seront abordés.

Section 1 – Le fonctionnement des lettres de crédit

Cette section sera consacrée à définir les lettres de crédit et à détailler leur fonctionnement. Ensuite, les différentes parties impliquées dans une opération de lettre de crédit seront énumérées.

§ 1. La définition

Il n'est pas évident de définir les lettres de crédit puisque les auteurs ne s'entendent pas sur une définition uniforme²⁸. L'auteure Nicole Lacasse présente une définition claire de cet instrument :

« [...] l'acheteur (donneur d'ordre) fait une demande d'émission d'un crédit documentaire auprès de sa banque, dans son pays, pour le bénéfice du vendeur. En accédant à cette demande, la banque (émetteur) s'engage directement à payer au

²⁸ Il n'existe pas de débat au sein de la doctrine concernant la définition des lettres de crédit. Cependant, les différentes définitions proposées par les auteurs apportent des nuances. Par exemple, l'auteur Lazar Sarna définit les lettres de crédit comme étant : « [...] *a written undertaking addressed by the issuer to a beneficiary setting out an undertaking to honour a specified demand for payment made by the beneficiary* ». Lazard SARNA, *Letters of Credit: The Law and Current Practice*, 2^e éd., Toronto, Carswells, 1989, p.1–2. Selon Xiang Gao, les lettres de crédit sont : « [...] *an instrument, issued to a beneficiary by an issuer for the account of the applicant, by which the issuer promises it will honor a draft or demand of payment provided the terms specified in the credit are met* ». Xiang GAO et Ross P. Buckley, « The Unique Jurisprudence of Letters of Credit: Its Origin and Sources », (2003) 4 *San Diego International Law Journal* 91, p. 95. Pour sa part, Roy Goode précise que : « *A documentary credit is, in essence, a banker's assurance of payment against presentment of specified documents* ». Roy GOODE, *Commercial Law*, 3^e éd., London, Penguin Books, 2004, p. 952.

vendeur (bénéficiaire) le montant fixé, sur présentation par ce dernier des documents énumérés dans le crédit »²⁹.

Autrement dit, à la demande du donneur d'ordre (l'acheteur), la banque s'engage à honorer une demande de paiement de la part du bénéficiaire (le vendeur) en échange d'une demande conforme à ce qui est prévu dans la lettre de crédit. Pour que la demande soit conforme, le bénéficiaire doit présenter les documents spécifiés dans le crédit. Généralement, les parties conviennent dans leur contrat de vente que le paiement se fera par lettre de crédit et ils spécifient les documents qui doivent être présentés par le bénéficiaire afin que celui-ci puisse obtenir le paiement³⁰. Parmi ces documents, on retrouve notamment un connaissement (document attestant le transport), une facture commerciale, un document d'assurance, un certificat d'origine, un certificat de quantité et de qualité, etc.³¹. Ceux-ci permettent de prouver au donneur d'ordre que le bénéficiaire a exécuté ses obligations comme convenu³².

Une fois que la banque émettrice a ouvert un crédit documentaire, à la demande du donneur d'ordre, en faveur du vendeur, celle-ci peut soit transmettre le crédit directement au bénéficiaire, soit elle peut faire affaire avec une seconde banque qui sera appelée la banque notificatrice ou confirmante tout dépendant du rôle qu'elle occupera³³. La plupart du temps, la banque émettrice, puisqu'elle n'est pas située dans le même pays que le vendeur, fera affaire avec une seconde banque (la banque notificatrice), située dans le pays de ce dernier, qui informera celui-ci qu'un crédit a été ouvert en sa faveur³⁴. Enfin, le bénéficiaire pourra procéder à l'expédition de la marchandise, ce qui lui permettra d'obtenir les documents requis³⁵. Une fois que ce dernier obtient les documents requis par la lettre de crédit, il les remet à la banque notificatrice³⁶. Cette dernière procèdera au paiement et transmettra les documents à la banque émettrice qui la remboursera³⁷. Enfin, la banque émettrice remettra les documents au donneur d'ordre une fois

²⁹ N. LACASSE, préc., note 1, p. 212.

³⁰ R. GOODE, H. KRONKE et E. MCKENDRICK, préc., note 19, p. 329.

³¹ R. H. FOLSOM, M. WALLACE GORDON et J. A. SPAGNOLE JR., préc., note 23, p. 187-188.

³² Norman RÔCHERT, *Performance Guarantees on First Demand and the Fraud Exception in International Trade*, mémoire de maîtrise, Cape Town, School for Advanced Legal Studies, University of Cape Town, 2007, p. 6.

³³ R. GOODE, préc., note 28, p. 957.

³⁴ N. LACASSE, préc., note 1, p. 212.

³⁵ Hans VAN HOUTTE, *The Law of International Trade*, 2^e ed., London, Sweet & Maxwell, 2002, p. 269.

³⁶ R. GOODE, préc., note 28, p. 958.

³⁷ *Id.*

que celui-ci l'aura remboursé³⁸. Donc, les lettres de crédit constituent une sécurité de paiement pour le vendeur³⁹. Ce qui explique que ce mécanisme de paiement est souvent utilisé dans le cadre d'une vente internationale de marchandises⁴⁰.

Plusieurs relations découlent de l'émission d'une lettre de crédit. Premièrement, une relation contractuelle entre le donneur d'ordre et la banque émettrice est établie, soit sous forme de prêt ou d'un contrat de crédit⁴¹. Deuxièmement, une relation entre la banque émettrice et le bénéficiaire est créée⁴². Aucune catégorie contractuelle ne permet de qualifier cette relation, elle est donc considérée comme étant *sui générís*⁴³. Si, comme nous l'avons vu, la banque émettrice décide de demander à une seconde banque de notifier le crédit, cela aurait pour conséquence d'ajouter deux autres relations. Ainsi, une relation entre les deux institutions bancaires serait établie⁴⁴. Cette relation peut se qualifier comme une relation d'agence entre le mandant (la banque émettrice) et l'agent (la banque notificatrice) puisque ce dernier agit selon les instructions données par le mandant⁴⁵. De plus, il y aura également une relation entre cette seconde banque et le bénéficiaire⁴⁶. Tout comme la relation entre la banque émettrice et le bénéficiaire, la relation entre la banque confirmatrice et le bénéficiaire est considérée comme étant *sui generis*⁴⁷.

³⁸ R. GOODE, préc., note 28, p. 958. Il est possible que la banque et le donneur d'ordre utilisent un mécanisme de *trust receipt* qui servira à financer l'acheteur. Jean PINEAU et Guy LEFEBVRE, *Le contrat de transport de marchandises : terrestre, maritime et aérien*, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 352. Si tel est le cas, elle lui remet les documents avant que ce dernier la rembourse.

³⁹ Agasha MUGASHA, *The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees*, Sydney, The Federation Press, 2003. p. 3 ; N. LACASSE, préc., note 1, p. 212.

⁴⁰ A. MUGASHA, préc., note 39, p. 3.

⁴¹ H. VAN HOUTTE, préc., note 35, p. 269 ; L. SARNA, préc., note 28, p. 2-3.

⁴² H. VAN HOUTTE, préc., note 35, p. 269.

⁴³ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, (1987) 1 R.C.S. 59, par. 16.

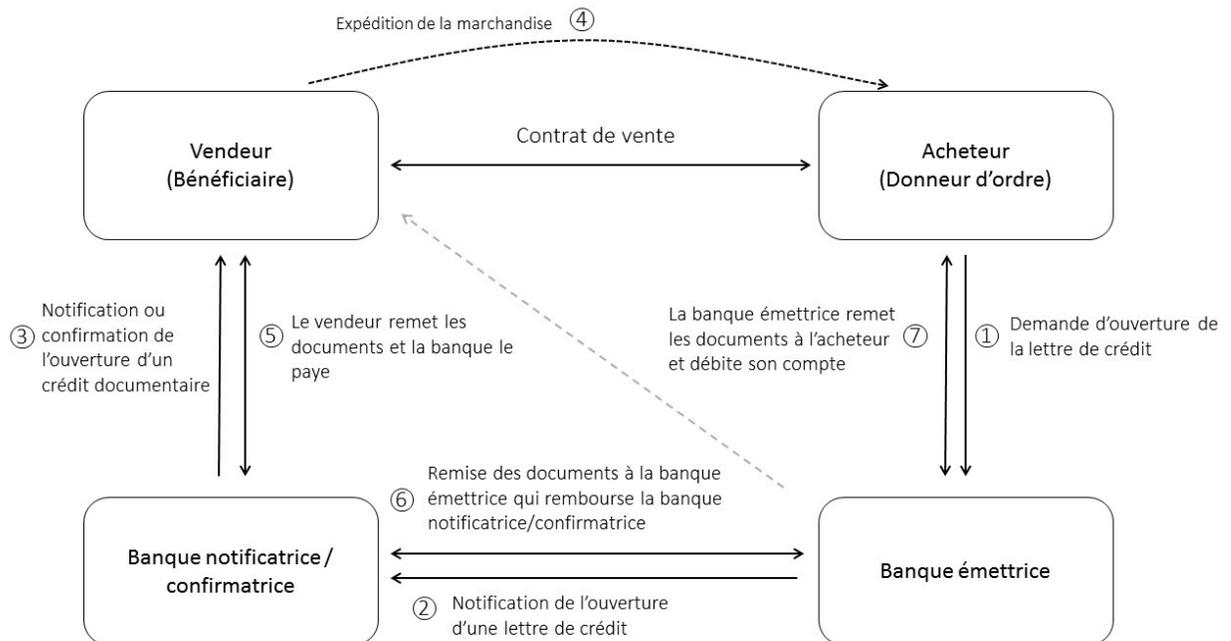
⁴⁴ H. VAN HOUTTE, préc., note 35, p. 270.

⁴⁵ H. VAN HOUTTE, préc., note 35, p. 270 ; L. SARNA, préc., note 28, p. 2-3.

⁴⁶ H. VAN HOUTTE, préc., note 35, p. 270.

⁴⁷ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, préc., note 43, par. 16 ; John F. DOLAN, *The Law of Letters of credit : Commercial and Standby Credits*, Boston, Warren, Gorham & Lamont, 1984, p. 2-4.

Figure 1. – Le fonctionnement des lettres de crédit



Ainsi, les lettres de crédit répondent aux intérêts de chacune des parties. D'une part, si le vendeur remet des documents conformes, il s'assure de recevoir un paiement, comme nous le verrons, et ce, peu importe si un litige avec l'acheteur survient⁴⁸. D'autre part, la lettre de crédit apporte une sécurité à l'acheteur puisque la banque émettrice paiera en contrepartie des documents qui prouvent, en quelque sorte, l'exécution des obligations du bénéficiaire⁴⁹. En ce qui concerne les banques, elles reçoivent une commission correspondant à un pourcentage du crédit en échange de leurs services⁵⁰.

Les lettres de crédit peuvent prendre plusieurs formes selon le mode de paiement, la révocabilité ou l'irrévocabilité de celles-ci et enfin si elles sont confirmées ou non. En effet, il existe quatre moyens de paiement d'une lettre de crédit soit : le paiement à vue, le paiement différé, le paiement par acceptation et, enfin, le paiement par négociation⁵¹. Le paiement à vue

⁴⁸ A. MUGASHA, préc., note 39, p. 3–4.

⁴⁹ A. MUGASHA, préc., note 39, p. 4.

⁵⁰ L. SARNA, préc., note 28, p. 1–8.

⁵¹ C. MURRAY, D. HOLLOWAY et D. TIMSON-HUNT, préc., note 22, p. 221.

signifie que le bénéficiaire sera payé en échange de la remise des documents⁵². Dans un paiement différé, la banque notificatrice doit payer à une certaine date qui sera déterminée par les conditions contenues dans le crédit⁵³. Le bénéficiaire peut négocier la lettre de crédit s'il désire recevoir l'argent avant la date convenue, il ne recevra toutefois pas l'entièreté du montant y figurant car la partie qui en prend possession lui imposera des frais liées au risque de non-paiement et à une commission⁵⁴. Selon le mode de paiement par acceptation, la banque émettrice inscrit qu'elle accepte d'honorer la traite ou la lettre de change présentée par le bénéficiaire lorsqu'il lui remet les documents⁵⁵. Une fois que la banque donne son acceptation, elle a l'obligation d'honorer le paiement à l'échéance déterminée et non simultanément avec la présentation des documents⁵⁶. Ce mode de paiement offre deux possibilités au vendeur : il peut attendre jusqu'à la date d'échéance pour se faire payer ou il peut négocier la lettre de change à une tierce partie, par exemple à une banque, afin de recevoir le paiement avant cette date⁵⁷. L'ajout d'une lettre de change dans la transaction offre une plus grande sécurité à la tierce partie (détenteur régulier) qui en prend possession parce qu'elle accorde plus de droit que s'il n'y avait qu'une lettre de crédit⁵⁸. En effet, le détenteur régulier d'une traite est en droit de recevoir le paiement même si le vendeur commet une fraude dans la transaction⁵⁹. En ce sens, les risques pour le détenteur régulier sont considérablement réduits. Toutefois, ce dernier ne paiera pas le montant complet inscrit sur la lettre de change, il soustraira un montant correspondant à une

⁵² C. MURRAY, D. HOLLOWAY et D. TIMSON-HUNT, préc., note 22, p. 221.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*, p. 222.

⁵⁵ A. MUGASHA, préc., note 39, p. 33 ; SARNA, préc., note 28, p. 1-56.

⁵⁶ A. MUGASHA, préc., note 39, p. 33 ; L. SARNA, préc., note 28, p. 1-56.

⁵⁷ C. MURRAY, D. HOLLOWAY et D. TIMSON-HUNT, préc., note 22, p. 222.

⁵⁸ Cela se retrouve dans la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, c. B-4, art. 55-56.

55 (1) : « Est un détenteur régulier celui qui a pris une lettre, manifestement complète et régulière, dans les conditions suivantes :

- a) il en est devenu détenteur avant son échéance et sans avoir été avisé d'un refus d'acceptation ou de paiement;
- b) il a pris la lettre de bonne foi et à titre onéreux et, à la date de la négociation, n'avait été avisé d'aucun vice affectant le titre du cédant. »

56 : « Le détenteur d'une lettre, à titre onéreux ou non, qui tient son titre d'un détenteur régulier et qui n'a participé à aucune fraude ni illégalité viciant ce titre jouit, en ce qui concerne l'accepteur et les parties à cette lettre antérieures au détenteur régulier, des droits de celui-ci. »

⁵⁹ Dans la décision *Angelica Whitewear* le juge Le Dain affirme que « [...] l'exception de fraude ne devrait pas être opposable au détenteur régulier d'une traite tirée sur une lettre de crédit », cf. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, préc., note 43, par. 18.

commission⁶⁰. Ainsi, le vendeur reçoit un paiement plus élevé lorsqu'il y a présence d'une lettre de change que s'il avait négocié seulement une lettre de crédit puisque l'unique déduction qui sera imposée sera la commission. Les modes de paiements différé et par acceptation sont semblables puisqu'ils permettent à l'acheteur de bénéficier d'un délai entre le moment de recevoir les documents et d'effectuer le paiement⁶¹. Ce délai, pouvant être par exemple de 60 jours, permet à l'acheteur de vendre la marchandise afin d'obtenir les fonds nécessaires pour procéder au paiement⁶². Enfin, un crédit payable par négociation signifie que « [...] l'engagement de la banque émettrice, et éventuellement celui de la banque confirmatrice, s'étend à toute partie à qui le bénéficiaire aura négocié les lettres de change, ou traites, tirées sur le crédit »⁶³.

Par ailleurs, une lettre de crédit peut être révocable ou irrévocable. Une lettre de crédit révocable peut être annulée ou modifiée par la banque émettrice sans qu'elle ait obtenu l'accord du bénéficiaire⁶⁴. Il est important de souligner qu'une lettre de crédit, lorsqu'elle est silencieuse à ce sujet, sera considérée comme étant irrévocable⁶⁵. Les lettres de crédit révocable ne sont pas d'une grande utilité pour un vendeur qui cherche à avoir une certaine sécurité de paiement⁶⁶, ce qui explique que les lettres de crédit irrévocables sont celles qui sont pratiquement toujours utilisées⁶⁷. Une lettre de crédit irrévocable signifie que la banque émettrice ne peut pas annuler ou modifier le crédit sans avoir obtenu préalablement l'accord du bénéficiaire⁶⁸. Par conséquent, la lettre de crédit irrévocable assure une sécurité que la lettre de crédit révocable ne permet pas d'assurer.

⁶⁰ C. MURRAY, D. HOLLOWAY et D. TIMSON-HUNT, préc., note 22, p. 222.

⁶¹ A. MUGASHA, préc., note 39, p. 33.

⁶² L. SARNA, préc., note 28, p. 1-56.

⁶³ Rachelle CHAGNON, *La fraude dans le crédit documentaire*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1995, p. 7.

⁶⁴ H. VAN HOUTTE, préc., note 35, p. 268 ; R. CHAGNON, préc., note 63, p. 5.

⁶⁵ CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Règles et usances uniformes de l'ICC relatives aux crédits documentaires*, Publication no 600, ICC Publication, Paris, 2007, art. 3.

⁶⁶ R. GOODE, préc., note 28, p. 959. Les lettres de crédit révocable sont utilisées dans les transactions où les parties ont déjà établi une relation de confiance ou encore lorsqu'il s'agit d'une firme qui fait affaire à l'étranger avec une de ses filiales. R. GOODE, préc., note 28, p. 959 ; H. Van HOUTTE, préc., note 35, p. 268. Ce type de crédit est avantageux dans de telles situations car son coût est inférieur à l'émission d'une lettre de crédit irrévocable. H. Van HOUTTE, préc., note 35, p. 268.

⁶⁷ C. MURRAY, D. HOLLOWAY et D. TIMSON-HUNT, préc., note 22, p. 224.

⁶⁸ R. GOODE, préc., note 28, p. 959 ; R. CHAGNON, préc., note 63, p. 5.

Enfin, une lettre de crédit peut-être confirmée ou non confirmée. Le crédit est confirmée lorsqu'une seconde banque prend l'engagement, envers le bénéficiaire, d'honorer le paiement elle devient alors la banque confirmante⁶⁹. Comme le souligne Goode, « *A credit may be irrevocable without being confirmed, but a confirmed credit is always irrevocable* »⁷⁰.

§ 2. Les parties impliquées

Généralement, comme nous l'avons mentionné, trois à quatre parties sont impliquées dans l'opération d'une lettre de crédit. Il s'agit du donneur d'ordre, de la banque émettrice, de la banque notificatrice ou confirmante et du bénéficiaire. Il convient de décrire sommairement le rôle ainsi que la responsabilité qui incombe à chacune d'entre elles.

A) Le donneur d'ordre

Tout d'abord, le donneur d'ordre, on s'en souvient, il s'agit généralement de l'acheteur, est la partie qui fait la demande à la banque pour l'ouverture du crédit documentaire en faveur du bénéficiaire (vendeur). Ainsi, le donneur d'ordre et la banque émettrice arriveront à une entente dans laquelle les RUU, comme nous le verrons, seront habituellement incorporées, décrivant les droits et obligations de chacune des parties⁷¹. La principale obligation du donneur d'ordre est de rembourser à la banque le montant que cette dernière paiera au bénéficiaire⁷².

B) La banque émettrice

La banque émettrice est la banque qui émet le crédit documentaire à la demande du donneur d'ordre et en faveur du bénéficiaire⁷³. Celle-ci a des obligations à la fois envers le donneur d'ordre et envers le bénéficiaire du crédit documentaire⁷⁴.

⁶⁹ R. GOODE, préc., note 28, p. 959 ; H. Van Houtte, préc., note 35, p. 270.

⁷⁰ R. GOODE, préc., note 28, p. 959.

⁷¹ L. SARNA, préc., note 28, p. 3–5.

⁷² *Id.*, p. 3–6.

⁷³ H. VAN HOUTTE, préc., note 35, p. 266.

⁷⁴ R. CHAGNON, préc., note 63, p. 38.

En ce qui concerne ses obligations envers le donneur d'ordre, elle doit effectuer un examen des documents. Plus précisément, la banque émettrice doit déterminer « [...] si ceux-ci présentent ou non l'apparence d'une présentation conforme »⁷⁵. De plus, les documents présentés ne doivent pas être en contradiction les uns avec les autres ni avec le crédit⁷⁶. La banque possède un délai de cinq jours ouvrables pour procéder à l'examen des documents⁷⁷. Si les documents ne sont pas conformes, la banque doit refuser d'honorer le paiement⁷⁸. Cependant, celle-ci doit faire part au bénéficiaire de ce refus en précisant les motifs⁷⁹.

En ce qui concerne ses obligations envers le vendeur, la banque émettrice est tenue d'honorer le paiement si ce dernier, c'est-à-dire le bénéficiaire, lui a remis des documents conformes⁸⁰.

Enfin, il est possible que la banque émettrice agisse par l'intermédiaire d'une seconde banque. Si tel est le cas, elle sera également tenue de rembourser celle-ci⁸¹.

C) La banque notificatrice ou confirmante

Comme mentionné précédemment, il est possible que la banque émettrice agisse par l'intermédiaire d'une seconde banque qui sera soit une banque notificatrice ou confirmante, dépendamment du rôle qu'elle occupera.

Le rôle de la banque notificatrice est de de notifier l'ouverture du crédit au bénéficiaire lorsque la banque émettrice lui en donne l'instruction⁸². Cette dernière, à la différence de la banque confirmante, n'a pas d'obligations envers le bénéficiaire⁸³. Elle agit selon les instructions de la banque émettrice, son rôle est simplement de notifier l'ouverture de la lettre de crédit et

⁷⁵ RUU600, préc., note 65, art. 14 (a).

⁷⁶ *Id.*, art. 14 (d).

⁷⁷ *Id.*, art. 24 (b).

⁷⁸ *Id.*, art. 16.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.*, art. 7

⁸¹ *Id.*, art. 7 (c).

⁸² *Id.*, art. 2.

⁸³ R. CHAGNON, préc., note 63, p. 47.

de transmettre les documents à la banque émettrice une fois que le bénéficiaire lui a remis ceux-ci⁸⁴. Par conséquent, le bénéficiaire n'a généralement pas de recours envers cette banque⁸⁵.

En règle générale, la banque confirmante est une banque avec laquelle le vendeur fait habituellement affaire dans son pays⁸⁶. Par conséquent, une relation de confiance est déjà établie avec cette dernière⁸⁷. Donc, si la seconde banque est une banque confirmante, elle « [...] agit à titre d'agent de la banque émettrice tout en ajoutant son engagement personnel quant au paiement du crédit »⁸⁸. Elle aura les mêmes obligations que la banque émettrice envers le bénéficiaire⁸⁹. Ce dernier jouit alors de deux engagements, un de la part de la banque émettrice et un de la part de la banque confirmante⁹⁰. Par conséquent, le bénéficiaire du crédit documentaire pourrait tenter un recours contre ces banques si elles n'honorent pas le paiement⁹¹. Par ailleurs, la banque confirmante n'a en principe aucune relation avec le donneur d'ordre⁹².

D) Le bénéficiaire

Enfin, le bénéficiaire d'une lettre de crédit « [...] *has no explicit and enforceable duties under them* »⁹³. L'unique rôle de celui-ci est de présenter des documents conformes afin de recevoir le paiement. Toutefois, il a le droit de recevoir le paiement de la somme stipulée dans le crédit en échange des documents convenus⁹⁴.

⁸⁴ R. H. FOLSOM, M. WALLACE GORDON et J. A. SPAGNOLE JR., préc., note 23, p. 189.

⁸⁵ H. VAN HOUTTE, préc., note 35, p. 270.

⁸⁶ A. MUGASHA, préc., note 39, p. 32 ; Jean-Pierre MATTOU, *Droit bancaire international*, 3^e éd., Paris, Revue Banque Édition, 2004, p. 272.

⁸⁷ Il faut cependant noter qu'une lettre de crédit confirmé engendre un coût supplémentaire. N. LACASSE, préc., note 1, p. 213.

⁸⁸ R. CHAGNON, préc., note 63, p. 47 ; RUU600, préc. note 65, art. 2.

⁸⁹ J.-P. MATTOU, préc., note 86, p. 282.

⁹⁰ *Id.*, p. 282.

⁹¹ H. VAN HOUTTE, préc., note 35, p. 267.

⁹² J.-P. MATTOU, préc., note 86, p. 283.

⁹³ Matti S. KURKELA, *Letters of Credit and Bank Guarantees Under International Trade Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 24.

⁹⁴ J.-P. MATTOU, préc., note 86, p. 279.

Section 2 – Les principes fondamentaux

Deux principes fondamentaux régissent les lettres de crédit soit, le principe d'autonomie et celui de la stricte conformité. Ces deux principes ont été codifiés dans les RUU de la CCI. La section qui suit se penche sur ces deux principes incontournables.

§ 1. Le principe d'autonomie

Le principe d'autonomie du crédit documentaire suppose que celui-ci est complètement indépendant du contrat de vente sous-jacent entre le vendeur et l'acheteur⁹⁵. Le principe d'autonomie qui est universellement reconnu se retrouve notamment dans les RUU, qui sont habituellement incorporées dans les lettres de crédit⁹⁶. En effet, il est mentionné à l'article 4 des RUU qui énonce que :

« Un crédit est, par sa nature, une transaction distincte de la vente ou d'un autre contrat qui peut en former la base. Les banques ne sont en aucune façon concernées ou liées par ce contrat, même si une quelconque référence à celui-ci est incluse dans le crédit »⁹⁷.

De plus, l'article 5 des RUU indique que : « Les banques ont à considérer des documents à l'exclusion des marchandises, services ou prestations auxquelles les documents peuvent se rapporter »⁹⁸. Par ailleurs, dans la décision de principe de la Cour suprême du Canada *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica Whitewear*, le juge Le Dain affirme que les lettres de crédit sont une transaction «[...] indépendante de l'exécution du contrat sous-jacent à l'égard duquel le crédit a

⁹⁵ Roy GOODE, « Abstract Payment Undertakings in International Transactions », (1996) 22-1 *Brooklyn Journal of International Law* 1, p. 12.

⁹⁶ R. GOODE, H. KRONKE et E. MCKENDRICK, préc., note 19, p. 326. L'autonomie du crédit documentaire est reconnue et acceptée depuis longtemps par l'ensemble des tribunaux. Par exemple, dans la décision américaine *Sztejn v J. Henry Schroder Banking Corp.* 31 N.Y.S. 2d 631. (1941) par. 633, le juge Shientag a souligné que: « *It is well established that a letter of credit is independent of the primary contract of sale between the buyer and the seller. The issuing bank agrees to pay upon presentation of documents, not goods* ». De plus, ce principe a été codifié dans le *Uniform Commercial Code* à l'article 5-103 (d). *Uniform Commercial Code* § 5-103. Par ailleurs, les tribunaux anglais admettent également ce principe, notamment dans l'affaire *Edward Owen Engineering Ltd c. Barclays Bank International Ltd* (1978) 1 All E.R. 976 par. 981, dans laquelle Lord Denning MR. affirme que: « *It has been long established that when a letter of credit is issued and confirmed by a bank, the bank must pay it if the documents are in order and the terms of the credit are satisfied. Any dispute between buyer and seller must be settled between themselves* ».

⁹⁷ RUU600, préc., note 65, art. 4.

⁹⁸ *Id.*, art. 5.

été accordé»⁹⁹. Ce principe implique que le donneur d'ordre ne peut invoquer comme motif la non-exécution des obligations prévues dans le contrat sous-jacent afin d'interdire à la banque d'honorer le paiement¹⁰⁰. D'une part, il permet de protéger les banques puisqu'elles n'ont pas à enquêter pour savoir si le bénéficiaire a réellement exécuté ses obligations en vertu du contrat sous-jacent, elles se fient uniquement aux documents¹⁰¹. D'autre part, il protège également le bénéficiaire contre le risque de non-paiement dans l'éventualité où un litige surviendrait entre lui et le donneur d'ordre¹⁰². Par contre, pour le donneur d'ordre, le principe d'autonomie représente un certain risque, c'est-à-dire que la banque émettrice procède au paiement même si le bénéficiaire n'a pas exécuté ses obligations comme prévu¹⁰³. Ce dernier pourrait, par exemple, se prémunir de documents falsifiés tel que des documents d'expertises attestant la qualité de la marchandise. Cela constituerait une fraude dans les documents, mais la fraude peut également survenir dans la transaction. La fraude est l'unique exception possible au principe d'autonomie. Cependant, comme nous le verrons, elle n'est pas prévue par les RUU. La fraude, un principe universellement reconnu par le droit commun de l'ensemble des systèmes juridiques, est un motif qui permet à la banque ou aux tribunaux, normalement en émettant une injonction, d'empêcher cette dernière d'honorer le paiement dans certaines circonstances. Cette exception fera l'objet de la deuxième partie de ce mémoire.

§ 2. Le principe de stricte conformité

Le second principe fondamental en matière de lettre de crédit est celui de la stricte conformité des documents. Ce principe signifie que les documents présentés par le bénéficiaire à la banque doivent être en stricte conformité avec ce qui est mentionné dans la lettre de crédit¹⁰⁴. Si les documents ne sont pas conformes, la banque a l'obligation de refuser les documents¹⁰⁵. Ce

⁹⁹ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, préc., note 43, par. 10.

¹⁰⁰ R. H. FOLSOM, M. WALLACE GORDON et J. A. SPAGNOLE JR., préc., note 23, p. 196.

¹⁰¹ Xiang GAO, *The Fraud Rule in the Law of Letters of Credit: A Comparative Study*. vol. 2, « Global Trade and Finance Series », Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 25.

¹⁰² *Id.*, p. 26.

¹⁰³ *Id.*, p. 26.

¹⁰⁴ R. H. FOLSOM, M. WALLACE GORDON et J. A. SPAGNOLE JR., préc., note 23, p. 196.

¹⁰⁵ C. MURRAY, D. HOLLOWAY et D. TIMSON-HUNT, préc., note 22, p. 196.

principe n'est pas défini de manière précise dans les RUU¹⁰⁶. Cependant, l'article 2 des RUU indique brièvement la conformité de la façon suivante « [...] une présentation qui est en conformité avec les termes et conditions du crédit, les dispositions applicables de ces règles et les pratiques bancaires internationales standards »¹⁰⁷. Par ailleurs, l'article 14 alinéa d. des RUU énonce que :

« Les informations dans un document, lues dans le contexte du crédit, du document lui-même et des pratiques bancaires internationales standard, n'ont pas besoin d'être identiques, mais ne doivent pas être en contradiction avec les données dudit document, celles de tout autre document stipulé ou du crédit lui-même »¹⁰⁸.

Cependant, il n'est pas évident de déterminer à quel point les documents doivent être conformes avec les termes stipulés dans la lettre de crédit¹⁰⁹. Le but du présent mémoire n'est pas d'explorer en détail cet enjeu mais plutôt d'en donner un aperçu. Selon Goode, les tribunaux anglais ont assoupli le principe de stricte conformité pour qu'il devienne celui de l'apparence de conformité¹¹⁰. Ce qui est également le cas au Canada, dans l'arrêt *Angelica Whitewear* le juge Le Dain mentionne qu'une banque émettrice a l'obligation : « [...] 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 [...] »¹¹¹. Par ailleurs, il mentionne que la banque doit procéder à « [...] un examen raisonnablement attentif [...] »¹¹². De plus, il est possible de parler de double conformité puisque le juge Le Dain affirme que ce principe : « [...] exige non seulement que les documents présentés soient conformes aux conditions de la lettre de crédit, mais qu'ils concordent en apparence entre eux »¹¹³. Cependant, ce principe est assoupli par le fait que « [...] des variations ou des différences mineures [...] » ne constituent pas un motif valable pour libérer la banque de son obligation d'honorer le paiement¹¹⁴. Ainsi, le principe de stricte conformité apporte un équilibre avec celui de l'autonomie du crédit qui lui, assure une protection au bénéficiaire. En

¹⁰⁶ X. GAO, préc., note 101, p. 27.

¹⁰⁷ RUU600, préc., note 65, art. 2.

¹⁰⁸ *Id.*, art. 14 (d).

¹⁰⁹ R. GOODE, préc., note 95, p. 6.

¹¹⁰ R. GOODE, préc., note 28, p. 332.

¹¹¹ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, préc., note 43, par. 10.

¹¹² *Id.*, par. 34.

¹¹³ *Id.*, par. 40.

¹¹⁴ *Id.*, par. 37.

effet, la stricte conformité permet une certaine protection au donneur d'ordre puisque le bénéficiaire doit fournir des documents provenant de différentes sources¹¹⁵. De plus, cette protection est renforcée par la procédure de vérification des documents effectuée par la banque¹¹⁶. Donc, le donneur d'ordre devra payer seulement si les documents sont conformes, ce qui suppose en théorie une bonne exécution du contrat de base¹¹⁷. Ce principe protège également la banque car celle-ci connaît les normes pour l'examen des documents¹¹⁸. Bref, ce principe, tout comme celui de l'autonomie du crédit documentaire, est reconnu et respecté par l'ensemble des tribunaux¹¹⁹.

En résumé, crédit documentaire est un mécanisme de paiement, pour un contrat de vente international de biens ou de services, permettant de réconcilier les intérêts de chacune des parties à ce contrat. Il est soumis à deux principes qui sont l'autonomie et la stricte conformité. Donc, dans un crédit documentaire, le paiement aura lieu si le bénéficiaire présente des documents conformes à la banque. Un autre mécanisme est fréquemment utilisé avec les lettres de crédit dans les transactions commerciales internationales, ce sont les lettres de garanties. Elles seront étudiées dans le prochain chapitre.

¹¹⁵ X. GAO, préc., note 101, p. 27.

¹¹⁶ *Id.* p. 27.

¹¹⁷ *Id.* p. 27.

¹¹⁸ *Id.* p. 27.

¹¹⁹ R. GOODE, préc., note 95, p. 6. Dans la décision *Equitable Trust Company of New York c. Dawson Partners Ltd* (1926), 27 Ll. L. Rep. 49, par. 52, Lord Sumner a affirmé le principe de stricte conformité de la manière suivante: « *There is no room for documents which are almost the same, or which will do just as well* ». D'autres décisions fondamentales font référence à ce principe fondamental, voir notamment : *JH Rayner & Co Ltd v Hambro's Bank Ltd* (1943) K.B. 37 (C.A.), *Gian Singh & Co. v Banque de l'Indochine* (1974) 2 All E.R (Singapour Supr. Ct.). 754. Par ailleurs, aux États-Unis, ce principe a été codifié dans le UCC à l'article 5-108 (a).

Chapitre 2 – Les lettres de garantie

Les lettres de garantie ont vu le jour peu après les lettres de crédit¹²⁰. En effet, elles ont émergé durant les années 1960 et sont véritablement devenues une pratique courante dans les années 1970¹²¹. À l’instar des lettres de crédit, le mécanisme de lettres de garantie prévoit qu’une tierce partie, soit une institution financière, assume l’obligation de paiement lorsqu’une demande conforme lui est présentée¹²². Par conséquent, le risque de non-paiement assumé par le débiteur et le risque de non-performance assumé par le créancier sont considérablement réduits par l’intervention d’une tierce partie¹²³. Les lettres de garantie partagent plusieurs caractéristiques avec le crédit documentaire notamment en ce qui concerne leur fonctionnement général et les principes d’autonomie et de stricte conformité. Il est toutefois important de mentionner qu’elles possèdent certaines particularités que nous étudierons dans ce chapitre. Ainsi, une lettre de crédit est généralement émise en faveur de l’exportateur, alors que les lettres de garantie sont habituellement émises en faveur de l’importateur¹²⁴.

Tout comme les lettres de crédit, les lettres de garantie sont nées de la pratique bancaire internationale et sont régies majoritairement par les usages codifiés de la pratique internationale. Comme nous le verrons plus en détail dans le chapitre suivant, les garanties bancaires sont notamment gouvernées par les *Règles Uniformes relatives aux garanties sur demandes* (RUGD) créées par la CCI. Ces règles sont, tout comme les RUU, applicables par incorporation au contrat¹²⁵. De plus, nous l’avons indiqué, elles sont similaires aux RUU qui ont été mentionnées précédemment¹²⁶.

¹²⁰ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 1.

¹²¹ *Id.*, p. 1.

¹²² R. H. FOLSOM, M. WALLACE GORDON et J. A. SPAGNOLE JR., préc., note 23, p. 216.

¹²³ *Id.*

¹²⁴ Jürgen DOHM, *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Berne, Staempfli & Cie SA Berne, 1986, p. 31.

¹²⁵ C. MURRAY, préc., note 22, p. 253.

¹²⁶ *Id.*

Ce second chapitre comporte une double finalité, soit de présenter le fonctionnement des lettres de garantie et de distinguer cet instrument de celui des lettres de crédit. Pour ce faire, nous étudierons de manière détaillée le fonctionnement et les différents types de lettres de garantie.

Section 1 – Le fonctionnement des lettres de garantie

Cette première section se penche sur la définition des lettres de garantie ainsi que les parties impliquées dans ce type de mécanisme.

§ 1. Définition

Les lettres de garantie ont pour objectif d'assurer à l'importateur, dans un contrat de vente de marchandises ou au client dans un contrat de service, de recevoir un paiement si l'exportateur ou le prestataire de services n'exécute pas ou exécute inadéquatement ses obligations¹²⁷. Autrement dit, contrairement aux lettres de crédit, le paiement de la lettre de garantie sera effectué au créancier lorsque le débiteur manque à ses obligations¹²⁸. Plus précisément, les lettres de garantie sont définies à l'article 2 des RUGD comme étant « [...] tout engagement signé, quelle que soit sa dénomination ou sa description, prévoyant un paiement sur présentation d'une demande conforme »¹²⁹. Les lettres de garantie sont généralement émises par des institutions financières ou encore des compagnies d'assurances¹³⁰. Le cas échéant, le bénéficiaire de la lettre de garantie peut « [...] exiger le paiement à un tiers dont la solvabilité n'est pas douteuse ; il n'est pas exposé au risque que l'exportateur lui oppose sa propre insolvabilité ou lui refuse le paiement au motif qu'il aurait correctement exécuté ses obligations contractuelles »¹³¹. Il existe plusieurs types de garanties selon l'obligation principale qu'elle

¹²⁷ R. GOODE, H. KRONKE et E. MCKENDRICK, préc., note 19, p. 327 ; R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 13.

¹²⁸ R. GOODE, H. KRONKE et E. MCKENDRICK, préc., note 19, p. 322.

¹²⁹ CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Règles Uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur demande et formulaires-types révision 2010*, Publication no 758, ICC Publication, Paris, 2010, art. 2.

¹³⁰ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 8.

¹³¹ J. DOHM, préc., note 124, p. 29.

prévoit couvrir et le mode de paiement déterminé par les parties¹³². Les différentes formes que peuvent prendre les lettres de garantie seront étudiées dans la section suivante.

Par ailleurs, comme le soulignent plusieurs auteurs, il n'existe pas d'uniformité au niveau international concernant la dénomination des lettres de garantie¹³³. En ce sens, dans le présent mémoire, nous utiliserons indifféremment les expressions *lettre de garantie* et *garantie bancaire* pour désigner cet instrument.

Nous l'avons dit, les lettres de garantie opèrent de façon similaire au mécanisme de lettres de crédit. Toutefois, il est important de noter que les parties ne sont pas les mêmes que dans un mécanisme de lettre de crédit. En effet, le donneur d'ordre, dans une lettre de garantie, est le prestataire de service. Ce dernier demande à sa banque d'émettre une lettre de garantie en faveur du bénéficiaire qui est habituellement le client dans le contrat de base¹³⁴. Lorsque la garantie se limite à ces parties, il s'agit d'une garantie directe¹³⁵. Tout comme dans une lettre de crédit, il est possible qu'une seconde banque intervienne dans une opération de lettre de garantie. Dans ce cas, selon le rôle qu'occupera la seconde banque, il pourra s'agir d'une garantie directe ou indirecte. Dans une garantie directe, la seconde banque, située dans le pays du bénéficiaire, occupera simplement le rôle de notification de la lettre de garantie¹³⁶. Cependant, il existe également des garanties indirectes¹³⁷. En effet, il est possible que le bénéficiaire exige que la garantie soit émise par une institution bancaire qui se trouve dans son pays et en laquelle il a confiance¹³⁸. Le fonctionnement de la garantie indirecte est légèrement différent à celui d'une garantie directe. Dans cette situation, l'émission de la lettre de garantie s'effectuera en plusieurs

¹³² R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 13.

¹³³ Patrick GOUDREAU, *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1998, p. 3. En effet, Patrick Goudreau dresse une liste des différents termes pouvant être employés pour désigner les lettres de garanties au Canada, aux États-Unis, au Royaume-Uni et en France. *Id.*, p. 3-4 ; R. GOODE, H. KRONKE et E. MCKENDRICK, préc., note 19, p. 323 ; Hans VAN HOUTTE, préc., note 35, p. 306 ; M. HANNANI, préc., note 13, p. 642.

¹³⁴ R. GOODE, H. KRONKE et E. MCKENDRICK, préc., note 19, p. 341.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 17.

¹³⁷ R. GOODE, préc., note 28, p. 1020. Les lettres de garanties indirectes sont utilisées plus fréquemment que les garanties directes dans le commerce international. Philippe SIMLER, « Garanties autonomes. – Nature juridique. Caractères. Typologie », (2008) Fasc. 387 *JCl. Commercial* par. 69.

¹³⁸ R. GOODE, préc., note 28, p. 1020.

étapes : l'exportateur demandera à sa banque, la seconde banque ou banque contre-garante, de mandater une autre banque, la première banque ou banque garante, se trouvant dans l'État de l'importateur afin qu'il ouvre une garantie en faveur de ce dernier¹³⁹. Si tel est le cas, la banque de l'importateur est appelée à assumer un plus grand rôle qui est d'émettre la garantie en faveur de ce dernier¹⁴⁰. Cependant, la banque de l'exportateur, soit la banque contre-garante, émettra en faveur de la banque garante une contre-garantie¹⁴¹.

Plusieurs relations découlent de l'émission d'une lettre de garantie. Premièrement, une relation contractuelle est créée entre le donneur d'ordre et le garant¹⁴². Dans ce premier contrat, le donneur d'ordre donne des instructions à la banque afin qu'elle émette la garantie qui reflète ce que les parties ont convenu dans le contrat de base¹⁴³. Cette première relation contractuelle peut être qualifiée de mandat¹⁴⁴ en droit civil et d'*agency* en Common Law. Deuxièmement, une relation entre le garant et le bénéficiaire est établie par la garantie¹⁴⁵. Tout comme les lettres de crédit, les lettres de garanties n'entrent pas dans une catégorie contractuelle établie, elles sont généralement considérées par la jurisprudence et par la doctrine comme étant *sui generis*¹⁴⁶. Lorsque deux banques sont impliquées dans la transaction, la relation contractuelle entre la banque contre-garante et la banque garante est établie par une contre-garantie qui prévoit le remboursement à la banque garante dans l'éventualité où elle a dû payer le montant de la

¹³⁹ A. MUGASHA, préc., note 39, p. 78 ; R. GOODE, H. KRONKE et E. MCKENDRICK, préc., note 19, p. 342.

¹⁴⁰ Anthony PIERCE, *Demand Guarantees in International Trade*, London, Sweet and Maxwell, 1993, p. 27.

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² François LOGOZ, *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire : Étude comparative des droits allemand, français, belge et suisse*, Thèse de doctorat, Genève, Faculté de droit, Université de Lausanne, 1991, p. 24.

¹⁴³ A. MUGASHA, préc., note 39, p. 99.

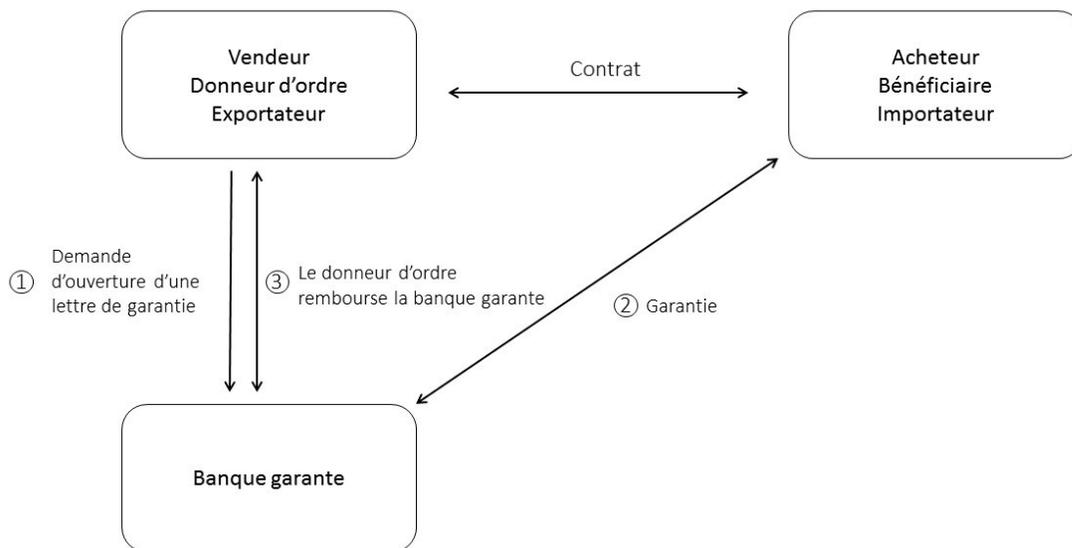
¹⁴⁴ C. MOUMOUNI, préc., note 3, p. 792.

¹⁴⁵ F. LOGOZ, préc., note 142, p. 24 ; Peter ELLINGER et Dora NEO, *The Law and Practice of Documentary Letters of Credit*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 308.

¹⁴⁶ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 66 ; P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 22 ; A. MUGASHA, préc., note 39, p. 19 ; M. HANNANI, préc., note 13, p. 668-669. De plus, comme mentionné dans le chapitre précédent, dans la décision *Angelica Whitewear c. Banque de Nouvelle Écosse*, le juge le Dain qualifie les lettres de crédits comme étant un instrument *sui generis*. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, préc., note 43, par. 16.

garantie au bénéficiaire¹⁴⁷. Ce lien contractuel est considéré comme un mandat¹⁴⁸. Malgré l'intervention d'une seconde banque, il n'y aura pas de relation contractuelle entre la banque contre-garante et le bénéficiaire¹⁴⁹. Par conséquent, le bénéficiaire est titulaire d'un seul engagement, soit celui pris par la banque garante en vertu de la garantie. Cela constitue une différence importante avec la lettre de crédit selon laquelle, comme nous l'avons mentionné précédemment, le bénéficiaire pourrait être titulaire de deux engagements bancaires lorsqu'il y a confirmation du crédit par une seconde banque. De plus, aucune relation contractuelle ne sera créée entre le donneur d'ordre et la banque garante¹⁵⁰.

Figure 2. – Le fonctionnement des lettres de garantie directe



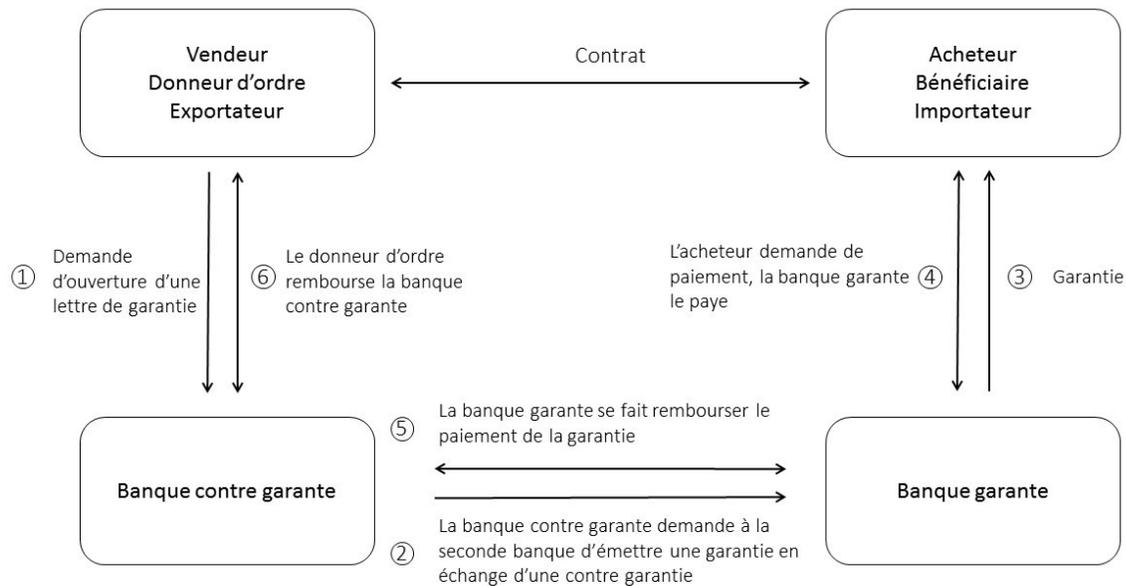
¹⁴⁷ P. ELLINGER et D. NEO, préc., note 145, p. 335 ; R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 19 ; l'article 2 des RUGD définit les contre-garanties de la façon suivante : « [...] tout engagement signé - quelle que soit sa dénomination ou sa description - qui est donné par un contre-garant à une autre partie afin que celle-ci puisse émettre une garantie ou une autre contre-garantie et qui prévoit le paiement sur présentation d'une demande conforme [...] ». RUGD, préc., note 129, art. 2.

¹⁴⁸ C. MOUMOUNI, préc., note 3, p. 792.

¹⁴⁹ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 19.

¹⁵⁰ A. PIERCE, préc., note 140, p. 27 ; P. SIMLER, préc., note 137, par. 71.

Figure 3. – Le fonctionnement des lettres de garantie indirecte



Par ailleurs, les lettres de garanties sont soumises aux mêmes principes fondamentaux applicables aux lettres de crédit, qui sont, rappelons-le, les principes de l'autonomie et le principe de stricte conformité. Ces principes se retrouvent dans les RUGD conçus spécifiquement pour les lettres de garantie. L'article 5 (a) définit le principe de l'autonomie de la façon suivante : « Une garantie est, par sa nature, indépendante de la relation sous-jacente et des demandes et le garant n'est en aucune façon concerné ou engagé par ces relations »¹⁵¹. Ce principe n'est toutefois pas absolu, tout comme pour les lettres de crédit, la fraude est une limite à ce principe. Cela fera l'objet d'une étude approfondie dans la seconde partie de ce mémoire. Ensuite, le principe de stricte conformité est également présent dans ces règles et figure à l'article 2 : « [...] désigne une présentation qui est en conformité, premièrement, avec les termes et conditions de la garantie, deuxièmement, avec les présentes Règles [...] »¹⁵². Cependant, comme nous allons le voir ultérieurement, le principe de stricte conformité est beaucoup moins important dans un

¹⁵¹ RUGD, préc., note 129, art. 5 a.

¹⁵² *Id.*, art 2.

mécanisme de lettre de garantie lorsque la garantie prévoit un mode de paiement à première demande.

Aux États-Unis, les institutions bancaires ne sont pas habilitées à émettre des engagements accessoires tels que les cautionnements qui sont traditionnellement appelés en Common Law « *guarantees* » ou « *suretyships* »¹⁵³. Contrairement aux engagements indépendants, « *A traditional guarantee is secondary (and accessory) in the sense that it requires a breach or alleged breach or failure under the transaction as a condition precedent to become payable* »¹⁵⁴. Les banques américaines sont toutefois habilitées à fournir des engagements indépendants tels que les lettres de garantie¹⁵⁵. Ainsi, afin d'éviter une confusion avec le terme « *guarantees* » l'expression lettre de crédit standby est utilisée pour désigner un engagement indépendant droit américain¹⁵⁶. En effet, les lettres de crédit standby correspondent à « [...] l'engagement pris par une personne, l' "émetteur", en général un établissement de crédit, de payer sur instruction d'un autre, le "donneur d'ordre", une certaine somme d'argent contre remise par le bénéficiaire de documents conformes en apparence aux stipulations de la lettre de crédit »¹⁵⁷. Il est possible de constater que la définition des lettres de crédit standby est pratiquement identique à la définition des lettres de garantie. Malgré cette ressemblance, il est important de souligner qu'en pratique les lettres de crédits standby ont une utilisation plus élargie que les lettres de garantie¹⁵⁸. Elles sont utilisées dans divers domaines tels que les opérations immobilières, en réassurance, en financement d'entreprise, etc.¹⁵⁹. Cependant, comme souligne Bertrams, les lettres de crédit standby ne présentent pas de différences fondamentales avec les garanties bancaires, « *They can be used for the same purposes [...] and they may contain the same conditions of payment [...]* »¹⁶⁰. De plus, les lettres de crédit standby

¹⁵³ Jean-Laurent ANGLADE, *Droit et pratique de la lettre de crédit standby*, Paris, Litec, 2000, p. 18 ; P. ELLINGER et D. NEO, préc., note 145, p. 302 ; J. DOHM, préc., note 124, p. 32 ; M. S. KURKELA, préc., note 93, p. 11.

¹⁵⁴ M. S. KURKELA, préc., note 93, p. 12

¹⁵⁵ J.-L. ANGLADE, préc., note 153, p. 19.

¹⁵⁶ P. ELLINGER et D. NEO, préc., note 145, p. 303.

¹⁵⁷ J.-L. ANGLADE, préc., note 153, p. 11.

¹⁵⁸ *Id.*, p. 36-37.

¹⁵⁹ *Id.*, p. 20-28.

¹⁶⁰ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 7. C'est également l'opinion partagée par l'auteur Peter Ellinger qui souligne que « *As standby credits can be seen to be a specialised type of independent guarantee, or it can at least be said that there are substantial similarities between the two, it could sometimes be appropriate for them to be used*

sont gouvernées par les mêmes principes fondamentaux applicables aux lettres de garanties et lettres de crédit¹⁶¹. En effet, aux États-Unis les lettres de crédits standby sont régies par le UCC américain, ce qui est également le cas pour les lettres de crédit et les lettres de garantie¹⁶². Un autre exemple pouvant être souligné est celui de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) qui a élaboré une Convention s'appliquant à la fois aux lettres de crédit standby et aux lettres de garantie¹⁶³. Par conséquent, elles seront considérées comme étant l'équivalent des lettres de garanties pour les fins du présent mémoire.

§ 2. Les parties impliquées dans l'opération

Plusieurs parties sont impliquées dans une opération de garantie bancaire : le donneur d'ordre, le garant, le bénéficiaire et, s'il y a lieu, le contre garant. Il est également possible qu'une seconde banque notifie l'ouverture de la lettre de garantie au bénéficiaire. Il convient d'examiner les droits et obligations de chacune de ces parties.

A) Le donneur d'ordre

Le donneur d'ordre, dans le cas d'une lettre de garantie, « [...] désigne la partie mentionnée dans la garantie comme tenue en vertu de la relation sous-jacente à la garantie »¹⁶⁴. Le donneur d'ordre, dans un mécanisme de lettre de garantie sera habituellement, l'exportateur dans un contrat de vente, mais il peut également s'agir de l'entrepreneur dans un contrat impliquant un service, tel que la construction¹⁶⁵. Il est tenu, en vertu du contrat créé avec le garant, de rembourser ce dernier si le paiement de la garantie est effectué au bénéficiaire¹⁶⁶. De plus, il doit également payer une commission à la banque pour le service qu'elle offre en émettant

interchangeably ». P. ELLINGER et D. NEO, préc., note 145, p. 305. De plus, selon Roy Goode « [...] *it is important to appreciate that the differences between a standby credit and a demand guarantee lie in business practice, not in law* [...] ». R. GOODE, préc., note 28, p. 1018.

¹⁶¹ Michael BRIDGE, *Benjamin's Sale of Goods*, 10^e éd., « The Common Law Library », London, Sweet and Maxwell, 2017, p. 2204 ; J.-L. ANGLADE, préc., note 153, p. 30.

¹⁶² J.-L. ANGLADE, préc., note 153, p. 31.

¹⁶³ J.-L. ANGLADE, préc., note 153, p. 31. COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *La Convention des Nations Unies sur les lettres de garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*, 1977.

¹⁶⁴ RUGD, préc., note 129, art. 2.

¹⁶⁵ R. GOODE, H. KRONKE et E. MCKENDRICK, préc., note 19, p. 341 ; P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 6.

¹⁶⁶ A. MUGASHA, préc., note 39, p. 99 ; R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 111.

la lettre de garantie¹⁶⁷. Généralement, le montant de la commission varie en fonction de la valeur de la garantie¹⁶⁸. Bref, une lettre de garantie comporte un certain risque pour le donneur d'ordre qu'une demande de paiement abusive soit faite par le bénéficiaire¹⁶⁹. Comme nous allons le constater plus loin, ce risque peut varier selon les conditions de paiement prévues par les parties.

B) Le garant

Le garant, également appelé banque émettrice, « [...] désigne la partie qui émet une garantie »¹⁷⁰. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une lettre de garantie directe, le garant sera en règle générale la banque de l'exportateur. Par contre, s'il s'agit d'une garantie indirecte, le garant sera plutôt la banque de l'importateur. Plusieurs obligations s'imposent au garant. Tout d'abord, ce dernier doit procéder à un examen des documents dans un délai de cinq jours ouvrables¹⁷¹. Si le garant dépasse ce délai, il est possible que sa responsabilité soit engagée pour retard de paiement¹⁷². Il est également tenu d'informer le donneur d'ordre, ou le contre-garant dans le cas d'une garantie indirecte, d'une présentation de demande de paiement par le bénéficiaire¹⁷³. De plus, le garant est tenu, envers le bénéficiaire, de payer lorsque ce dernier présente une demande de paiement conforme à la lettre de garantie¹⁷⁴.

C) Le contre garant

Selon les RUGD, le contre-garant est « [...] la partie émettant une contre-garantie, que celle-ci soit en faveur d'un garant ou d'un contre-garant [...] »¹⁷⁵. Comme nous l'avons déjà mentionné, contrairement au mécanisme de la lettre de crédit confirmée, dans une lettre de garantie impliquant l'intervention de deux banques, le bénéficiaire ne bénéficie qu'un seul engagement, soit celui pris par la banque garante¹⁷⁶. Autrement dit, il n'y a pas de relation

¹⁶⁷ F. LOGOZ, préc., note 142, p. 88.

¹⁶⁸ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 122-123.

¹⁶⁹ F. LOGOZ, préc., note 142, p. 28.

¹⁷⁰ RUGD, préc., note 129, art. 2.

¹⁷¹ *Id.*, art. 20 a.

¹⁷² M. BRIDGE, préc., note 161, p. 2221.

¹⁷³ RUGD, préc., note 129, art. 16.

¹⁷⁴ *Id.*, art. 20 b.

¹⁷⁵ *Id.*, art. 2.

¹⁷⁶ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 19.

contractuelle établie entre le contre-garant et le bénéficiaire¹⁷⁷. Par conséquent, le bénéficiaire n'a généralement pas de recours envers la banque contre-garante¹⁷⁸. Cela présente une conséquence importante pour le bénéficiaire notamment en cas de faillite de la banque garante. Le contre-garant qui est lié au garant en vertu de la contre-garantie est tenu de le rembourser lorsque ce dernier a procédé au paiement de la garantie¹⁷⁹.

D) La banque notificatrice

La banque notificatrice assume un rôle beaucoup moins important puisque, comme nous l'avons déjà mentionné, elle ne prend « [...] aucun engagement envers le bénéficiaire »¹⁸⁰. En effet, son rôle est simplement de vérifier l'authenticité de la lettre de garantie¹⁸¹ et de notifier l'émission de cette dernière au bénéficiaire lorsque la banque garante lui en fait la demande¹⁸². De plus, la banque notificatrice n'a pas d'obligations envers le donneur d'ordre puisqu'aucune relation contractuelle n'est créée avec ce dernier¹⁸³.

E) Le bénéficiaire

Le bénéficiaire est « [...] la partie en faveur de laquelle la garantie est émise »¹⁸⁴. Ce dernier n'a pas d'obligation en vertu de la lettre de garantie. Il a toutefois le droit de recevoir le paiement de la garantie en contrepartie d'une demande conforme. Par conséquent, il pourrait se tourner vers le garant en cas de non-paiement de la part de ce dernier.

¹⁷⁷ R. F. BERTRAMS, préc., note 12.

¹⁷⁸ H. VAN HOUTTE, préc., note 35, p. 313.

¹⁷⁹ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 19.

¹⁸⁰ RUGD, préc., note 129, art. 10 c.

¹⁸¹ *Id.*, art. 10 a.

¹⁸² *Id.*, art. 2.

¹⁸³ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 111.

¹⁸⁴ RUGD, préc., note 129, art. 2.

Section 2 – Les différents types de lettres de garantie

Les lettres de garantie peuvent prendre différentes formes selon les conditions de paiement prévues et la couverture qu'elles visent.

§ 1. Les différents types de lettres de garantie selon le mode de paiement

Le choix du mode de paiement n'est pas sans conséquence, car il influence le niveau de risque que devra assumer le donneur d'ordre dans une lettre de garantie¹⁸⁵. Chaque lettre de garantie doit déterminer le mode de paiement que les parties auront choisi¹⁸⁶. Les différentes méthodes de paiements pouvant être prévues par les parties au contrat sous-jacent sont : le paiement à première demande, le paiement sur présentation de documents émanant de tiers ou encore le paiement sur présentation d'une décision judiciaire ou arbitrale. Ces deux derniers modes de paiement sont également appelés garanties documentaires dans la doctrine¹⁸⁷. Chacun de ces modes de paiement seront examinés immédiatement ci-après en soulignant le niveau de risque assumé par le donneur d'ordre.

A) Paiement à première demande

Cette méthode de paiement est la plus utilisée, mais également celle qui comporte le plus grand risque de demande de paiement abusive¹⁸⁸. Le paiement à première demande signifie que le bénéficiaire doit soumettre une simple demande de paiement et il n'est alors pas nécessaire qu'il fournisse d'autres documents¹⁸⁹. De plus, il peut demander le paiement complet de la garantie sans avoir à prouver la valeur des dommages subis¹⁹⁰. Il est possible que la garantie à première demande requiert seulement une demande de paiement écrite de la part du

¹⁸⁵ P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 13.

¹⁸⁶ P. SIMLER, préc., note 137, par. 58.

¹⁸⁷ F. LOGOZ, préc., note 142, p. 39 ; J. DOHM, préc., note 124, p. 45 ; M. HANNANI, préc., note 13, p. 642.

¹⁸⁸ Norbert HORN et Eddy WYMEERSCH, *Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 8 ; P. SIMLER, préc., note 137, par. 59 ; J. DOHM, préc., note 124, p. 42.

¹⁸⁹ P. SIMLER, préc., note 137, par. 59 ; J. DOHM, préc., note 124, p. 42 ; A. PIERCE, préc., note 140, p. 22.

¹⁹⁰ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 46.

bénéficiaire ou qu'elle exige en plus un « *statement concerning the applicant's default* »¹⁹¹. Tel est le cas lorsque les parties décident d'incorporer les RUGD qui prévoient à l'article 15 que « Toute demande de paiement [...] doit être accompagnée par tous autres documents spécifiés dans la garantie, et en tout état de cause d'une déclaration du bénéficiaire indiquant les obligations en vertu de la relation sous-jacente que le donneur d'ordre n'a pas remplies »¹⁹². Cet article a été adopté afin de réconcilier les intérêts divergents du bénéficiaire et du donneur d'ordre¹⁹³. Il peut toutefois être exclu par les parties si elles le font de façon explicite¹⁹⁴. Le fait d'imposer qu'une déclaration de la part du bénéficiaire soit inclut dans la demande « [...] *could, nonetheless, ameliorate the applicant's position as it prompts the beneficiary to exercise a greater degree of restraint when considering a call on the guarantee* »¹⁹⁵. Autrement dit, le bénéficiaire serait découragé de faire une demande pour une raison non valable, car il serait obligé de faire une fausse déclaration¹⁹⁶. Or, comme le souligne Roy Goode, « *The constraint is somewhat limited in that the statement of breach is required only from the beneficiary himself, not from an independent third party* »¹⁹⁷. Par conséquent, le principe de stricte conformité dans une lettre de garantie payable à première demande est considérablement réduit étant donné que les documents à produire ne sont pas nombreux et n'émanent pas d'une tierce partie qui est neutre par rapport à la transaction pour laquelle celle-ci est émise. Dans l'éventualité où un litige surviendrait entre les parties au contrat de base, le donneur d'ordre qui invoquerait la fraude de la part du bénéficiaire afin d'empêcher que le paiement soit fait, celle-ci sera beaucoup plus difficile à prouver dans ce cas puisque le seul document à produire est une demande de paiement accompagnée d'une déclaration du bénéficiaire. Bref, ce mode de paiement est celui qui comporte le plus de risque pour le donneur d'ordre qu'il y ait une demande de paiement abusive ou frauduleuse de la part du bénéficiaire.

¹⁹¹ *Id.*, p. 47.

¹⁹² RUGD, préc., note 129, art. 15 a. Certains auteurs qualifient ce type de garantie comme étant une *garantie à première demande justifiée*. P. SIMLER, préc., note 137, par. 61. Cependant, nous éviterons d'utiliser ce terme puisqu'il porte à confusion. *Id.*

¹⁹³ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 49.

¹⁹⁴ RUGD, préc., note 129, art. 15 c.

¹⁹⁵ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 48.

¹⁹⁶ A. PIERCE, préc., note 140, p. 22.

¹⁹⁷ R. GOODE, préc., note 28, p. 1028.

B) Paiement sur présentation de documents d'un tiers

Les garanties bancaires payables sur présentation de documents émanant d'un tiers sont, comme leur nom l'indique, celles qui sont payables lorsque le bénéficiaire présente les documents requis par celle-ci¹⁹⁸. Les documents devant être soumis par le bénéficiaire doivent prouver que les obligations du donneur d'ordre n'ont pas été remplies¹⁹⁹.

Les types de documents pouvant être soumis selon ce mode de paiement sont grandement diversifiés²⁰⁰. Le ou les documents spécifiques à remettre dépendront du type de garantie qui est émise. Par exemple, s'il s'agit d'une garantie de bonne exécution, le document devant être fourni pourrait être un certificat émanant d'un expert dans un certain domaine attestant la non-exécution des obligations du donneur d'ordre, soit le prestataire de service dans le contrat sous-jacent²⁰¹. Il est possible que d'autres types de documents soient exigés lorsque le contrat sous-jacent constitue une vente de marchandise tels que : « [...] *a bill of lading showing that the shipment took place on a date after the contractual due delivery date, an inspection certificate stating that the quality of the goods was less than the contract specified* [...] »²⁰². Ce mode de paiement de garantie est avantageux puisqu'il réduit considérablement le risque que l'appel de la garantie soit fait de manière abusive²⁰³. En effet, la mise en œuvre d'une lettre de garantie conditionnelle à la production de certains documents rend celle-ci plus sécuritaire que la garantie à première demande puisque « [...] le paiement de la garantie présuppose que la violation du contrat de base soit certaine ou du moins puisse être présumée telle »²⁰⁴.

C) Paiement sur présentation d'une décision judiciaire ou arbitrale

Selon ce dernier mode de paiement, le bénéficiaire doit présenter une décision soit judiciaire ou arbitrale, selon ce qui a été convenu entre les parties, confirmant que le donneur

¹⁹⁸ P. SIMLER, préc., note 137, par. 60 ; J.-P. MATTOU, préc., note 86, p. 206.

¹⁹⁹ J. DOHM, préc., note 124, p. 45.

²⁰⁰ A. MUGASHA, préc., note 39, p. 60.

²⁰¹ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 54.

²⁰² A. PIERCE, préc., note 140, p. 22.

²⁰³ J. DOHM, préc., note 124, p. 45.

²⁰⁴ Tuto ROSSI, *La garantie bancaire à première demande : Pratique des affaires, droit comparé, droit international privé*, « Perspectives internationales », Le Mont-sur-Lausanne, Méta-édition, 1990, p. 93.

d'ordre n'a pas rempli ses obligations envers le bénéficiaire en vertu du contrat sous-jacent²⁰⁵. Par conséquent, les faits et le droit applicable seront pris en considération pour rendre la décision judiciaire ou arbitrale²⁰⁶. Ainsi, les garanties bancaires payables sur présentation d'une décision judiciaire ou arbitrale, tout comme les garanties sur présentation de documents émanant de tiers, diminuent le risque qu'il y ait une demande de paiement injustifiée pour le donneur d'ordre²⁰⁷.

§ 2. Les différents types de lettres de garantie selon la couverture

Les lettres de garantie peuvent également prendre diverses formes selon l'obligation qu'elle prévoit couvrir²⁰⁸. De plus, l'élément couvert du contrat sous-jacent peut survenir à l'une ou l'autre des différentes étapes de la relation contractuelle entre le prestataire de service et le client²⁰⁹. En effet, il est possible que l'obligation couverte par la lettre de garantie ait lieu soit lors de la phase précontractuelle, lors de l'exécution du contrat ou encore après l'exécution de celui-ci. Il convient donc d'examiner les types de garanties les plus courantes.

A) Les garanties de soumission

La garantie de soumission, en anglais appelée *tender guarantee*, est utilisée lors de l'étape précontractuelle²¹⁰. Ce type de garantie est notamment prévu lorsque, dans le secteur public, un appel d'offres est lancé pour un contrat de construction ou de fourniture de biens et services²¹¹. L'objectif visé par ce type de garantie est d'empêcher que le soumissionnaire qui répond à l'appel d'offres se rétracte ou encore qu'il modifie son offre lorsque le contrat lui est octroyé²¹². En effet, lorsque ce type de garantie est exigé, « [...] *contractors are discouraged from submitting frivolous tenders or bidding for contracts when they do not have the technical or financial capability* »²¹³. En ce sens, l'auteur de l'appel d'offres évite une perte de temps et d'argent considérable qui

²⁰⁵ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 56.

²⁰⁶ *Id.*, p. 56.

²⁰⁷ F. LOGOZ, préc., note 142, p. 41.

²⁰⁸ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 35.

²⁰⁹ J. DOHM, préc., note 124, p. 35 ; A. MUGASHA, préc., note 39, p. 67.

²¹⁰ P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 37 ; P. SIMLER, préc., note 137, par. 63.

²¹¹ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 36.

²¹² J. DOHM, préc., note 124, p. 36 ; A. PIERCE, préc., note 140, p. 6 ; A. MUGASHA, préc., note 39, p. 68.

²¹³ A. MUGASHA, préc., note 39, p. 68.

pourrait être occasionnée par un refus de signer le contrat ou une modification de celui-ci²¹⁴. En règle générale, le montant des garanties de soumissions représente de un à dix pour cent de la valeur du contrat et prévoit la plupart du temps le mode de paiement à première demande²¹⁵.

B) Les garanties de remboursement

Dans certains types de contrats, l'exportateur exige que l'importateur fournisse des paiements anticipés afin de financer l'exécution du contrat²¹⁶. En effet, il est possible que l'entrepreneur ou le prestataire de service ait besoin des fonds nécessaires afin d'être en mesure d'assumer les coûts engendrés par l'achat de matériel et équipement, la fabrication, l'instauration d'un chantier, etc.²¹⁷. Ainsi, la garantie de remboursement, comme son nom l'indique, intervient afin d'assurer au créancier que la totalité des montants versés lui sera remboursée si le débiteur n'accomplit pas ses obligations²¹⁸. Les parties utilisent fréquemment des clauses de réduction afin de réduire la valeur maximale de la garantie en fonction de l'avancement du contrat²¹⁹. Lorsqu'une clause de réduction est intégrée à une lettre de garantie, elle sera qualifiée de *garantie glissante* ou encore *réductible*²²⁰. Cependant, afin de réduire le montant que le bénéficiaire peut exiger en vertu de la garantie, le donneur d'ordre sera tenu de présenter des documents prouvant l'avancement de ses obligations²²¹. Par conséquent, le montant de la garantie sera diminué proportionnellement à l'avancement du contrat sous-jacent²²². Les parties pourraient notamment prévoir une réduction du montant de la garantie correspondant à chaque livraison d'équipement²²³.

²¹⁴ J. DOHM, préc., note 124, p. 36.

²¹⁵ P. SIMLER, préc., note 137, par. 63.

²¹⁶ A. PIERCE préc., note 140, p. 6 ; M. HANNANI, préc., note 13, p. 657.

²¹⁷ P. SIMLER, préc., note 137, par. 64 ; M. HANNANI, préc., note 13, p. 657.

²¹⁸ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 39. Ce type de garanties est appelé en anglais *repayment* ou encore *advance payment guarantees*. *Id.*, p. 39. La doctrine française la nomme plutôt garantie de restitution d'acompte. F. LOGOZ, préc., note 142, p. 36 ; P. SIMLER, préc., note 137, par. 64.

²¹⁹ F. LOGOZ, préc., note 142, p. 36.

²²⁰ Philippe SIMLER, « Garanties autonomes. -Régime », (2008) Fasc. 390 *JCl. Commercial*, par. 29.

²²¹ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 40. Les documents exigés pourraient par exemple attester de l'expédition de la marchandise, tel qu'un connaissance maritime, ou encore un certificat d'expert confirmant l'exécution d'une phase du projet de construction, etc. *Id.*, p. 40.

²²² A. PIERCE, préc., note 140, p. 7 ; P. SIMLER, préc., note 220, par. 29.

²²³ F. LOGOZ, préc., note 142, p. 36.

C) Les garanties de bonne exécution

Les garanties de bonne exécution ou *performance guarantees*, quant à elles, assurent que le créancier puisse recevoir un certain montant déterminé par la garantie, advenant que le donneur d'ordre n'exécute pas ses obligations comme prévu par le contrat sous-jacent²²⁴. Il pourrait s'agir, par exemple, du fait que le débiteur ne respecte pas le délai d'exécution prévu par le contrat, qu'il n'exécute que partiellement ses obligations ou encore qu'il les exécute de façon inappropriée²²⁵. La présence de ce type de lettre de garantie « [...] *discourages contractors from abandoning contracts, delaying their completion or performing them badly* »²²⁶. Ce type de garantie est la plus couramment employé dans le cadre des transactions commerciales internationales²²⁷. En général, le montant des garanties de bonne exécution se situe entre 5% à 20% de la valeur du contrat établi entre le prestataire de service et le client²²⁸. Il n'est pas inhabituel de retrouver plusieurs garanties de bonne exécution pour une transaction commerciale donnée puisqu'elles peuvent couvrir différents aspects de ce même contrat²²⁹. Par exemple, dans le contexte de contrats impliquant la livraison successive de matériels, plusieurs garanties sont émises afin de couvrir individuellement chaque livraison, ou encore dans un contrat de construction d'envergure, plusieurs garanties sont émises afin de couvrir différentes étapes du projet²³⁰.

D) Les garanties d'entretien

Les garanties d'entretien sont fréquemment utilisées dans le cadre de contrat de vente et de construction²³¹. Elles ont pour objectif d'assurer que l'exportateur ou l'entreprise de construction se charge de remédier aux défauts qui pourraient apparaître à la suite de la livraison

²²⁴ A. PIERCE, préc., note 140, p. 6 ; A. MUGASHA, préc., note 39, p. 68.

²²⁵ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 37.

²²⁶ A. MUGASHA, préc., note 39, p. 68.

²²⁷ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 37.

²²⁸ P. SIMLER, préc., note 137, par. 65.

²²⁹ P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 39.

²³⁰ F. LOGOZ, préc., note 142, p. 35.

²³¹ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 38. En anglais elle est couramment appelé *maintenance guarantee*. A. PIERCE, préc., note 140, p. 7.

de la marchandise ou encore lors de l'utilisation du bien faisant l'objet de la construction²³². Ainsi, le bénéficiaire d'une garantie d'entretien pourrait faire une demande de paiement dans le cas où le donneur d'ordre ne remédie pas aux défauts apparus durant la période couverte afin de payer un autre entrepreneur qui sera en mesure de l'effectuer²³³. Le montant de ce type de garantie correspond habituellement à 5% de la valeur du contrat de base²³⁴.

E) Les garanties de réserves

Les garanties de réserves, en anglais connu sous le nom de *retention guarantees*, sont utilisées en particulier pour les contrats de construction²³⁵. Dans ce type de contrat, les parties prévoient habituellement que des paiements seront effectués en plusieurs versements suivant l'avancement des travaux²³⁶. Cependant, le créancier peut généralement conserver une partie de ce montant, variant de 5 à 10%, dans l'éventualité où des défauts apparaîtraient par la suite²³⁷. Donc, la garantie de réserve est émise par une institution financière afin de remplacer ces montants retenus par l'employeur²³⁸. Ainsi, lorsque des défauts apparaissent, le bénéficiaire pourra recevoir le montant déterminé par la garantie²³⁹. Cela permet au contracteur de recevoir la totalité du paiement, autrement dit de financer le projet, avant qu'il ait complété ses obligations²⁴⁰. Comme l'explique Bertrams « *Unlike repayment guarantees containing a reduction mechanism, the maximum amount payable under a retention guarantee may increase in accordance with the successive releases of the retention money* »²⁴¹. Autrement dit, avec l'avancement des travaux, le créancier effectue les paiements nécessaires, sans retenir de fond, en échange de la garantie dont le montant augmentera proportionnellement aux montants qui auraient pu être retenus. Par conséquent, si le créancier constate les défauts à un stade avancé du contrat, il aura effectué plusieurs paiements donc le montant de retenue sera plus élevé que

²³² P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 39 ; A. PIERCE, préc., note 140, p. 7.

²³³ A. PIERCE, préc., note 140, p. 7.

²³⁴ *Id.*

²³⁵ P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 40 ; A. MUGASHA, préc., note 39, p. 68.

²³⁶ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 40.

²³⁷ P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 40 ; R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 40.

²³⁸ A. MUGASHA, préc., note 39, p. 68.

²³⁹ *Id.*, p. 68-69.

²⁴⁰ A. PIERCE, préc., note 140, p. 7 ; A. MUGASHA, préc., note 39, p. 69.

²⁴¹ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 40.

s'il n'a effectué qu'un seul paiement. Le mode de paiement le plus utilisé par les parties pour ce type de garantie est le paiement à première demande²⁴².

Ce survol des types de lettres de garanties les plus utilisées dans le commerce international n'est toutefois pas exhaustif. En effet, il existe d'autres types de garanties tels que les garanties de paiement²⁴³, les garanties pour documents manquants²⁴⁴, les garanties financières²⁴⁵, pour ne nommer que celle-ci²⁴⁶. Bref, il est possible de constater que les lettres de garantie sont un mécanisme qui complète les lettres de crédit.

Pour conclure, les lettres de garantie partagent plusieurs caractéristiques avec les lettres de crédit. En effet, ces deux mécanismes fonctionnent en règle générale de la même façon, c'est-à-dire qu'une tierce partie s'engage à effectuer le paiement en contrepartie d'une demande conforme. Ainsi, ces instruments permettent de réconcilier les intérêts de chaque partie à une transaction commerciale internationale. De plus, ils sont tous les deux soumis aux principes d'autonomie et de stricte conformité. Malgré ces ressemblances, il est important de garder en tête les différences fondamentales qui existent entre ces deux mécanismes car elles seront d'autant plus importantes pour l'étude de l'exception de fraude. Les lettres de crédit sont utilisées comme moyen de paiement lorsque le bénéficiaire a accompli ses obligations tandis que dans une lettre de garantie, le paiement se produit uniquement lorsque les obligations du donneur d'ordre n'ont pas été exécutées comme prévu par le contrat sous-jacent²⁴⁷. De plus, les lettres de crédit prévoient plus de documents à remettre que les lettres de garantie²⁴⁸. Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, la demande de paiement dans un mécanisme de lettre de crédit doit

²⁴² A. MUGASHA, préc., note 39, p. 69.

²⁴³ Les garanties de paiements ont pour objectif, comme son nom l'indique, d'assurer le paiement à l'exportateur ou à l'entrepreneur des obligations qu'il a effectués en vertu du contrat de base. F. LOGOZ, préc., note 142, p. 37. Ce type de garantie est fréquemment utilisé afin de remplacer le crédit documentaire puisque ce dernier s'avère plus coûteux. *Id.*

²⁴⁴ La garantie pour document manquant a pour fonction de « [...] palier temporairement le manque d'un document nécessaire à la réalisation du crédit documentaire ». C. MOUMOUNI, préc., note 3, p. 791. La plus connue est la garantie pour absence de connaissance. F. LOGOZ, préc., note 142, p. 38.

²⁴⁵ Les garanties financières « [...] peuvent entre autres choses être utilisées pour couvrir des conventions de crédits classiques, jusqu'aux montages financiers les plus sophistiqués ». P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 42.

²⁴⁶ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 43 ; P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 40-42.

²⁴⁷ R. GOODE, H. KRONKE et E. MCKENDRICK, préc., note 19, p. 327 ; M. BRIDGE, préc., note 161, p. 2193.

²⁴⁸ R. GOODE, H. KRONKE et E. MCKENDRICK, préc., note 19, p. 327.

être accompagnée de plusieurs documents émanant de tierces parties. En revanche, les lettres de garantie peuvent nécessiter qu'une simple demande écrite de la part du bénéficiaire.

Chapitre 3 – Les règles applicables

Après avoir examiné en détail le fonctionnement ainsi que les principales différences entre les lettres de crédit et les lettres de garantie, il convient d'étudier les règles applicables à ces deux instruments. Il existe très peu de réglementation en la matière au niveau national. On retrouve plutôt les règles applicables à ces instruments au sein d'institutions internationales²⁴⁹. En effet, la Chambre de commerce internationale (CCI) a élaboré plusieurs règles applicables à ces deux instruments qui sont fréquemment utilisées par les parties. De plus, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a également adopté une Convention dont l'utilisation est moins importante que les instruments de la CCI. Enfin, les États-Unis, avec le *Uniform Commercial Code*, font partie de l'un des rares États qui possède des règles applicables en la matière. Les règles élaborées par ces trois organes différents feront l'objet d'une étude au présent chapitre en accordant une attention particulière à la place accordée à l'exception de fraude dans celles-ci compte tenu de l'importance au niveau pratique.

L'étude des règles applicables en matière de lettres de crédit et de lettres de garantie soulève inévitablement des questions de droit international privé. En effet, comme nous l'avons vu précédemment, ces deux types de contrats bancaires impliquent au moins un élément d'extranéité, ce qui est susceptible d'engendrer des conflits de juridictions et des conflits de lois. Tout d'abord, le principe d'autonomie de la volonté, largement reconnue en matière contractuelle, permet aux parties de déterminer la juridiction compétente et le droit applicable au contrat²⁵⁰. Ainsi, ces conflits peuvent être évités lorsque les parties utilisent ce principe et déterminent la juridiction compétente et le droit applicable par une clause contractuelle. Dans le cas où les parties ne se sont pas prononcées sur la juridiction compétente dans leur contrat, « Elle sera alors déterminée en fonction des facteurs de rattachement »²⁵¹. Par ailleurs, comme nous l'avons souligné précédemment, les règles de la CCI sont pratiquement toujours incorporées aux

²⁴⁹ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 33.

²⁵⁰ Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Paris, Litec, 1992, p. 65.

²⁵¹ P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 75.

contrats. Cependant, cela n'empêche pas que les conflits de lois sont susceptibles de survenir puisque ces règles ne couvrent pas l'ensemble des situations litigieuses possible²⁵². Par conséquent, différents droits nationaux peuvent s'appliquer. En l'absence de choix par les parties, la loi applicable doit être déterminée en fonction d'un critère de rattachement approprié à ces opérations bancaires²⁵³. Parmi les facteurs de rattachements, on retrouve : « *The site of conclusion of the contract [...] The site of tender and examination of the documents; The site of payment; The site of incorporation, domicile and place of business of the bank [...]* »²⁵⁴. Il faudra donc déterminer celui qui est le plus approprié. Bref, afin d'atteindre le plus de prévisibilité possible, les parties ont avantage à déterminer expressément la juridiction compétente et le droit applicable. Toutefois, nous reconnaissons l'importance des conflits de loi et de juridictions, mais nous ne traiterons pas plus en détail ces sujets car ils dépassent le cadre de ce mémoire. Par ailleurs, les conflits de lois ont déjà fait l'objet d'une étude approfondie²⁵⁵.

Section 1 – Les instruments de la CCI

La Chambre de commerce internationale émet des règles concernant le commerce international et les mets à jours régulièrement. Les règles publiées par la CCI qui seront étudiées dans la section suivante sont les *Règles et Usances uniformes relatives aux crédits documentaires* (RUU), les *Règles Uniformes pour les garanties contractuelles* (RUCG), les *Règles Uniformes relatives aux garanties sur demandes* (RUGD) et les *International Standby Practices* (ISP98).

²⁵² Matti S. KURKELA, *Letters of Credit Under International Trade Law: UCC, UCP and Law Merchant*, New York, Oceana Publications, 1985, p. 23. De plus, lorsque les RUU sont incorporées au contrat « *specific provisions may be subject to different interpretations in different countries* ». P. ELLINGER et D. NEO, préc., note 145, p. 353.

²⁵³ Audi GOZLAN, *Rules applicable to international letters of credit*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1996, p. 16.

²⁵⁴ *Id.*, p. 36-37.

²⁵⁵ Voir : A. GOZLAN, préc., note 253 ; E. A. CAPRIOLI, préc., note 250 et Nelson ENONCHONG, « The Law Applicable to Demand Guarantees and Counter-Guarantees », (2015) *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 194. Voir également : Audi GOZLAN, *International Letters of Credit: Resolving Conflict of Law Disputes*, London, Kluwer Law International, 1999.

Les règles qui sont élaborées par la CCI, particulièrement les RUU, sont pratiquement toujours incorporées dans les lettres de crédit²⁵⁶. Ce qui pose un débat au sein de la doctrine est de savoir si les règles de la CCI peuvent être considérées comme des usages faisant partie de la *lex mercatoria*. Ce débat n'est pas sans conséquence puisque si elles sont considérées comme des usages, ces règles s'appliqueraient en l'absence de stipulation expresse dans le contrat²⁵⁷. Autrement dit, il y a lieu de se demander « [...] dans quelles conditions un utilisateur de ces instruments, qu'il s'agisse du donneur d'ordre, de l'émetteur ou du bénéficiaire, sera-t-il fondé à demander l'exécution forcée des dispositions contenues dans ces normes devant une juridiction judiciaire ou arbitrale nationale ou internationale »²⁵⁸. Lorsque les parties ont expressément choisi d'inclure ou exclure ces règles, le problème est évité, c'est plutôt lorsque celles-ci sont restées muettes à ce sujet que la question se pose²⁵⁹. Au sein de la doctrine, les opinions sur la question divergent : certains soutiennent que ces règles ne s'appliquent pas en l'absence de stipulation expresse dans le contrat tandis que d'autres affirment le contraire puisque selon eux elles font partie de la *lex mercatoria*²⁶⁰. Par ailleurs, on se demande également si tous les articles contenus dans ces règles font partie de la *lex mercatoria*²⁶¹. Il y a lieu également de se demander si toutes les règles élaborées par la CCI constituent de la *lex mercatoria* notamment lorsqu'elles ont été adoptées récemment. En effet, comme le souligne l'auteure Kurkela « [...] *the rules applicable to commercial letters of credit have enjoyed the benefits of a longstanding tradition in the codification of law merchant [...] On the other hand, the codification of law merchant of bank guarantees is clearly at a more primitive stage* »²⁶². En ce qui concerne les ISP98, nous partageons l'avis d'Anglade selon laquelle elles ne peuvent pas prétendre au statut de *lex mercatoria* puisqu'elles ne sont pas utilisées dans une mesure considérable²⁶³. À notre avis, les usages codifiés peuvent atteindre le statut de *lex mercatoria* lorsqu'ils sont devenus une pratique

²⁵⁶ R. GOODE, H. KRONKE et E. MCKENDRICK, préc., note 19, p. 329.

²⁵⁷ Marie-Claude RIGAUD, et Guy LEFEBVRE, « Les usages du commerce international : où en sommes-nous? Où en sont-ils? », (2010) 89-3 *Can. Bar Rev.* 643, p. 678-679.

²⁵⁸ J.-L. ANGLADE, préc., note 153, p. 81.

²⁵⁹ *Id.*

²⁶⁰ A. MUGASHA, préc., note 39, p. 50.

²⁶¹ M. S. KURKELA, préc., note 93, p. 333; A. MUGASHA, préc., note 39, p. 50.

²⁶² M. S. KURKELA, préc., note 93, p. 330.

²⁶³ J.-L. ANGLADE, préc., note 153, p. 89.

largement généralisée. Par conséquent, nous considérons que les RUU sont les seules règles de la CCI ayant atteint le statut de *lex mercatoria*. Ce débat théorique est complexe et nécessiterait une étude approfondie. Par exemple, on pourrait se poser la question de leur statut lorsque de nouvelles versions sont adoptées. Nous soulignons son importance ici sans toutefois entrer dans le détail. Bref, face à l'incertitude de l'application de ces règles en tant que *lex mercatoria*, les parties qui souhaitent soumettre leur contrat à ces règles devraient le faire de manière explicite.

Parmi les usages codifiés de la CCI les RUU, que nous allons étudier ci-après, sont les règles qui ont connu le plus succès jusqu'à présent.

§ 1. Les RUU

La première version des *Règles et Usances uniformes relatives aux crédits documentaires* (RUU) a été publiée en 1933 et par la suite plusieurs mises à jour ont eu lieu. Ainsi, les RUU les plus récentes ont été publiées en 2007 (RUU600). Ces règles, qui ont pour but de régir l'émission de lettres de crédit, sont silencieuses en ce qui concerne la problématique de fraude²⁶⁴. En effet, cela « *demonstrates the intention of the drafters that the issue of fraud should be determined by the applicable national law* »²⁶⁵. Ce qui est grandement critiqué par certains auteurs, entre autres Xiang Gao²⁶⁶ et Michelle Kelly-Louw, qui partagent l'avis que les RUU, devraient « *provide guidance for issues commonly raised during practice, such as the issue of fraud* »²⁶⁷. En outre, ces règles ne contiennent pas de disposition concernant la juridiction ou le droit applicable.

Par ailleurs, avec les avancées technologiques, la CCI a élaboré un supplément aux RUU, pour la présentation électronique de documents soit le eRUU. La première version de ce supplément a été ajoutée au RUU500 qui constitue la version 1.0, une version mise à jour a également été ajoutée aux RUU600 soit la version 1.1.²⁶⁸ Tout comme les RUU, ce supplément est silencieux concernant la problématique de fraude.

²⁶⁴ Michelle KELLY-LOUW, « International Measures to Prohibit Fraudulent Calls on Demand Guarantees and Standby Letters of Credits », (2010) n°1-1 *George Mason Journal of International Commercial Law* 74, p. 76.

²⁶⁵ *Id.*, p. 77.

²⁶⁶ X. GAO, préc., note 101, p. 57.

²⁶⁷ M. KELLY-LOUW, préc., note 264, p. 79.

²⁶⁸ RUU600, préc., note 65.

§ 2. Les RUCG

Les *Règles Uniformes pour les garanties contractuelles* (RUCG) ont vu le jour en 1978. Ces règles étaient particulières en ce qu'elles s'appliquaient uniquement aux garanties payables sur présentation de documents²⁶⁹. Or, comme nous l'avons vu, les garanties payables à première demande sont les plus utilisées ce qui a eu pour conséquence de rendre ces règles inadéquates et pratiquement inutilisées²⁷⁰. Ainsi, elles n'ont pas connu un réel succès comme le souligne l'auteur Charl Hugo « *The URCG accordingly failed to achieve market acceptance and the banking commission no longer lists them among its publications or supports their use* »²⁷¹. En effet, conformément à l'article 9 « Si la garantie ne spécifie pas la documentation à produire à l'appui de la demande ou indique seulement que le bénéficiaire devra présenter une déclaration faisant état de sa demande [...] » s'il désire recevoir le paiement de la lettre de garantie, ce dernier devra engager des procédures afin d'obtenir une décision judiciaire, une sentence arbitrale ou encore l'accord du donneur d'ordre²⁷². En ce sens, ces règles étaient plus avantageuses pour le donneur d'ordre puisqu'elles rendaient les demandes de paiement frauduleuses plus complexe²⁷³. À l'inverse, cette procédure désavantageait le bénéficiaire puisque les demandes de paiements devenaient particulièrement dispendieuses pour ce dernier²⁷⁴. De plus, cela est contraire aux objectifs visés par la lettre de garantie qui est de permettre au bénéficiaire de recevoir un paiement rapide en provenance d'une institution financière²⁷⁵. En publiant ces règles, la CCI « [...] a espéré moraliser la pratique des garanties bancaires en éliminant les garanties « à première demande », qui permettent trop facilement des abus [...] »²⁷⁶.

²⁶⁹ F. LOGOZ, préc., note 142, p. 40.

²⁷⁰ F. LOGOZ, préc., note 142, p. 40-41; M. KELLY-LOUW, préc., note 264, p. 86. La CCI reconnaît elle-même que ces règles ont été un échec dans l'introduction de la publication des RUGD 758. RUGD, préc., note 129, p. 11.

²⁷¹ CHARL HUGO, « Letters of Credit and Demand Guarantees : A Tale of Two Sets of Rules of the International Chamber of Commerce, (2017) no 1 *Journal of South African Law* 1, p. 15.

²⁷² CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Règles uniformes pour les garanties contractuelles*, Publication n°325, ICC Publication, Paris, 1978, art. 9 ; R. GOODE, H. KRONKE et E. MCKENDRICK, préc., note 19, p. 339.

²⁷³ F. LOGOZ, préc., note 142, p. 40.

²⁷⁴ M. KELLY-LOUW, préc., note 264, p. 84.

²⁷⁵ R. GOODE, H. KRONKE et E. MCKENDRICK, préc., note 19, p. 339; M. KELLY-LOUW, préc., note 264, p. 85.

²⁷⁶ F. LOGOZ, préc., note 142, p. 40.

§ 3. Les RUGD

Face à l'échec des RUCG la CCI a publié en 1992 un nouvel ensemble de règles s'appliquant aux lettres de garanties soit les *Règles Uniformes relatives aux garanties sur demande* (RUGD 458). Elles ont fait l'objet d'une mise à jour en 2010 (RUGD758) qui constitue la version la plus récente. Contrairement aux RUCG, les RUGD s'appliquent tant aux garanties payables à première demande qu'aux garanties nécessitant la production d'autres documents accompagnant la demande de paiement²⁷⁷. Il convient de rappeler que l'article 15 des RUGD requiert de la part du bénéficiaire une déclaration mentionnant les obligations qui n'ont pas été respectées par le donneur d'ordre²⁷⁸. Ainsi, les RUGD758 correspondent davantage aux attentes des parties impliquées et sont utilisées dans une mesure considérable²⁷⁹. Par ailleurs, à la différence des RUU, les RUGD prévoient le droit applicable ainsi que la compétence juridictionnelle²⁸⁰. Tout comme dans les RUU, l'exception de fraude est absente des RUGD « [...] *leaving it to the courts of the various jurisdictions to deal with* »²⁸¹.

§ 4. ISP98

À la suite de la parution des règles de la CCI concernant les lettres de crédit et les lettres de garanties et constatant que les lettres de crédit standby n'étaient pas encadrées par un ensemble de règles, l'American Institute of International Banking Law and Practice a publié les *International Standby Practices* (ISP98), qui ont également été acceptés et publiés par la CCI²⁸². Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, les lettres de crédit standby ressemblent grandement aux lettres de garanties puisqu'elles peuvent avoir la même fonction. Ainsi, comme le souligne Bertrams « *Bearing in mind that the American standby letter of credit is functionally the same type of security as the independent guarantee, it has been doubted whether there was any real need for a separate set of rules* »²⁸³. Comme c'est le cas pour les RUU, la problématique

²⁷⁷ R. GOODE, H. KRONKE et E. MCKENDRICK, préc., note 19, p. 339.

²⁷⁸ RUGD, préc., note 129, art. 15.

²⁷⁹ R. GOODE, H. KRONKE et E. MCKENDRICK, préc., note 19, p. 339-340.

²⁸⁰ RUGD, préc., note 129, art. 34-35.

²⁸¹ M. KELLY-LOUW, préc., note 264, p. 87.

²⁸² R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 30.

²⁸³ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 30.

de la fraude est complètement absente de ces règles²⁸⁴. En effet, les ISP98 prévoient à l'article 1.05 (c) que les motifs justifiant le non-paiement seront régis par le droit applicable²⁸⁵.

Bref, la CCI a émis plusieurs ensembles de règles applicables dont le succès varie considérablement. Les règles ayant connu le plus de succès sont les RUU. Tandis que les RUCG ont été un échec ont dû être remplacées par les RUGD afin de mieux répondre à la pratique. Enfin, les ISP98, comme mentionné précédemment, sont relativement récentes. La CCI n'est pas la seule organisation à avoir émis des règles dans le but d'harmoniser la pratique de ces instruments. En effet, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a également adopté une Convention sur laquelle nous allons nous pencher dans la section qui suit.

Section 2 – La Convention de la CNUDCI

La Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (ci-après nommé Convention) élaborée par la CNUDCI est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000. Cette section sera consacrée à l'étude de la portée de la Convention ainsi que les limites de celle-ci.

§ 1. La portée de la Convention

La Convention diffère des règles applicables élaborées par la CCI étudiée précédemment en ce qu'elle n'est pas uniquement d'incorporation au contrat par une clause contractuelle. Afin que celle-ci soit applicable, trois possibilités se présentent. Premièrement, selon l'article 1 a) de la Convention elle sera applicable « Si l'Établissement du garant/émetteur dans lequel l'engagement a été émis est situé dans un État contractant [...] »²⁸⁶. Deuxièmement, la Convention s'appliquera également dans les cas où « [...] les règles du droit international privé

²⁸⁴ M. KELLY-LOUW, préc., note 264, p. 94.

²⁸⁵ CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *International Standby Practices*, Publication n°590, ICC Publication, Paris, 1998; M. KELLY-LOUW, préc., note 264, p. 94.

²⁸⁶ CNUDCI, préc., note 163, art. 1.

aboutissent à l'application de la législation d'un État contractant »²⁸⁷. Troisièmement, la Convention s'appliquera à une lettre de garantie lorsque les parties décident expressément qu'elle sera régie par celle-ci²⁸⁸. Toutefois, les parties peuvent décider d'exclure explicitement la Convention par une clause contractuelle.

Par ailleurs, il est important de mentionner une particularité de la Convention son champ d'application se limite aux engagements internationaux²⁸⁹. L'exclusion des engagements purement nationaux peut être expliquée par le fait que « *UNICITRAL was afraid that overly ambitious unification would meet with too much resistance when it comes to ratification and as a result would damage the success of a unifying text* »²⁹⁰.

La Convention diffère également des règles de la CCI puisqu'elle traite implicitement de l'exception de fraude. En effet, le terme « fraude » n'a pas été utilisé explicitement au sein de la Convention « [...] *in order to avoid possible confusion resulting from different (and inconsistent) interpretations already developed in various jurisdictions about the meaning of these terms* »²⁹¹. En effet, l'article 19 inclut cette exception en utilisant des termes généraux :

« 1. 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 »²⁹².

De plus, le deuxième paragraphe précise les cas qui sont considérés comme étant une demande de paiement injustifié en vertu de l'article 1 c). Une demande de paiement injustifié pourrait être par exemple : le fait que le risque couvert par la garantie ne s'est pas matérialisé, les obligations du donneur d'ordre ont dûment été remplies, l'inexécution des obligations du

²⁸⁷ CNUDCI, préc., note 163, art. 1(1) b.

²⁸⁸ *Id.*, art. 1 (2).

²⁸⁹ *Id.*, art. 1.

²⁹⁰ Filip DE LY, « The UN Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit », (1999) 33-3 *The International Lawyer* 831, p. 838.

²⁹¹ M. KELLY-LOUW, préc., note 264, p. 104.

²⁹² CNUDCI, préc., note 163, art. 19.

donneur d'ordre a été empêchée intentionnellement par le bénéficiaire, etc.²⁹³. Ces différentes situations englobent des notions telles que la fraude, l'abus de droit ou encore la mauvaise foi²⁹⁴. Ainsi, lorsqu'une d'entre elles se concrétise, deux possibilités se présentent : le garant peut de refuser de payer, mais il n'en a pas l'obligation, ou le donneur d'ordre peut en vertu de l'article 19 (3) se prévaloir des mesures judiciaires provisoires énoncées à l'article 20 de la Convention²⁹⁵. Ainsi, comme le souligne Xiang Gao « *It undoubtedly stands as the most detailed provision so far with respect to clarification of the misconduct that may bring the fraud rule into play* »²⁹⁶. Toutefois, ce dernier critique le fait que la Convention ne mentionne pas que les tierces parties innocentes à une lettre de garanties devraient être immunisées contre l'exception de fraude²⁹⁷.

Bref, il est possible de constater que la Convention protège davantage le donneur d'ordre d'une lettre de garantie contre les demandes de paiements frauduleuses ou abusives que les règles élaborées par la CCI.

§ 2. Les limites de la Convention

Les objectifs visés par la CNUDCI en élaborant la Convention étaient de « [...] contribuer à une meilleure reconnaissance des principes de base communs et des caractéristiques partagées par la garantie indépendante et la lettre de crédit stand by et réduire ce faisant les incertitudes liées à l'utilisation de ces instruments dans les échanges internationaux »²⁹⁸. Cependant, ces objectifs sont peu susceptibles d'être réalisés puisque la portée de celle-ci reste très limitée. À l'heure actuelle, un peu plus de vingt ans après son entrée en vigueur, seulement huit États ont adhéré à la Convention soit : le Bélarus, le Salvador, l'Équateur, le Gabon, le Koweït, le Libéria, le Panama et la Tunisie²⁹⁹. Étant donné le nombre restreint d'États contractants à la Convention, il y a peu de situations dans lesquelles il serait probable que celle-ci s'applique. De plus, ces États

²⁹³ CNUDCI, préc., note 163, art. 19 (2).

²⁹⁴ Alan DAVIDSON, « Fraud and the UN Convention on Independent Guarantee and Standby Letters of Credit », (2010) 1-1 *George Mason Journal of International Commercial Law* 25, p. 43.

²⁹⁵ X. GAO, préc., note 101, p. 61-62.

²⁹⁶ *Id.*, p. 97.

²⁹⁷ *Id.*, p. 63.

²⁹⁸ CNUDCI, préc., note 163.

²⁹⁹ NATIONS UNIES, « Collections des traités », en

ligne <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-15&chapter=10&clang=_fr>

contractants ne sont pas les principaux acteurs du commerce international, ce qui a pour conséquence de réduire considérablement les chances que la Convention s'applique³⁰⁰. Bref, il n'est pas possible de dire que le Convention soit un succès puisque seulement quelques pays y ont adhéré ce qui réduit considérablement les chances qu'elle s'applique.

Section 3 – Le *Uniform Commercial Code*

Comme il a été mentionné précédemment, les principales règles s'appliquant aux instruments étudiés sont majoritairement d'origine internationale. Cependant, il existe certains États ayant procédé à une codification des règles applicables à ceux-ci³⁰¹. Le plus connu en la matière est le *Uniform Commercial Code* adopté par la grande majorité des États américains mis à part la Louisiane³⁰². Le U.C.C. régit de manière générale les transactions commerciales. Plus précisément, l'article 5 du U.C.C. concerne les lettres de crédit. Cette réglementation est assez flexible en ce qu'elle permet aux parties de modifier certains de ses articles ou encore d'incorporer d'autres instruments à leur contrat, par exemple les RUU³⁰³. À la différence des règles édictées par la CCI le U.C.C. régit l'exception de fraude. Toutefois, cette exception a été reconnue aux États-Unis avant l'apparition du U.C.C. En effet, dans la décision de principe *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.* le juge Shientag établit que : « [...] *the principle of independence of the bank's obligation under the letter of credit should not be extended to protect the unscupulous seller* »³⁰⁴. Par la suite, cette décision a été codifiée dans la première version du U.C.C. en 1962 à l'article 5-114³⁰⁵. Parmi les décisions de principes se référant cet article, les décisions *United Bank Ltd v Cambridge Sporting Goods Corp.* et *KMW International v. Chase*

³⁰⁰ M. KELLY-LOUW, préc., note 264, p. 104.

³⁰¹ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 33; P. ELLINGER et D. NEO, préc., note 145, p. 58.

³⁰² J.-L. ANGLADE, préc., note 153, p. 102.

³⁰³ UCC, préc., note 96, § 5-103 (c).

³⁰⁴ *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.*, préc., note 91, par. 722.

³⁰⁵ J.-L. ANGLADE, préc., note 153, p. 102.

Manhattan Bank sont des exemples ayant eu lieu durant la crise iranienne³⁰⁶. En 1995 une révision du UCC a eu lieu et l'article portant sur la fraude est devenu l'article 5-109³⁰⁷ :

« (a) If a presentation is made that appears on its face strictly to comply with the terms and conditions of the letter of credit, but a required document is forged or materially fraudulent, or honor of the presentation would facilitate a material fraud by the beneficiary on the issuer or applicant :

(1) the issuer shall honor the presentation, if honor is demanded by
(i) a nominated person who has given value in good faith and without notice of forgery or material fraud,
(ii) a confirmer who has honored its confirmation in good faith,
(iii) a holder in due course of a draft drawn under the letter of credit which was taken after acceptance by the issuer or nominated person, or
(iv) an assignee of the issuer's or nominated person's deferred obligation that was taken for value and without notice of forgery or material fraud after the obligation was incurred by the issuer or nominated person; and

(2) the issuer, acting in good faith, may honor or dishonor the presentation in any other case»³⁰⁸.

Ainsi, cet article énumère les parties contre lesquelles il n'est pas possible d'invoquer l'exception de fraude³⁰⁹. De plus, l'article 5-109 (2) permet à l'émetteur de refuser le paiement en cas de fraude si la partie qui en fait la demande n'est pas mentionnée au premier paragraphe³¹⁰. Ensuite, le paragraphe (b) énonce les conditions qui permettent au tribunal compétent d'empêcher l'émetteur, par des mesures temporaires ou permanentes, d'effectuer le paiement. Il est donc possible de constater que cette loi-modèle et la Convention examinée précédemment sont les deux instruments les plus complets en ce qui concerne l'exception de fraude. Il convient toutefois de souligner que les RUU sont davantage utilisées par rapport à l'U.C.C.³¹¹.

³⁰⁶ *United Bank Ltd v. Cambridge Sporting Goods Corp.*, 392 N.Y.S. 2d 265 (C.A. 1976) ; *KMW International v. Chase Manhattan Bank*, 606 F. 2d 10 (2d Cir. 1979). Concernant la crise iranienne l'article Charles Moumouni explique l'impact de cet événement politique sur le domaine des lettres de crédit et des lettres de garanties. C. MOUMOUNI, préc., note 3.

³⁰⁷ J.-L. ANGLADE, préc., note 153, p. 102.

³⁰⁸ U.C.C. § 5-109.

³⁰⁹ X. GAO, préc., note 101, p. 46.

³¹⁰ UCC § 5-109 (2); X. GAO, préc., note 101, p. 46.

³¹¹ X. GAO, préc., note 101, p. 22.

En conclusion, les différentes règles applicables aux lettres de garanties et de crédits émanent principalement d'institutions internationales. La Convention de la CNUDCI et le U.C.C. américain sont les deux instruments protégeant le plus le donneur d'ordre contre les abus possibles. Malheureusement, comme nous l'avons mentionné, la Convention n'a une portée que très limitée et le U.C.C. américain est moins populaire que les règles de la CCI. Ainsi, les règles les plus utilisées en la matière, soit les RUU et les RUGD, sont silencieuses quant à l'exception de fraude. Comme il est possible de le constater, il n'existe pas de consensus sur la scène internationale concernant l'exception de fraude dans les lettres de crédit et les lettres de garanties. Face à cette lacune, nous devons nous tourner vers le droit national de chaque état afin de combler ce vide. Il est donc primordial de se pencher sur la jurisprudence nationale afin de mieux comprendre la portée de l'exception au principe d'autonomie.

Partie 2 – La fraude : une exception au principe d'autonomie

Comme nous l'avons vu, la banque émettrice d'une lettre de crédit ou d'une lettre de garantie est tenue d'honorer le paiement lorsque la demande est conforme. Le principe d'autonomie rend l'obligation «[...] indépendante de l'exécution du contrat sous-jacent à l'égard duquel le crédit »³¹² ou la garantie a été émise. La seule exception au principe d'autonomie qui est admise de façon générale est la fraude. Certains auteurs ont observé une évolution qui tend vers un élargissement de cette exception pour y inclure d'autres notions. En effet, ils soulignent notamment que « *In addition to fraud, a number of grounds have emerged as a real or potential exceptions to the autonomy principle. Those analysed presently are unconscionable conduct, termination or completion of the underlying contract, nullity or non-existence of the underlying contract, and illegality or violation of the public policy* »³¹³. Cependant, notre étude se limitera à la fraude puisqu'elle constitue la source de litige la plus fréquente et elle demeure, à l'heure actuelle, la seule exception généralement admise. Après avoir étudié le fonctionnement des lettres de crédit, des lettres de garanties et les règles applicables à ces deux instruments, nous allons maintenant nous pencher sur les conditions d'application de l'exception de fraude et fournir des exemples provenant de quatre juridictions soit le Royaume-Uni, les États-Unis, le Canada et la France. Ces dernières ont été choisies puisqu'elles représentent des acteurs clés du commerce international. Dans un premier temps, nous allons délimiter la portée de l'exception de fraude dans ces États. Dans un second temps, nous allons présenter les recours possibles en cas de fraude. Ainsi, nous serons en mesure de relever les principaux critères applicables à l'exception de fraude et évaluer s'il existe des différences entre les quatre juridictions. De plus,

³¹² *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, préc., note 43, par. 10.

³¹³ Agasha MUGASHA, « Enjoining the Beneficiary's Claim on a Letter of Credit or Bank Guarantee », (2004) *Journal of Business Law* 515, p. 517. (Nous soulignons). Cela est également souligné par d'autres auteurs qui remarquent que: « *Over the last several years, however, some foreign courts have begun to recognize unconscionability and illegality as additional exceptions to the independence of the third party's obligations* ». Rogers J. JOHNS et Mark S BLODGETT, « Fairness at the Expense of Commercial Certainty : The International Emergence of Unconscionability and Illegality as Exceptions to the Independence Principle of Letters of Credit and Bank Guarantees », (2011) *Northern Illinois University Law Review* 31-2 297, p. 302.

nous pourrons déterminer si les critères d'application de la fraude sont les mêmes pour les deux mécanismes.

Chapitre 1 – La délimitation de la portée de l’exception de fraude dans les différentes juridictions

La délimitation de l’exception de fraude par les tribunaux est une tâche complexe qui crée des tensions entre la préservation du principe d’autonomie du crédit documentaire et de la garantie bancaire, fondement de ces mécanismes et la limitation de sa portée afin de ne pas permettre à une partie de bénéficier de ce principe en agissant de manière frauduleuse³¹⁴. Cela a été souligné par le juge le Dain de la Cour suprême du Canada qui mentionne que l’autonomie est « Le principe fondamental régissant les lettres de crédits documentaires et la caractéristique qui leur donne leur utilité et leur efficacité commerciales internationales »³¹⁵. Ainsi, la définition de l’exception de fraude, qui peut être soit large ou soit plus restrictive, n’est pas sans conséquence sur le sort des litiges se déroulant à l’échelle internationale. Cependant, nous l’avons constaté au chapitre 3 de ce mémoire (les règles applicables), il n’existe pas de définition universelle portant sur cette exception. Toutefois, la fraude est admise de manière générale dans toutes les juridictions étudiées. Ainsi, pour en déterminer la portée il est nécessaire d’étudier la jurisprudence afin d’en dégager les principales caractéristiques car, rappelons-le, les RUU ne régissent pas la question de la fraude. Ce chapitre a pour objectif de définir ce que signifie concrètement la fraude. D’abord, nous analyserons ce que constitue la fraude dans les documents. Ensuite, nous étudierons la fraude dans la transaction qui constitue la raison pour laquelle les parties ont contracté. Enfin, nous nous pencherons sur l’implication des tierces parties à un acte frauduleux. Chacune des juridictions sera étudiée, soit le Royaume-Uni, le Canada, les États-Unis et la France. Toutefois, nous traiterons le Royaume-Uni et le Canada dans une section commune puisque ce dernier se réfère largement à la jurisprudence anglaise pour traiter des cas de fraude. Nous soulignerons toutefois les différences entre ces deux pays lorsque celles-ci se présentent.

³¹⁴ J.-L. ANGLADE, préc., note 153, p. 274-275.

³¹⁵ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, préc., note 43, par. 10.

Section 1 – La fraude dans les documents

De manière générale, la fraude dans les documents peut être définie comme étant : « la fabrication des documents en apparence conformes afin de tromper le banquier »³¹⁶. Plus précisément, la fraude dans les documents peut revêtir deux formes : « le document présenté par le bénéficiaire à l'émetteur, bien que conforme en apparence, est un faux, soit qu'il y ait tromperie sur l'identité de l'auteur véritable, soit que sont contenue ait été falsifié »³¹⁷. En ce qui concerne les lettres de crédit, la fraude est autant susceptible de se manifester dans les documents que dans la transaction. Nous l'avons vu, le paiement de la lettre de crédit a lieu en échange de la remise de plusieurs documents qui y sont mentionnés. En effet, le connaissance maritime ou tout autre document remis par le transporteur, les certificats d'inspection, les certificats de quantité et de qualité, la facture commerciale, etc. sont des documents susceptibles d'être forgés ou encore d'être obtenus de manière frauduleuse. Par contre, la fraude dans les documents occupe une place beaucoup moins importante dans les lettres de garanties puisque dans la majorité des cas le paiement n'est pas conditionnel à la présentation de ceux-ci³¹⁸. Il est possible que le bénéficiaire n'ait qu'à présenter une demande de paiement, ce qui exclut ainsi la possibilité de fraude dans un document³¹⁹. Toutefois, comme nous le verrons ci-après, elle pourrait avoir lieu dans un document si la demande de paiement doit être accompagnée d'un « *statement of default* » que le bénéficiaire doit présenter³²⁰.

§ 1. Au Royaume-Uni et au Canada

Au Royaume-Uni et au Canada, la fraude dans les documents est reconnue comme une exception à l'autonomie des lettres de garantie et des lettres de crédit. En effet, dans la décision anglaise *United City Merchants v. Royal Bank of Canada*, figurant parmi les décisions les plus

³¹⁶ J.-L. ANGLADE, préc., note 153, p. 274.

³¹⁷ J.-L. ANGLADE, préc note 153, p. 276-275.

³¹⁸ Comme le souligne Röchert, « *Thus It may be appropriate to conclude, that fraud in the documents is of minor importance with respect to the application of the fraud exception* »: N. RÖCHERT, préc., note 32, p. 31.

³¹⁹ J.-L. ANGLADE, préc note 153, p. 279.

³²⁰ N. RÖCHERT, préc., note 32, p. 30.

citées sur la planète, Lord Diplock affirme que l'exception de fraude s'applique « *where the seller, for the purpose of drawing on the credit, presents to the confirming bank documents that contain, expressly or by implication, material representation of fact that to his knowledge are untrue* »³²¹. Dans cette affaire, la date du document d'expédition, plus précisément le connaissance maritime, a été falsifiée afin de correspondre aux exigences de la lettre de crédit³²². Au Canada, dans la décision *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, le juge se base notamment sur cette décision anglaise et affirme que la fraude dans les documents fait partie de l'exception au principe d'autonomie et s'applique à l'ensemble des provinces canadiennes, et ce, peu importe qu'elle soit régie par la Common Law ou par le droit civil³²³. L'exception de fraude dans les documents a notamment été réitéré dans l'affaire *Barzelex Inc. c. M.E.C.S. International Inc.*, de la Cour supérieur du Québec, dans laquelle un certificat d'inspection a été émis portant l'attestions de la Lloyds compagnie³²⁴, alors que cette dernière a affirmée ne pas avoir émis le certificat en question³²⁵. Un autre exemple de fraude dans les documents est illustré dans le cas de la décision *ATL Industries Inc. v. Han Eol Ind. Co.*³²⁶, rendu par la cour de justice de l'Ontario, alors qu'ATL a soutenu avec raison que Han a fabriqué des faux documents, soit des factures et des documents d'expédition³²⁷.

Par contre, des erreurs dans les documents ne sont pas considérées comme étant de la fraude. L'affaire canadienne *Casatex inc. c. Sufi Weaving Industries* en est un exemple³²⁸. Dans cette affaire, le juge soutient que la fraude n'est pas prouvée par le simple fait qu'il y avait des incohérences dans le numéro des connaissances et que le transporteur s'est fait voler la

³²¹ *United City Merchants (Investments) Ltd and others v. Royal Bank of Canada and others* [1982] 2 All ER 720, par. 725 (HL).

³²² *Id.*, par. 724.

³²³ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, préc., note 43, par. 17.

³²⁴ *Barzelex Inc. c. M.E.C.S. International Inc.*, [1988] R.J.Q 437 (C.S.). En 1994, la banque Geestemunder a fait appel et la décision fut renversée car le juge affirme que cette dernière n'a pas participé à la fraude commise par MESC. *Barzelex Inc. c. M.E.C.S. International Inc.*, [1994] J.Q. no 1086 (C.A.Q.) par. 75. Pour un autre exemple de signature forgé l'affaire *Tukan Timber v. Barclays Bank* est un litige qui a été porté devant les tribunaux anglais. *Tukan Timber v. Barclays Bank* [1987] 1 Lloyd's Rep. 171 (Q.B.D.).

³²⁵ *Barzelex Inc. c. M.E.C.S. International Inc.*, [1988] R.J.Q 437 (C.S.).

³²⁶ *ATL Industries Inc. v. Han Eol Ind. Co.* [1995] O.J. no 250 (Ont C.J.).

³²⁷ *Id.*, par. 4.

³²⁸ *Casatex inc. c. Sufi Weaving Industries (PVT) Ltd.*, [1998] J.Q. no 2320 (C.S.Q.).

marchandise³²⁹. Il qualifie plutôt cette situation d'« imbroglio »³³⁰. Ainsi, il affirme que rien en l'espèce ne démontre une fraude du transporteur et l'implication du bénéficiaire dans celle-ci³³¹.

Dans les lettres de garantie, un document pourrait être considéré comme frauduleux dans deux circonstances. D'abord, lorsque la lettre de garantie exige une déclaration du bénéficiaire et que ce dernier y inclut de « fausses allégations » en indiquant que le donneur d'ordre n'a pas rempli ses obligations³³². En effet, comme le souligne M. Pomerleau, « une affirmation ou une assertion inexacte, est dite “fraudulent” si “son auteur sait quelle est fausse ou qu'elle peut l'être” »³³³. Ainsi, dans une lettre de garantie, le « *statement of default* » est un document authentique puisqu'il émane du bénéficiaire mais il peut être frauduleux s'il comporte de fausses allégations³³⁴. Ensuite, nous l'avons vu, il est possible que le paiement de la lettre de garantie soit conditionnel à la remise d'un document émis par un tiers, par exemple un certificat émanant d'un expert. Lorsque la lettre de garantie est conditionnelle à la présentation d'un tel document, il est possible qu'il y ait une fraude dans le document soit parce qu'il est faux soit parce qu'il a été forgé. Toutefois, une demande de paiement incluant une déclaration de défaut de la part du donneur d'ordre parce que celui-ci est en liquidation ne constitue pas, avec raison, une demande frauduleuse selon les tribunaux anglais³³⁵.

§ 2. Aux États-Unis

Aux États-Unis, nous l'avons vu précédemment, la décision de principe en matière de fraude dans les lettres de crédit et les lettres de garantie est l'arrêt *Sztejn v. J. Henry Schroder*

³²⁹ *Casatex inc. c. Sufi Weaving Industries (PVT) Ltd.*, préc., note 328, par. 7-8.

³³⁰ *Id.*, par. 8.

³³¹ *Id.*, par. 7.

³³² *Kvaerner John Brown Ltd v. Midland Bank plc and another* [1998] CLC 446 (QBD). Le tribunal a affirmé qu'un faux « *statement* » constitue une demande de paiement frauduleuse. *Id.*, par. 4. Cette décision figure parmi l'une des rares dans laquelle les tribunaux anglais ont appliqué l'exception de fraude. Cela est également le cas au Canada. Voir par exemple: *Ensyn Technologies inc. c. IMTT-Québec inc.* [2020] J.Q. no 10834 (C.S.Q.), par. 28.

³³³ Manon POMERLEAU, « La fraude du bénéficiaire du crédit documentaire irrévocable. Étude comparative en droit commercial international », (1984) 44-1 R. du B. 113, p. 121.

³³⁴ Salohy Miadana RAKOTONANAHARY, *La fraude et la dématérialisation du crédit documentaire*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2005, p. 16.

³³⁵ *Balfour Beatty Civil Engineering and another v. Technical & General Guarantee Co.* [1999] All ER (D) 1110 (CA).

Banking Corp., qui a par la suite été codifié dans le UCC³³⁶. En effet, le UCC reconnaît que si « *a required document is forged or materially fraudulent* » l'émetteur n'est pas tenu d'honorer le paiement³³⁷. Cette codification reflète la position adoptée dans la jurisprudence qui admettait ce type de fraude depuis plusieurs années. Dans la décision *Old Trust Colony Trust v. Lawyers*, datant de 1924, une lettre de crédit avait été émise en faveur du vendeur pour payer l'achat de sucre³³⁸. La lettre de crédit stipulait qu'elle serait payable sur présentation de factures et d'un reçu d'entrepôt qui indiquerait le poids net et débarqué du sucre³³⁹. Toutefois, le sucre a été pesé quelques jours après la présentation des documents à la banque³⁴⁰. Autrement dit, le poids mentionné dans les documents était faux puisque la marchandise a été pesée après la remise de ceux-ci. Par conséquent, les documents soumis ont été considérés frauduleux et le juge a établi que « *when an issuer of a letter of credit knows that a document, although correct in its form, is, in fact, false or illegal, he cannot be called upon to recognize such a document as complying with the terms of a letter of credit* »³⁴¹. De plus, l'affaire *Johann Prutscher v. Fidelity International Bank*, illustre la fraude dans un connaissement maritime³⁴². Les faits de ce litige sont les suivants : une lettre de crédit a été émise en faveur de Prutscher, le vendeur. Elle stipulait que ce dernier devait présenter l'ensemble des originaux du connaissement, que les livraisons partielles n'étaient pas autorisées et que la date d'expédition la plus tardive acceptée serait le 6 juillet³⁴³. Le vendeur a présenté l'ensemble des documents requis et ils apparaissaient, à leur face même, en conformité avec la lettre de crédit. Toutefois, la banque a affirmé que les documents ont été falsifiés puisque l'expédition de la marchandise a eu lieu en trois parties, dont une a eu lieu après la date d'échéance prévue³⁴⁴. Par conséquent, le juge a considéré que la banque n'est pas tenue de payer

³³⁶ *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.*, préc., note 91; UCC, préc., note 96, § 5 -109.

³³⁷ UCC, préc., note 96, § 5-109 a 1.

³³⁸ *Old Colony Trust Co. v. Lawyer's Title & Trust Co.* 297 F. 152, 1924 (2d Cir. N.Y), par. 156.

³³⁹ *Id.*

³⁴⁰ *Id.*

³⁴¹ *Id.*, par. 158.

³⁴² *Johann Prutscher v. Fidelity International Bank*, 502 F. Supp. 535, (S.D. N.Y. 1980).

³⁴³ *Id.*, par. 535.

³⁴⁴ *Id.*, par. 535-536.

puisque les documents étaient frauduleux³⁴⁵. En résumé, il est considéré par les tribunaux américains que « *Falsified documents are the same as no documents at all* »³⁴⁶.

§ 3. En France

La France ne diffère pas des autres juridictions étudiées en ce qui a trait à l'exception de fraude dans les documents : elle y est également reconnue. Il convient ici d'apporter quelques remarques concernant le droit français. La tradition civiliste, n'étant pas basée sur les précédents contrairement à la Common Law³⁴⁷, les juges se réfèrent systématiquement à l'article 1134 du Code Civil français qui prévoit que « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites [...] Elles doivent être exécutées de bonne foi »³⁴⁸. Cet article qui était en vigueur depuis 1804 a été l'objet d'une modification par l'ordonnance de 2016 et depuis ce principe se retrouve à l'article 1104 formulé de la façon suivante : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi »³⁴⁹. Ainsi, la fraude est considérée comme étant contraire à la bonne foi par les tribunaux français. Par conséquent, les tribunaux se référeront à l'article 1134 pour les contrats ayant été conclus avant l'entrée en vigueur de cette modification et ceux qui sont conclus après cette date sont alors soumis à l'article 1104³⁵⁰.

La fraude dans les documents est reconnue depuis longtemps par la Cour de cassation. En effet, dans une décision de cette cour du 4 mars 1953, ce type de fraude a été reconnu lorsque la signature apparaissant sur un document avait été faite par une autre personne que celle

³⁴⁵ *Johann Prutscher v. Fidelity International Bank*, préc., note 342, par. 536. De plus, le juge a réitéré ce qui avait déjà été établi dans *Old Colony Trust Co. v. Lawyer's Title & Trust Co.*: « *if the bank receives information that a bill of lading required by the letter is forged of fraudulent and that the presenter is the original beneficiary or is otherwise chargeable with participation in the alleged fraud* ». *Old Colony Trust Co. v. Lawyer's Title & Trust Co.*, préc., note 338; *Johann Prutscher v. Fidelity International Bank*, préc., note 342, par. 536. La décision *Boston Hides & Furs v. Sumitomo Bank* est un autre exemple de fraude dans le connaissance : *Boston Hides & Furs v. Sumitomo Bank* 870 F. Supp. 1153, (D. Mass. 1994). Pour un exemple de fraude dans une facture commerciale voir *Ping He (Hai Nam) Co v. Nonferrous Metals (U.S.A.) Inc.* 22 F. Supp. 2d. (S.D. N.Y. 1998).

³⁴⁶ *Voest-Alpine International Corp. v. Chase Manhattan Bank, N.A.* 707 F. 2d 680 (2d Cir. 1983), par. 686.

³⁴⁷ Marc LACOURSIÈRE, « La fraude du bénéficiaire d'un crédit documentaire irrévocable : tendances actuelles et futures », (1995) 53-2 *U.T. Fac. L. Rev*, 201, p. 220.

³⁴⁸ Art. 1134 C. civ. 1804.

³⁴⁹ Art. 1104 C. civ. 2016.

³⁵⁰ Ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016.

convenue³⁵¹. Plus récemment, un litige donnant lieu à la décision rendue le 25 avril 2006 par la Cour de cassation affirme que « les connaissements avaient été antidatés et le nom des navires modifié dans le seul dessein de se mettre en conformité avec les impératifs du crédit documentaire » et que cela constitue de la fraude enclenchant ainsi cette exception³⁵².

Bref, la fraude dans les documents est reconnue dans l'ensemble des juridictions étudiées et a également été reconnue dans une sentence arbitrale³⁵³. Les exemples les plus fréquents sont la falsification de la date sur le document d'expédition et les fausses signatures. Par contre, nous l'avons vu, des erreurs qui se glissent dans les documents ne seront pas considérées comme de la fraude.

Section 2 – La fraude dans la transaction

La fraude peut également avoir lieu dans la transaction lorsque cela « concerne l'exécution du contrat »³⁵⁴. Ainsi, l'examen des documents ne permet généralement pas de déceler ce type de fraude³⁵⁵. Plus concrètement, dans un mécanisme de lettre de crédit cela pourrait être, par exemple, l'expédition de marchandises autres que celles prévues au contrat sous-jacent. Toutefois, définir précisément la fraude dans la transaction impliquant une lettre de garantie s'avère être plus complexe. En effet, nous l'avons vu, ces dernières ont pour but de couvrir une obligation financière ou non financière, ce qui rend l'établissement de critères précis difficile. La fraude sera plutôt définie par des termes généraux³⁵⁶. Par conséquent, les juges décident le plus souvent au cas par cas³⁵⁷. Ainsi, nous étudierons différentes situations qui ont été portées devant les tribunaux afin de définir celles qui constituent de la fraude.

³⁵¹ J.-L. ANGLADE, préc note 153, p. 277.

³⁵² Cass. Com., 25 avril 2006 ; Cass. Com. 25 avr. 2006, *RTD Com.*, 2007, 269, obs. Delebecque.

³⁵³ Décision rendue dans l'affaire n° 3031, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1977. Dans cette affaire, le certificat d'inspection contenait une fausse signature.

³⁵⁴ R. CHAGNON, préc., note 63, p. 26.

³⁵⁵ M. POMERLEAU, préc., note 333, p. 126.

³⁵⁶ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 367.

³⁵⁷ J.-L. ANGLADE, préc note 153, p. 282.

§ 1. Au Royaume-Uni et au Canada

Ce type de fraude a été admise au Royaume-Uni dans la décision *Edward Owen Engineering Ltd v. Bank International Ltd.*, dans laquelle Lord Denning soutient que « *the bank ought not to pay under the credit if it knows that the documents are forged or that the request for payment is made fraudulently in circumstances where there is no right to payment* »³⁵⁸. De plus, dans cette affaire qui porte sur une lettre de garantie, le juge a affirmé que les principes en matière de lettre de crédit s'appliquent également en matière de lettre de garantie³⁵⁹. Cette exception est également appliquée au Canada. En effet, le juge le Dain de la Cour suprême a affirmé que cette exception : « [...] devrait comprendre la fraude dans les opérations sous-jacentes de nature à rendre frauduleuse la demande de paiement »³⁶⁰.

Malgré que ce type de fraude soit reconnu dans ces deux pays, elle est appliquée de manière très restrictive au Royaume-Uni, alors que les tribunaux canadiens sont moins réticents à l'utiliser. En effet, dans l'affaire *Discount Records Ltd v. Barclays Bank Ltd*, provenant du Royaume-Uni, l'acheteur invoque l'exception de fraude puisque la marchandise expédiée par le vendeur contenait en grande majorité des pièces défectueuses, des boîtes vides ou remplies de déchets³⁶¹. Le juge anglais a considéré que « *fraud is alleged but has not been established* »³⁶². D'un autre côté, les juges Canadiens se sont montrés plus enclins à appliquer cette exception notamment dans l'affaire *Platinum Communications Systems Inc. v. Imax corp* qui présente des faits similaires à ceux de l'affaire *Discount Records*. Platinum, l'acheteur, soutient qu'IMAX a expédié de la marchandise « invendable » et les a qualifiés de déchets³⁶³. Le juge a donc conclu que « *the Plaintiff in this case has establish a strong case of fraud* »³⁶⁴.

³⁵⁸ *Edward Owen Engineering Ltd v. Bank International Ltd.*, préc., note 96, par. 982. (Nous soulignons)

³⁵⁹ *Id.*, par. 983. « *All this leads to the conclusion that performance guarantee stands on a similar footing to a letter of credit* ». *Id.*

³⁶⁰ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, préc., note 43, par. 17.

³⁶¹ *Discount Records Ltd v. Barclays Bank Ltd* [1975] 1 All ER 1071 par. 1073.

³⁶² *Id.*, par. 1074.

³⁶³ *Platinum Communications Systems Inc. v. IMAX Corp.*, [1988] B.C.J. 1713 (BCSC).

³⁶⁴ *Id.*

Une autre situation qui peut être considérée comme de la fraude est lorsque le bénéficiaire d'une lettre de crédit présente une demande de paiement alors qu'il n'a expédié aucune marchandise. Cette situation s'est produite dans l'affaire anglaise *European Asian Bank v. Punjab and Sind Bank*³⁶⁵ dans laquelle l'acheteur a fait émettre une lettre de crédit en faveur du vendeur afin de payer l'achat de clous de girofle³⁶⁶. Après avoir remis les documents à la banque, le vendeur a informé l'acheteur que le navire a coulé et que la marchandise s'y trouvait³⁶⁷. Ce dernier, qui avait fait assurer la marchandise, a réclamé la somme due à l'assureur qui a refusé de l'indemniser affirmant que « *there had been a large-scale fraud [...] there had never been any goods shipped at all, and the ship in question had not sunk and no goods had been lost* »³⁶⁸. Toutefois, l'exception de fraude n'a pu être appliquée, car la banque avait déjà procédé au paiement et, par conséquent, avait le droit d'être remboursée par l'acheteur³⁶⁹.

De plus, dans deux décisions anglaises aux faits similaires, soit *R.D. Hardbottle Ltd v. Nat'l Westminster Bank* et *Edward Owen Engineering Ltd v. Bank International Ltd.*, on a indiqué que la banque n'est en aucun cas concerné par le contrat entre le vendeur et l'acheteur³⁷⁰. Dans ces affaires, le vendeur n'a pas expédié la marchandise puisque l'acheteur n'avait toujours pas émis de lettre de crédit en sa faveur. Ces derniers avaient préalablement fait émettre une lettre de garantie en faveur de l'acheteur qui en demanda le paiement. Dans les deux cas, les juges ont établi que cela ne constitue pas de la fraude et ne saurait justifier l'intervention des tribunaux dans l'engagement irrévocable pris par une banque³⁷¹. Autrement dit, le non-respect d'une

³⁶⁵ *European Asian Bank v. Punjab and Sind Bank*, [1983] 2 All ER 508 (CA).

³⁶⁶ *Id.*

³⁶⁷ *Id.*

³⁶⁸ *Id.*

³⁶⁹ *Id.*

³⁷⁰ Le juge a affirmé que : « *Banks are not concerned with the rights or wrongs of the underlying disputes but only with the performance of the obligations which they themselves have confirmed* ». par. 870. *R.D. Hardbottle Ltd v. Nat'l Westminster Bank* [1977] 2 All ER 862 (QBD). *Edward Owen Engineering Ltd v. Bank International Ltd.*, préc., note 96, par. 983. « *It is not concerned in the least with the relations between the supplier and the customer; nor the question whether the supplier has performed his contracted obligation or not; nor with the question whether the supplier is in default* » *Id.*

³⁷¹ *R.D. Hardbottle Ltd v. Nat'l Westminster Bank*, préc., note 370 et *Edward Owen Engineering Ltd v. Bank International Ltd*, préc., note 96, par. 983.

obligation de l'acheteur, bénéficiaire de la lettre de garantie, en vertu du contrat de base ne sera pas considéré comme de la fraude.

Par ailleurs, l'affaire *Themehelp Ltd. v. West and Others* est décisions intéressante dans laquelle l'exception de fraude dans la transaction a été appliquée par les tribunaux anglais³⁷². Dans ce litige, l'acheteur, qui voulait acquérir des actions d'une compagnie, allègue qu'ils ont conclu un contrat sur des « *fraudulent misrepresentation by the sellers* »³⁷³. Ainsi, des fausses représentations de la part du vendeur pour conclure un contrat sont considérées comme faisant partie de l'exception de fraude³⁷⁴.

Par ailleurs, d'autres décisions rendues par les tribunaux anglais ont mentionné qu'ils pourraient intervenir afin d'empêcher la banque d'honorer le paiement lorsque le bénéficiaire fait une demande « *in circumstances where fraud, dishonesty or bad faith in relation to the demand is shown to exist* »³⁷⁵. En effet, la notion de mauvaise foi ou de malhonnêteté a notamment été appliquée dans le cas de *Kvaerner John Brown Ltd v. Midland Bank plc and another* que nous avons évoqué précédemment³⁷⁶. Bref, bien que les tribunaux anglais aient reconnu l'exception de fraude dans la transaction elle n'est que très rarement mise en œuvre. Face à cette approche restrictive des tribunaux anglais Bertrams soutient que : « *it would almost*

³⁷² *Themehelp Ltd. v. West and Others* [1995] 4 All ER 415 (QBD).

³⁷³ *Id.*, par. 218.

³⁷⁴ *Themehelp Ltd. v. West and Others*, préc., note 372, par. 218. L'appel de la décision qui avait été accordé en faveur de l'acheteur d'émettre une injonction empêchant le bénéficiaire de faire appel de la garantie a donc été rejeté.

³⁷⁵ *TTI Team Telecom International Ltd and another v. Hutchison 3G UK Ltd* [2003] 1 All ER (Comm) 914 (QBD) par. 31 ; *Cargill International SA and another v. Bangladesh Sugar and Food Industries Corp.*, [1996] 4 All ER 563 (Q.B. Comm Ct). Cette dernière décision fut approuvée par la Cour d'appel en 1998. La doctrine définit ce type de fraude de la manière suivante : « *In the context of an autonomous guarantee, fraud connotes the absence of an honest belief in either the entitlement to claim under the guarantee or in the amount claimed* ». M. BRIDGE, préc., note 161, p.2205.

³⁷⁶ *Kvaerner John Brown Ltd v. Midland Bank Plc*, préc., note 3332. Plusieurs autres décisions ont mentionné la mauvaise foi sans qu'elle entraîne l'exception de fraude, par exemple : *Balfour Beatty Civil Engineering and another v. Technical & General Guarantee Co Ltd.*, préc., note 335; *Uzinterimpex JSC v. Standard Bank plc* [2007] All ER (D) 231 par. 107; *Enka Insaat Ve Sanayi v. Banca Popolare Dell'Alto Adige SPA and antoher* [2009] EWHC 2410 (Comm); *TTI Team Telecom International Ltd and another v. Hutchison 3G UK Ltd*, préc., note 375 et *Cargill International SA and another v. Bangladesh Sugar and Food Industries Corp.*, préc., note 375.

appear that English courts are inclined to treat the fraud exception as a principle of a rather theoretical nature which ought not to be put in practice »³⁷⁷.

Une autre situation susceptible d'entraîner l'application de l'exception de fraude dans un mécanisme de lettre de garantie est l'exécution des obligations financières ou non financières du donneur d'ordre en vertu du contrat principal. En effet, dans un cas pareil, le bénéficiaire ne peut pas faire une demande de paiement puisque le risque couvert par la garantie ne s'est pas concrétisé. Dans la décision *430872 B.C. Ltd. v. New Home Warranty of British Columbia Inc.*, rendu par la Cour d'appel de Colombie britannique, une lettre de crédit standby a été émise afin de couvrir une obligation non financière, soit la construction d'une partie d'un bâtiment³⁷⁸. L'entreprise *430872 BC Ltd.* demande d'enjoindre le bénéficiaire de la lettre de crédit standby de faire une demande de paiement s'il ne viole pas ses obligations en vertu du contrat³⁷⁹. Le juge a conclu que le paiement de la lettre de crédit standby devait se faire uniquement dans le cas où le donneur d'ordre n'aurait pas accompli ses obligations³⁸⁰. Par conséquent, « *To draw down that letter of credit in any other circumstances comes within the exception to the autonomy principle for "fraud in the transaction" »³⁸¹.*

Par ailleurs, une lettre de garantie ou une lettre de crédit standby, peut être émise en faveur du vendeur afin de couvrir le risque de non-paiement³⁸². Ainsi, le vendeur peut faire une demande de paiement en vertu de la lettre de garantie dans le cas où il n'a pas reçu de paiement de l'acheteur³⁸³. Par conséquent, dans ce type de lettre de garantie, une fraude pourrait avoir lieu si le bénéficiaire demande le paiement alors que le donneur d'ordre a déjà procédé à celui-ci. Cette situation s'est produite dans une récente affaire qui a été porté devant les tribunaux canadiens³⁸⁴. Dans ce litige *Alessandra Yarns*, l'acheteur, a conclu un contrat avec *Boading*, le

³⁷⁷ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 364-365. L'auteur M. Pomerleau partage également cette opinion : « Les exigences sont trop élevées et, par conséquent, les décisions concluant à une fraude sont rares ». M. POMERLEAU, préc., note 333, p. 130.

³⁷⁸ *430872 B.C. Ltd. v. New Home Warranty of British Columbia Inc.*, [2004] B.C.J. 612 (BCCA), par. 3 et par. 15.

³⁷⁹ *Id.*, par. 8.

³⁸⁰ *Id.*, par. 24.

³⁸¹ *Id.*, par. 24.

³⁸² C. MURRAY, D. HOLLOWAY et D. TIMSON-HUNT, préc., note 22, p. 251.

³⁸³ *Id.*

³⁸⁴ *Alessandra Yarns, I.I.c. c. Tongxiang Boading Textile Co. Ltd.*, [2015] J.Q. no 697 C.S.Q.

vendeur, pour l'achat de fils³⁸⁵. Ainsi, une lettre de crédit standby a été émise par la Banque de Nouvelle-Écosse en faveur de Boading afin de couvrir le risque de non-paiement des marchandises³⁸⁶. Le vendeur ayant expédié la marchandise a demandé le paiement à Alessandra Yarns³⁸⁷. Cette dernière a procédé au paiement mais le transfert a été refusé par la banque au motif que les informations bancaires du bénéficiaire étaient erronées³⁸⁸. Par la suite, Alessandra Yarns a reçu un courriel avec un nouveau numéro de compte pour procéder au paiement³⁸⁹. Le courriel semblait provenir de Boading puisqu'il contenait plusieurs informations utilisées dans leurs échanges précédents tels que le sceau de la compagnie, la signature, le nom du bénéficiaire, etc., la seule information différente était le numéro de compte³⁹⁰. Ainsi, un autre paiement fut effectué avec les nouvelles informations reçues³⁹¹. Cependant, un jour plus tard, Boading a informé Alessandra qu'il n'avait toujours pas reçu de paiement de leur part et qu'il allait le demander en vertu de la lettre de crédit standby³⁹². Par conséquent, Alessandra invoque l'exception de fraude pour obtenir une ordonnance de sauvegarde³⁹³. La demande de Alessandra est accueillie car selon le juge les faits présentés par cette dernière démontrent une solide preuve *prima facie* de fraude³⁹⁴.

Ainsi, la fraude dans la transaction se matérialise lorsque le bénéficiaire n'a aucun droit en vertu de la lettre de garantie ou de crédit. Toutefois, certaines situations démontrent que la délimitation entre une demande frauduleuse et un désaccord entre les parties concernant l'exécution du contrat est mince. Dans la décision rendue par les tribunaux canadiens *Fiberex Technologies Inc v. Bank of Montreal*, Fiberex allègue que la demande de paiement de la part de EICO, son co-contractant, en vertu de la lettre de garantie constitue une fraude puisqu'il aurait rempli ses obligations comme prévu³⁹⁵. Le juge a affirmé que « *disputes between the parties to*

³⁸⁵ *Alessandra Yarns, I.L.C. c. Tongxiang Boading Textile Co. Ltd.*, préc., note 384, par. 5.

³⁸⁶ *Id.*, par. 11.

³⁸⁷ *Id.*

³⁸⁸ *Id.*

³⁸⁹ *Id.* par. 12.

³⁹⁰ *Id.*, par. 12.

³⁹¹ *Id.*

³⁹² *Id.*

³⁹³ *Id.* par. 1.

³⁹⁴ *Id.* par. 45.

³⁹⁵ *Fiberex Technologies Inc. v. Banque de Montreal*, [2015] A.J. 853 (ABQB) par. 10.

the underlying contract about their performance does not justify refusal by the issuing bank to honour a draft accompanied by apparently conforming documents »³⁹⁶. Dans une autre décision canadienne aux faits similaires, Hokanson Capital avait engagé la compagnie Comrode & Dickson pour un projet de construction de condominium³⁹⁷. Ce dernier a engagé un sous-contractant, Amen Construction Ltd., pour exécuter des travaux³⁹⁸. À la suite de désaccord entre HCI et Cormode, HCI a engagé un nouvel entrepreneur qui souleva des lacunes dans les travaux exécutés par Amen³⁹⁹. Par conséquent, HCI s'est tourné vers les tribunaux afin qu'une injonction soit émise dans le but d'empêcher la Banque de Montréal d'honorer le paiement de la lettre de crédit standby en faveur de Amen⁴⁰⁰. Le tribunal a rejeté la demande en soulignant que « *Such disputes are common in construction projects, not because of fraud but because of differences between how the contractor and subcontractor view the quality or completion of the work* »⁴⁰¹.

Bref, il est possible de constater que la fraude dans la transaction, que ce soit au Royaume-Uni ou au Canada, est jugée au cas par cas. La frontière entre un désaccord entre les parties et une fraude peut parfois être mince.

§ 2. Aux États-Unis

Avant la recodification du UCC, les tribunaux américains ne s'étaient pas explicitement positionnés concernant la fraude dans la transaction. Les commentaires portant sur l'article 5-109 de l'UCC ont mis fin à cette ambiguïté en y incluant expressément ce type de fraude dans les termes qui suit : « *This recodification makes it clear that fraud must be found either in the documents or must have been committed by the beneficiary on the issuer or applicant* »⁴⁰². De plus, les commentaires officiels précisent que les tribunaux doivent examiner le contrat de base

³⁹⁶ *Fiberex Technologies Inc. v. Banque de Montreal*, [2015] A.J. 853, préc., note 395, par. 22.

³⁹⁷ *Hokanson Capital Inc. v. Amen Construction Ltd.*, [2020] A.J. 698 (ABQB), par. 2.

³⁹⁸ *Id.*, par. 2.

³⁹⁹ *Id.*

⁴⁰⁰ *Id.*

⁴⁰¹ *Id.* par. 9. Pour des exemples similaires voir : *Cineplex Odeon Corp. v. 100 Bloor West General Partner Inc.*, [1993] O.J. 112 (Ont. Ct. Of J.) et *Standard Trust Co. (In Liquidation) v. Bank of Nova Scotia* [2001] N.J. 147 (NFCA).

⁴⁰² *Uniform Commercial Code*, Official comment, par. 1.

afin de déterminer s'il y a un cas de fraude⁴⁰³. Cependant, comme le mentionne le UCC, la fraude doit être « *material* » : « *If a presentation is made that appears on its face strictly to comply with the terms and condition of the letter of credit, but a required document is forged or materially fraudulent, or honor of the presentation would facilitate a material fraud by the beneficiary [...] the issuer, acting in good faith, may honor or dishonor the presentation[...]* »⁴⁰⁴. Cette codification reprend les principes déjà établis par la jurisprudence. Par exemple, dans l'affaire *Intraworld Industries Inc. v. Girard Trust Bank* le juge avait conclu que « *Fraud in the transaction occurs when the wrong doing of the beneficiary has so vitiated the entire transaction that the legitimate purpose of the independence of the issuer's obligation is no longer served* »⁴⁰⁵.

Par ailleurs, nous partageons l'avis du juge Le Dain selon lequel la fraude dans la transaction avait été reconnue implicitement dans l'arrêt *Sztejn*⁴⁰⁶ avant la recodification de l'U.C.C. Dans cette décision, le juge a établi le principe selon lequel il y a fraude du bénéficiaire lorsque les documents présentés sont conformes à la lettre de crédit alors que : « *the merchandise is not merely inferior in quality but consists of worthless rubbish* »⁴⁰⁷. De plus, ce type de fraude fut admis à nouveau dans l'affaire *United Bank v. Cambridge Sporting Goods Corp.* Dans cette décision, le juge a affirmé que le fait que le vendeur ait expédié des gants de boxe déchirés, moisés et sans rembourrage à la place de gants de boxe neufs constituait de la fraude⁴⁰⁸.

Une autre situation illustrant la fraude dans la transaction est l'affaire *Intrinsic Values Corp. v. Superintendencia De Admin. Tributaria*⁴⁰⁹. Dans cet arrêt, le juge a conclu que puisque le

⁴⁰³ *Id.* Par ailleurs, les commentaires officiels affirment que : « *Courts must examine the underlying transaction when there is an allegation of material fraud, for only by examining that transaction can one determine whether a document is fraudulent or the beneficiary has committed fraud [...]* ». *Id.*

⁴⁰⁴ UCC, préc., note 96, § 5-19. (Nous soulignons). Plus concrètement, cela signifie que : « *[...] the beneficiary has no colorable right to expect honor and where there is no basis in fact to support such a right to honor* ». *Uniform Commercial Code*, Official comment, par. 1.

⁴⁰⁵ *Intraworld Industries Inc. v. Girard Trust Bank*, [1975] 336 A2d 316 (Pa. S. Ct.).

⁴⁰⁶ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, préc., note 43, par. 17.

⁴⁰⁷ *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.*, préc., note 91, par. 723.

⁴⁰⁸ *United Bank v. Cambridge Sporting Goods Corp.*, préc., note 306. Pour un autre exemple aux faits similaires voir : *Hyosung Am., Inc. v. Sumagh Textile Co.*, 25 F. Supp. 2d 376 (S.D. N.Y. 1998), fraude dans la transaction parce que le bénéficiaire a soumis des documents qui représentaient faussement la teneur en fibre des tissus commandé par le donneur d'ordre. En appel, la décision fut réaffirmée. *Hyosung Am., Inc. v. Sumagh Textile Co.*, 1999 U.S. App. LEXIS 18153.

⁴⁰⁹ *Intrinsic Values Corp. v. Superintendencia De Admin. Tributaria*, 806 So 2d 616, (Fla. Ct. App. 2002).

bénéficiaire de la lettre de crédit savait que le contrat était annulé avant qu'il ait présenté une demande de paiement, une telle demande n'était aucunement justifiée et ne pouvait qu'être considérée comme étant frauduleuse⁴¹⁰.

Toutefois, un litige concernant la qualité de la marchandise ne sera pas considéré comme une fraude dans la transaction par les tribunaux américains⁴¹¹, tout comme en droit britannique et canadien. Dans l'affaire *Cherubino Valsangiacomo S.A. v. Americana Juice Imports*, l'acheteur allègue que la qualité de la coloration du jus n'est pas la même que les échantillons qui lui avaient été fournis⁴¹². Le juge a souligné que la fraude dans ce cas diffère du cas de *Sztejn* puisque : « *This is not a situation where the quality of the juice was so substandard as to render the entire shipment worthless and destroy the legitimate ends of the credit* »⁴¹³. Cela démontre que chaque affaire constitue un cas d'espèce, et ce, même si généralement la mauvaise exécution du contrat ne constitue généralement par un cas de fraude.

Plusieurs décisions ont démontré que les tribunaux américains ont également admis l'exception de fraude dans la transaction dans le cadre des lettres de garanties. Parmi ces dernières, un nombre considérable ont eu lieu durant la crise iranienne⁴¹⁴. À cette époque de nombreuses entreprises américaines qui faisaient affaire avec le gouvernement d'Iran leur ont fourni des lettres de garanties pour assurer l'exécution de leurs obligations⁴¹⁵. Cette crise a atteint un point culminant en 1979, ce qui a mis un terme aux relations économiques entre les deux États rendant ainsi l'exécution des contrats commerciaux impossible pour cause de force majeure⁴¹⁶.

⁴¹⁰ *Id.*

⁴¹¹ *Cherubino Valsangiacomo S.A. v. Americana Juice Import*, 1999 Tex. App. Lexis 375, (Tex. Ct. App. 1999).

⁴¹² *Id.*, par. 2.

⁴¹³ *Id.*, par. 10.

⁴¹⁴ *Touche Ross & Co v. Manufacturers Trust Co.*, 107 Misc. 2d 438, (N.Y. Sup. Ct. 1980); *Harris Corp. v. National Iranian Radio & Television*, 691 F. 2d 1344 (11th Cir. 1982); *Itek Corp. v. First National Bank of Boston*, 730 F. 2d. ;19 (1st Cir. 1984); *Rockwell International Systems, Inc. v. Citibank, N.A.*, 719 F. 2d. 583 (2d Cir. 1983). À ce sujet voir : C. MOUMOUNI, préc., note 3; George KIMBALL et Barry A. SANDERS, « Preventing Wrongful Payment of Guaranty Letters of Credit – Lessons from Iran » (1984) 39-2 *The Business Lawyer* 417 et Herbert A. GETZ, « Enjoining the International Standby Letter of Credit : The Iranian Letter of Credit Cases », (1980) 21-1 *Harvard International Law Journal* 189.

⁴¹⁵ C. MOUMOUNI, préc., note 3, p. 804.

⁴¹⁶ C. MOUMOUNI, préc., note 3, p. 809.

Par conséquent, dans ces cas les juges ont affirmé, dans des termes similaires, que « *no legitimate call could be made on the guarantee* »⁴¹⁷.

Par ailleurs, un autre cas intéressant qui illustre la fraude dans la transaction est celui de la décision *Brenntag Int Chems v. Bank of India*⁴¹⁸. Dans cette affaire, une banque a émis une lettre de crédit standby en faveur du vendeur pour couvrir le prix de l'achat du contrat de base⁴¹⁹. Par conséquent, le paiement de cette lettre de crédit pouvait avoir lieu dans le cas où le donneur d'ordre n'exécute pas son obligation de paiement⁴²⁰. Toutefois, le bénéficiaire a présenté une demande de paiement accompagné d'une déclaration indiquant que le donneur d'ordre n'avait pas rempli ses obligations daté un an avant la date de défaut possible stipulé dans la lettre de crédit⁴²¹. De plus, la marchandise n'a jamais été expédiée⁴²². Ainsi, le juge a déclaré que ces documents étaient frauduleux⁴²³.

Enfin, les décisions américaines dans lesquelles la portée de l'exception de fraude est étudiée démontrent que l'approche des tribunaux américains est similaire à celle adopté par les tribunaux canadiens.

§ 3. En France

En France, la fraude dans la transaction est appliquée de manière, que nous considérons, très restrictive par les tribunaux. En ce qui concerne le crédit documentaire, certains auteurs soulèvent que l'exception de fraude dans la transaction est appliquée de manière très restrictive⁴²⁴ et d'autres vont jusqu'à affirmer qu'elle n'est pas reconnue⁴²⁵. Selon Stoufflet, la Cour de cassation a établi que « l'exécution du crédit peut être refusée lorsqu'il est établi que les marchandises expédiées ne correspondent pas à celle décrite dans les documents »⁴²⁶. Il souligne

⁴¹⁷ *Touche Ross & Co v. Manufacturers Trust Co.*, préc., note 414.

⁴¹⁸ *Brenntag Int'l Chems., v. Bank of India*, 175 F. 3d 245 (2d Cir. 1999).

⁴¹⁹ *Brenntag Int'l Chems., v. Bank of India*, préc., note 418, par. 3.

⁴²⁰ *Id.*

⁴²¹ *Id.*, par. 4.

⁴²² *Id.*, par. 5.

⁴²³ *Id.*, par. 17.

⁴²⁴ J.-L. ANGLADE, préc note 153, p. 281.

⁴²⁵ Marc LACOURSIÈRE, préc., note 347, p. 220.

⁴²⁶ Jean STOUFFLET, « Credit documentaire », *D. Répertoire de droit commercial* 2004 par. 117.

toutefois que : « L'exception de fraude ne peut être invoquée si la critique ne porte en fait que sur l'exécution du contrat commercial »⁴²⁷. Dans un arrêt du 13 février 2001, la Cour de cassation n'a pas admis l'exception de fraude dans un crédit documentaire irrévocable puisqu'il « n'était allégué aucune fraude portant sur la mise en place ou l'exécution du crédit documentaire, mais des actes étrangers à ce crédit, qui auraient été commis par la société bénéficiaire »⁴²⁸. Ainsi, la mise en place fait référence à l'ouverture de la lettre de crédit tandis que son exécution ou sa « réalisation » se concrétise par le « paiement, acceptation, négociation, etc. »⁴²⁹. Par conséquent, il n'est pas possible d'invoquer la fraude pour s'opposer au paiement, dans un crédit documentaire, en se basant uniquement sur le contrat de base⁴³⁰. Bref, la fraude dans la transaction impliquant un crédit documentaire doit également se refléter dans les documents sans quoi il ne sera pas possible de l'invoquer pour faire obstacle au paiement⁴³¹.

Ce n'est que très récemment, soit en 2006, que les lettres de garanties furent codifiées dans le Code civil français⁴³². En effet, l'article 2321 définit les lettres de garanties de la manière suivante : « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues »⁴³³. De plus, l'exception de fraude dans les lettres de garantie est codifiée dans le second paragraphe de cet article : « Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre »⁴³⁴. Cette codification révèle une particularité du droit français : l'abus de droit, susceptible de faire obstacle au paiement de la garantie, est explicitement reconnu. De plus, il est rédigé en termes généraux et ne fournit pas de détails concernant les situations considérées comme de la fraude

⁴²⁷ *Id.*, par. 118.

⁴²⁸ Cass. Com., 13 fev. 2001; Cass Com.,16 dec. 2008. Xavier DELPECH, « Crédit documentaire et fraude », D. 2009 p. 161. Cela avait déjà été affirmé par la cour de cassation dans une décision du 29 avril 1997. Cass. Com., 29 av. 1997.

⁴²⁹ X. DELPECH, préc., note 428, p. 161.

⁴³⁰ X. DELPECH, préc., note 428, p. 161. Comme le souligne Delpech, « Il faut en déduire négativement que la fraude ne peut être invoqué si elle se fonde sur « des actes étrangers à ce crédit » (...), en particulier sur un acte quelconque (formation, exécution, etc) se rattachant au contrat de base ». X. DELPECH, préc., note 428, p. 161. Voir également Jean STOUFFLET et Christian GAVALDA, *Droit Bancaire*, 9^e éd., Paris, LexisNexis, 2015, p. 590-591.

⁴³¹ J.-L. ANGLADE, préc note 153, p. 281-282.

⁴³² Art. 2321 C. civ. 2006.

⁴³³ *Id.*

⁴³⁴ Art. 2321 C. Civ. 2006.

ou de l'abus manifeste. Par conséquent, nous devons donc examiner la jurisprudence afin de déterminer les situations susceptibles d'entraîner l'exception de fraude.

Dans les lettres de garanties, l'exception de fraude dans la transaction a été établie et acceptée pour la première fois dans la décision de la Cour de cassation du 11 décembre 1985 car la demande de paiement de la garantie est faite à d'autres fins que celle pour laquelle elle a été établie⁴³⁵. Autrement dit, « [...] dès que la garantie va servir à un but autre que celui de la garantie, la fraude sera établie »⁴³⁶.

Par ailleurs, « la paralysie du paiement de la garantie n'est accordée que dans des cas exceptionnels : lorsque, dès le moment du paiement de la garantie, *l'absence totale de droit du bénéficiaire* au titre du rapport fondamental »⁴³⁷. Cela constituerait alors un abus de droit manifeste et de la mauvaise foi⁴³⁸. Dans un litige donnant lieu à la décision du 12 janvier 1993, la société Tengor a chargé la société Melair de vendre des billets pour un évènement⁴³⁹. Cette dernière a fait émettre une lettre de garantie afin de garantir le paiement des billets à une date prévue⁴⁴⁰. Or, l'évènement fut annulé et la société Tengor a demandé le paiement de la garantie⁴⁴¹. Par conséquent, l'appel de la garantie a été jugé frauduleux puisque l'évènement n'allait pas avoir lieu⁴⁴².

Cependant, plusieurs décisions de la Cour de cassation démontrent que le simple fait que le bénéficiaire demande le paiement de la lettre de garantie, malgré l'exécution du contrat sous-jacent, n'entraîne pas systématiquement l'application de l'exception de fraude⁴⁴³. En effet, dans l'arrêt du 21 mars 1985 la Cour de cassation a énoncé cela de façon très claire « le fait, même

⁴³⁵ Cass. Com., 11 dec. 1985. P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 108.

⁴³⁶ Stéphane PIEDELIEVRE, « Garantie à première demande », *D. Répertoire de droit commercial* 2021 par. 189. Cass. Com., 2 dec. 1997; Cass. Com., 10 juin 1986. Dans une décision du 18 avril 2000 la cour de cassation a jugé que « l'appel de la garantie était manifestement abusif dès lors qu'il était formulé en référence à l'inexécution d'un autre crédit que celui visé dans la lettre d'engagement ». Cass. Com., 18 av. 2000.

⁴³⁷ J.-L. ANGLADE, préc note 153, p. 279; R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 360.

⁴³⁸ Jean-Michel JACQUET, Philippe DELEBECQUE et Laurence USUNIER, *Droit du commerce international*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2021, p. 757.

⁴³⁹ Cass. Com., 12 jan. 1993.

⁴⁴⁰ *Id.*

⁴⁴¹ *Id.*

⁴⁴² Cass. Com., 12 jan. 1993; Cass. Com., 10 juin 1986 et Cass. Com., 11 dec 1985.

⁴⁴³ P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 113.

apparemment établi, que la société Fechoz ait rempli toutes ses obligations à l'égard de la société Saemco n'était pas de nature à dispenser la B.F.C.E. de l'exécution d'un accord dont les termes l'obligeaient à payer les sommes garanties à la banque Al Saoudi Al Fransi, à première demande sans aucune justification »⁴⁴⁴.

De plus, les différends entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre « [n]e caractérise pas l'existence d'un abus manifeste »⁴⁴⁵. À notre avis, la frontière entre une absence totale du droit du bénéficiaire au paiement et le fait que le contrat a été exécuté est très mince.

Enfin, il est important de souligner que de manière unanime les tribunaux des différents États étudiés considèrent que les allégations ou le simple risque de fraude ne sont pas suffisant pour justifier le refus de la banque d'honorer son engagement⁴⁴⁶.

Section 3 – La partie dont doit émaner la fraude

Aucune difficulté n'est soulevée lorsque la partie qui commet la fraude est le bénéficiaire lui-même. Nous l'avons constaté, les différentes juridictions sont unanimes à ce sujet : la fraude du bénéficiaire entraîne l'application de l'exception au principe d'autonomie. Toutefois, nous l'avons vu précédemment, les lettres de crédit et les lettres de garanties opèrent dans le cadre de transactions commerciales internationales et impliquent diverses parties. En effet, ces parties interviennent afin que la transaction commerciale sous-jacente se concrétise et participent

⁴⁴⁴ Cass. Com., 21 mai 1985.

⁴⁴⁵ Cass. Com., 18 dec. 1990.

⁴⁴⁶ Au Canada, l'affaire *C.D.N. Research and Development Ltd. v. Bank of Nova Scotia et al.*, démontre que la possibilité ou le risque de fraude est exclue de l'exception de fraude. *C.D.N. Research and Development Ltd. v. Bank of Nova Scotia et al.*, [1982] 39 O.R. (2d) 13 (Ont. H.C.). Par ailleurs, un risque de fraude n'est pas susceptible d'entraîner l'exception de fraude dans les tribunaux français. Voir à ce sujet : Stéphane PIEDELIEVRE, préc., note 436, par. 186; Cass. Com. 31 mai 2011; Michel VASSEUR, « Le simple risque de fraude manifeste ne suspend pas l'obligation au paiement des banques garante et contre-garante », D. 1999 p. 199. Les États-Unis ne considèrent pas le risque de fraude comme motifs pour empêcher une banque d'honorer le paiement. Voir notamment : *KMW International v. Chase Manhattan Bank*, préc., note 306. Le Royaume-Uni partage également cette position. *United Trading Corp SA and Murray Clayton Ltd v. Allied Arab Bank Ltd* (1985) 2 Lloyd's Rep 554 (CA) ; *Boliventer Oil S.A. v. Chase Manhattan Bank N.A. and Others* [1984] 1 W.L.R. 392 (CA) par. 257; *Malas and Another (Trading as Hamzeh Malas and Sons) v. British Imex Industries Ltd.*, [1958] 1 All ER 262 (CA) ; *Discount Records Ltd v. Barclays Bank Ltd and another*, préc., note 361. Sur le plan international, cela fut également reconnue dans la sentence arbitrale numéro 5649. Dans cette affaire, la banque alléguait que le rapport avait été obtenu de manière frauduleuse sans fondement ni preuve. Décision rendue dans l'affaire n° 5649, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1987.

également à la production de documents nécessaires à la réalisation du crédit documentaire ou de la garantie bancaire. En ce qui concerne les lettres de crédits, les tierces parties sont nombreuses et diversifiées, à titre d'exemple, le transporteur maritime chargé de remettre un connaissement, la compagnie chargée d'émettre des certificats d'inspection ou de qualité, etc. Dans le cadre d'une lettre de garantie, la fraude d'une tierce partie pourrait avoir lieu lorsque le paiement est conditionnel à la présentation de documents. Toutefois, elle est moins susceptible de se produire puisque le mode de paiement le plus fréquemment utilisé est la garantie à première demande. Ainsi, l'implication de ces différentes parties engendre un risque qu'ils commettent un acte frauduleux affectant la lettre de crédit ou lettre de garantie. Dans une telle situation, il y a lieu de se demander si la fraude de ces derniers est opposable au bénéficiaire ou s'il en est immunisé.

§ 1. Au Royaume-Uni et au Canada

Au Royaume-Uni et au Canada, la fraude d'une tierce partie n'est pas opposable au bénéficiaire. En effet, au Royaume-Uni, dans la décision *United City Merchants (Investments) Ltd and others v. Royal Bank of Canada and others*, Lord Diplock a affirmé que la fraude du transporteur maritime, qui avait falsifié la date d'embarquement de la marchandise, n'était pas opposable au bénéficiaire car ce dernier n'en avait pas connaissance⁴⁴⁷. Selon lui, élargir la portée de la fraude pour y inclure la fraude d'une tierce partie aurait pour effet de « *undermine the whole system of financing international trade by means of documentary credit* »⁴⁴⁸. En se référant à cette décision, la Cour suprême du Canada a également conclu que l'exception de fraude « ne devrait pas viser la fraude d'un tiers dont le bénéficiaire est innocent »⁴⁴⁹. Ainsi, la fraude d'un tiers entrainera l'exception uniquement s'il est prouvé que le bénéficiaire était impliqué ou qu'il en avait connaissance. Cette situation a eu lieu dans le cas de *Niru Battery Manufacturing Co. v.*

⁴⁴⁷ *United City Merchants (Investments) Ltd and others v. Royal Bank of Canada and others*, préc., note 321, par. 725. M. BRIDGE, préc., note 161, p. 2205.

⁴⁴⁸ *United City Merchants (Investments) Ltd and others v. Royal Bank of Canada and others*, préc., note 321, par. 726.

⁴⁴⁹ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, préc., note 43, par. 18. Cela a été réitéré dans plusieurs décisions notamment : *Crédit Lyonnais Canada c. First Mercantile Investment Corp.*, [1996] O.J. 4309 (Ont. Ct. Of J.); *Global Steel Ltd. v. Bank of Montreal*, [1999] A.J. 1268 (AB C.A.). et *ATL Industries Inc. V. Han Eol Ind. Co.*, préc., note 326.

*Milestone Trading Ltd.*⁴⁵⁰, est un exemple de fraude du bénéficiaire agissant en complicité avec une tierce partie. À la demande du bénéficiaire de la lettre de crédit, le transporteur a accepté d'émettre un connaissement sans avoir chargé la marchandise et la compagnie d'inspection a émis un certificat attestant la conformité ainsi que le chargement de celle-ci sur le navire⁴⁵¹. Par ailleurs, comme nous l'avons vu au premier chapitre, le paiement d'une lettre de crédit peut être accompagné d'une lettre de change. Ce qui apporte une sécurité au détenteur régulier car la fraude ne lui est pas opposable dans ces deux pays⁴⁵².

§ 2. Aux États-Unis

Les États-Unis ont adopté une position similaire au Royaume-Uni et au Canada. En effet, l'article 5-109 du UCC, cité précédemment, précise que la fraude doit provenir du bénéficiaire : « *honor of the presentation would facilitate a material fraud by the beneficiary on the issuer or applicant* »⁴⁵³. Toutefois, comme le souligne Gao, la façon dont cet article a été formulé a donné lieu à deux interprétations divergentes au sein de la doctrine⁴⁵⁴. D'une part, il pourrait être considéré que cet article exclut totalement la fraude d'une tierce partie⁴⁵⁵. D'autre part, certains pourraient soutenir que, selon cet article, la fraude s'appliquerait dans deux situations précises : le cas où un document est forgé et dans le cas où honorer le paiement faciliterait une fraude de la part du bénéficiaire⁴⁵⁶. Comme nous l'avons vu, un document peut avoir été falsifié par une autre partie que le bénéficiaire et sans que ce dernier soit impliqué. Ainsi, la fraude d'un tiers serait admise par le UCC⁴⁵⁷. Malgré cette ambiguïté soulevée dans la doctrine, à notre avis, la jurisprudence s'accorde, avec raison, avec la première conception et la position adoptée par le Royaume-Uni et le Canada selon laquelle seule la fraude du bénéficiaire peut empêcher le paiement de la lettre de crédit. En effet, dans les décisions *Aetna Life & Casualty Co. v.*

⁴⁵⁰ *Niru Battery Manufacturing Co. v. Milestone Trading Ltd.*, [2002] 2 All ER (Comm) 705 (QBD), par. 18.

⁴⁵¹ *Id.*

⁴⁵² *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, préc, note 43, par. 18; R. GOODE, préc., note 28, p. 994. *Barzelex Inc. c. M.E.C.S. International Inc.*, [1994] préc., note 324 ; *Banco Santander SA v. Bayfern Ltd.*, [2000] 1 All ER (Comm) 776 (CA).

⁴⁵³ UCC, préc., note 96, § 5-109. (Nous soulignons).

⁴⁵⁴ X. GAO, préc., note 101, p. 117.

⁴⁵⁵ *Id.*

⁴⁵⁶ *Id.*

⁴⁵⁷ *Id.*

Huntington Nat'l Bank et Harris Corp. v. National Iranian Radio & Television, les juges ont conclu que la fraude de la part de tierces parties n'est pas opposable au bénéficiaire s'il en est innocent⁴⁵⁸. Par ailleurs, comme nous l'avons mentionné précédemment, le UCC précise toutes les parties contre lesquelles il n'est pas possible d'invoquer l'exception de fraude notamment la banque confirmatrice et un détenteur régulier d'une traite⁴⁵⁹.

§ 3. En France

En ce qui concerne les lettres de garanties, comme mentionné précédemment, le Code civil français possède un article qui précise que la fraude du bénéficiaire est celle qui permet de libérer le garant d'honorer le paiement⁴⁶⁰. En effet, le Code civil français prévoit que : « Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre ». Toutefois, en ce qui concerne les lettres de crédit, cette question ne semble pas avoir été tranchée par les tribunaux français. De plus, il n'existe pas de consensus au sein de la doctrine. Alors que certains auteurs soutiennent que la fraude d'une tierce partie s'applique si le bénéficiaire en a eu connaissance⁴⁶¹, d'autres affirment que cette exception est également applicable dans le cas où la fraude commise par un tiers dont le bénéficiaire est innocent⁴⁶². Le raisonnement de cette dernière approche est que « la sincérité des documents est affectée » malgré l'innocence du bénéficiaire⁴⁶³. Par ailleurs, « Selon la jurisprudence française (Cass. Com. 29 avril. 1997), le cessionnaire s'expose à toutes les exceptions inhérentes au crédit documentaire, c'est-à-dire celles que le donneur d'ordre est en droit d'opposer au bénéficiaire, qui lui a cédé ses droits dans le crédit documentaire »⁴⁶⁴. En résumé, deux approches s'opposent dans la doctrine française : la fraude commise par un tiers, sans que le bénéficiaire en

⁴⁵⁸ *Aetna Life & Casualty Co. v. Huntington Nat'l Bank*, 934 F. 2d. 695 (6th Cir. 1991), par. 701 ; *Harris Corp. v. National Iranian Radio & Television*, préc., note 414, par. 1355.

⁴⁵⁹ UCC, préc., note 96, §5-109. « *If a presentation is made that appears on its face strictly to comply with the terms and conditions of the letter of credit, but a required document is forged or materially fraudulent, or honor would facilitate a material fraud by the beneficiary on the issuer or applicant [...]* ». UCC, préc., note 96, § 5-109.

⁴⁶⁰ Annie KHAYAT-TISSIER, « Lettre de garantie - Formule », (2020) Fasc 5080, *JCl. Contrats – Distribution*.

⁴⁶¹ J. STOUFFLET, préc., note 427, par. 119.

⁴⁶² J.-L. ANGLADE, préc note 153, p. 283.

⁴⁶³ J. STOUFFLET et C. GAVALDA, préc., note 430, p. 592.

⁴⁶⁴ Xavier DELPECH, « Précision sur l'appréciation de l'exception de fraude en matière de crédit documentaire », *D.* 2006 p. 1366.

ait connaissance, ne lui est pas opposable et la fraude qu'elle soit commise par un tiers ou le bénéficiaire entraîne l'exception de fraude⁴⁶⁵.

§ 4. La Convention

La Convention, formulée en termes généraux, est muette en ce qui concerne la fraude d'une tierce partie⁴⁶⁶. L'article 19 énonce que « 1. 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 ». En effet, cette dernière présente différentes situations qui pourraient entraîner l'exception de fraude et libérer le garant de son obligation de payer⁴⁶⁷. Ainsi, selon l'auteur Xiang Gao, la fraude s'applique dans les cas mentionnés par la convention et ce peu importe si le fraudeur est le bénéficiaire ou une tierce partie⁴⁶⁸. Toutefois, il est de notre avis que cet aspect qui n'est pas tranché par la convention, donne la possibilité aux différents tribunaux étatiques de se positionner sur la question.

Bref, la fraude dans les lettres de crédit se manifeste soit dans les documents soit dans la transaction. Il ressort de notre analyse que la fraude dans les documents est admise de manière unanime par les différentes juridictions étudiées. Comme nous l'avons vu, la fraude dans les documents se traduit généralement par la falsification de dates sur le document d'expédition ou les fausses signatures. La fraude dans la transaction, quant à elle, peut revêtir différentes formes. Dans un mécanisme de lettre de crédit, ce type de fraude survient entre autres lorsque les marchandises ne correspondent pas à celles qui ont été conclues dans le contrat de base ou sont considérées comme des déchets. Par contre, la fraude dans les lettres de garanties a lieu lorsque le bénéficiaire fait une demande sans avoir droit au paiement. C'est le cas notamment lorsque le risque couvert par la garantie ne s'est pas concrétisé. Enfin, la fraude d'une tierce partie n'est pas

⁴⁶⁵ Dominique LEGAIS, « Fasc. 366 : Crédit documentaire », JCl. Commercial 2015 par. 100.

⁴⁶⁶ X. GAO, préc., note 101, p. 117.

⁴⁶⁷ CNUDCI, préc., note 163.

⁴⁶⁸ X. GAO, préc., note 101, p. 117.

opposable au bénéficiaire innocent au Royaume-Uni, au Canada et aux États-Unis. Par contre, en France cette question n'est pas encore tranchée.

Chapitre 2 – Les recours possibles en cas de fraude

Après avoir examiné de quelle façon survient la fraude dans les deux mécanismes étudiés, soit les lettres de crédit et les lettres de garantie, notre étude se consacrera aux recours possibles pour la victime de fraude. Qu'elle soit commise dans le contexte d'un crédit documentaire ou d'une lettre de garantie, la fraude affectera principalement le donneur d'ordre car celui-ci, comme nous l'avons vu précédemment, a l'obligation de rembourser l'émetteur. Lorsque le donneur d'ordre est victime de fraude plusieurs options s'offrent à lui selon le contexte. Le recours approprié pour ce dernier sera déterminé en fonction du moment de découverte de la fraude et des circonstances qui l'entourent. Ainsi, nous allons étudier, dans un premier temps, le recours possible lorsque ce dernier découvre la fraude avant que le paiement ait eu lieu. Dans un second temps, nous allons nous pencher sur les différents recours qui s'offrent à lui lorsque la découverte de la fraude survient après le paiement de la lettre de crédit ou de la lettre de garantie.

Section 1 – Les recours avant paiement

Dans l'éventualité où la fraude est découverte avant que le paiement n'ait eu lieu, le donneur d'ordre peut intervenir directement auprès de l'institution financière ou auprès d'un tribunal. Il est possible, nous l'avons vu précédemment, qu'une deuxième institution financière, se trouvant dans le même État que le bénéficiaire, soit impliquée dans le mécanisme de paiement. Dans ce cas, la fraude devra être portée à la connaissance de cette deuxième institution financière avant que celle-ci n'exécute le paiement. Dans le cas contraire, le donneur d'ordre devra se prévaloir des recours disponibles après le paiement. Dans l'hypothèse où ce dernier découvre la fraude avant le paiement du document bancaire, il peut d'abord, intervenir auprès de la banque et lui donner la consigne de ne pas le payer. De plus, il est également possible pour le donneur d'ordre de saisir le tribunal compétent pour émettre une ordonnance visant à empêcher le paiement. Il pourra alors choisir parmi plusieurs recours selon les circonstances : l'injonction,

l'injonction Mareva, l'injonction Anton Piller et la saisie avant jugement. Nous aborderons chacun de ces recours en mentionnant notamment le fardeau de preuve requis pour leur application.

§ 1. Le recours auprès de l'institution financière

La première option qui s'offre au donneur d'ordre est de porter la fraude à la connaissance de l'émetteur du document bancaire et de lui demander de ne pas honorer le paiement. Afin d'empêcher la banque de payer, il ne suffit pas de lui en faire la demande. En effet, le donneur d'ordre doit prouver la fraude. Malgré l'utilisation de terminologies différentes, les quatre juridictions étudiées s'entendent sur un fardeau de preuve considérablement élevé. Au Canada, lorsque la banque doit elle-même utiliser son jugement et décider si elle doit honorer le paiement selon les informations reçues, le donneur d'ordre doit apporter une preuve de la fraude afin de « rendre l'acte frauduleux clair et évident aux yeux de la banque »⁴⁶⁹. Le raisonnement qui justifie que le fardeau de preuve est plus élevé lorsqu'une demande de ne pas honorer le paiement est adressé directement à la banque est que cette dernière ne s'est pas engagée à prendre action et à mener une enquête afin de déterminer si la demande est frauduleuse ou non⁴⁷⁰. En effet, nous avons vu que, selon les principes applicables aux lettres de crédit et aux garanties bancaires, le rôle d'une banque se limite à contrôler la régularité des documents, sans plus. Cela est expliqué avec précision par le juge Le Dain de la Cour suprême du Canada de la façon suivante :

« À mon avis, cette distinction se justifie par la situation difficile de la banque émettrice, en ce qui concerne la fraude, par comparaison avec celle d'un tribunal saisi d'une demande d'injonction interlocutoire. Compte tenu de l'obligation stricte de la banque émettrice d'honorer une traite qui est accompagnée de documents apparemment conformes, du fait que la décision d'effectuer ou non le paiement doit en règle générale être prise rapidement et de la difficulté dans un grand nombre de

⁴⁶⁹ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, préc., note 43, par. 19. Le juge Le Dain se réfère notamment à la décision anglaise *Edward Owen Engineering Ltd v. Bank International Ltd.*, dans laquelle il est établi que : « *To this general principle there is an exception in the case of what is called established or obvious fraud to the knowledge of the bank* ». *Edward Owen Engineering Ltd v. Bank International Ltd.*, préc., note 96, par. 981. Aux États-Unis, dans *Old Colony Trust Co. v. Lawyer's Title & Trust Co.* le juge a affirmé que « *Obviously, when the issuer of a letter of credit knows that a document, although correct in form, is, in point of fact, false or illegal, he cannot be called upon to recognize such a document as complying with the terms of a letter of credit* ». *Old Colony Trust Co. v. Lawyer's Title & Trust Co.*, préc., note 338, par. 158. En France, les termes de fraude « manifeste » ou encore de « crève les yeux » sont utilisés afin de qualifier ce qui justifierait un refus d'honorer le paiement de la banque émettrice. J.-L. ANGLADE, préc., note 153, p. 284 et R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 361.

⁴⁷⁰ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 421.

cas de se faire une opinion, qui pourrait servir de fondement à une action en justice, quant à savoir s'il y a eu fraude du bénéficiaire du crédit, il serait, à mon avis, injuste et déraisonnable d'exiger moins du client en matière de preuve d'une fraude alléguée»⁴⁷¹.

De plus, la banque émettrice se trouve dans une position délicate puisqu'elle peut, soit faire face à une poursuite de la part du donneur d'ordre si elle a payé et qu'il est jugé subséquemment que la fraude a été établie à cette dernière de façon claire et évidente, soit être tenue à verser des dommages et intérêts si elle a refusé, à tort, de payer le bénéficiaire⁴⁷². Ainsi, le fardeau de preuve élevé exigé afin d'empêcher une institution financière d'honorer le paiement est amplement justifié à notre avis. Toutefois, il est important de souligner que l'institution émettrice n'est pas obligée d'acquiescer à la demande du donneur d'ordre si elle estime que la fraude ne lui a pas été établie de façon claire et évidente⁴⁷³. Ainsi, lorsque l'émetteur décide de payer, il « [...] n'engage évidemment pas sa responsabilité en exécutant son obligation, à moins qu'il soit établi qu'elle n'ignorait pas le caractère manifestement abusif de l'appel de la garantie ou qu'elle ait, par inadvertance, exécuté une garantie périmée »⁴⁷⁴.

Cette première option, d'empêcher le paiement du document bancaire, n'est pas la plus susceptible de succès, et ce, pour deux raisons. D'abord, le fardeau de preuve est très élevé et le donneur d'ordre ne dispose généralement que de très peu de temps pour établir la fraude auprès de la banque avant que la demande de paiement ne soit faite par le bénéficiaire. Ensuite, dans la majorité des cas, la banque informera son client qu'elle a l'obligation de payer⁴⁷⁵ et qu'elle encourt une responsabilité si son refus de payer est jugé injustifié⁴⁷⁶. Elle préférera ainsi dire au donneur d'ordre d'utiliser la voie judiciaire. Il n'est toutefois pas impossible que la banque refuse d'honorer le paiement après que le donneur d'ordre est porté à la connaissance de celle-ci la fraude du bénéficiaire. En effet, comme le démontre l'affaire *Tukan Timber v. Barclays Bank*, la

⁴⁷¹ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, préc., note 43, par. 19.

⁴⁷² J-Laurent ANGLADE, préc., note 153, p. 285.

⁴⁷³ J-Laurent ANGLADE, préc., note 153, p. 285.

⁴⁷⁴ P. SIMLER, préc., note 220, par. 51.

⁴⁷⁵ L. SARNA, préc., note 28, p. 8-12.

⁴⁷⁶ Les commentaires officiels du UCC résume adéquatement cela : « *Because issuers may be liable for wrongful dishonor if they are unable to prove forgery or material fraud, presumably most issuers will choose to honor despite applicant's claims of fraud or forgery unless the applicant procures an injunction* ». *Uniform Commercial Code*, Official comment, par. 2.

banque a refusé de payer car les signatures présentées sur les documents étaient fausses⁴⁷⁷. Dans une autre décision rendue par les tribunaux américains, la banque a également refusé d'honorer une demande de paiement jugée frauduleuse⁴⁷⁸.

Toutefois, cette première étape est importante puisque comme le souligne Goudreau, elle «[...] permet au donneur d'ordre de se positionner face à une demande ultérieure en remboursement de la part du garant, advenant qu'il ait procédé au paiement, malgré sa connaissance du caractère frauduleux de ladite demande de paiement du bénéficiaire »⁴⁷⁹. Autrement dit, la banque engage sa responsabilité s'il est jugé que le donneur d'ordre avait établi de façon claire et évidente la fraude du bénéficiaire avant que cette dernière ne procède au paiement. Donc, comme nous le verrons plus en détail dans le chapitre suivant, cette étape est primordiale pour un recours après paiement.

Comme nous l'avons vu précédemment, les lettres de crédit et les lettres de garantie peuvent impliquer deux institutions financières dont une se trouve dans l'État du donneur d'ordre et l'autre se situe dans l'État du bénéficiaire⁴⁸⁰. Dans cette situation, le donneur d'ordre qui souhaite empêcher le paiement du document bancaire doit faire la demande de ne pas payer et apporter la preuve de la fraude à la banque contre-garante (ou la banque émettrice dans le cas d'une lettre de crédit) avant que la banque garante (ou la banque confirmatrice) n'ait procédé au paiement⁴⁸¹. Cela permettra à la banque contre-garante de faire la demande à la banque garante de ne pas procéder au paiement⁴⁸². Dans le cas où le paiement a été effectué par la banque garante (ou la banque confirmatrice), la banque contre-garante (ou la banque émettrice) sera

⁴⁷⁷ *Tukan Timber v. Barclays Bank*, préc., note 324.

⁴⁷⁸ *Societe Anonyme Marocain De l'industrie du raffinage v Bank of Am. N.A.* La lettre de crédit standby avait pour but de couvrir l'éventualité de défaut de paiement de la deuxième facture commerciale équivalent à 70% de la valeur totale de la marchandise (par. 2). La lettre de crédit standby stipulait également que « *it would be reduce by the amount of "any payment" made by the Bank in favor of Petraco* » (par. 3). Toutefois, le paiement eu lieu mais le bénéficiaire présenta plusieurs demande de paiement, en vertu de la lettre de crédit standby, que la banque refusa de payer. Le juge a conclu que la banque était en droit de refuser le paiement puisque : « *Petraco's conduct raises a serious showing of fraud* ». *Societe Anonyme Marocain De l'industrie du raffinage v Bank of Am. N.A.* Sup. Ct., N.Y. Co., N.Y. 2016 par. 15.

⁴⁷⁹ P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 127.

⁴⁸⁰ Ce qui est le cas lorsque la lettre de crédit est confirmée ou notifiée par une seconde banque ou lorsqu'une lettre de garantie est indirecte. Voir à ce sujet les chapitres 1 et 2 du présent mémoire.

⁴⁸¹ J.-P. MATTOU, préc., note 86, p. 317.

⁴⁸² *Id.*, p. 317.

dans l'obligation de rembourser cette dernière et le donneur d'ordre devra à son tour rembourser son institution financière⁴⁸³. Par conséquent, ce dernier devra se tourner vers un recours après paiement que nous examinerons dans la seconde section de ce chapitre.

§ 2. Les recours auprès d'une institution judiciaire

En cas de fraude alléguée du bénéficiaire, le donneur d'ordre peut également s'adresser aux les tribunaux afin d'empêcher le paiement de la lettre de garantie. Dans la majorité des cas, ce dernier se tournera vers une institution judiciaire après avoir donné l'ordre à la banque émettrice de ne pas payer et que cette dernière lui a demandé d'obtenir un ordre émanant d'une institution judiciaire⁴⁸⁴. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la banque émettrice se trouve face à un dilemme et préférera généralement ne pas rompre son engagement de payer ce qui pourrait nuire à sa réputation internationale. De plus, nous l'avons vu, la banque ne dispose que d'un court délai pour effectuer le paiement lorsqu'une demande lui est présentée⁴⁸⁵. Ainsi, « les praticiens se sont tournés vers les mesures judiciaires provisionnelles, qui seules sont aptes à bloquer le paiement à temps »⁴⁸⁶. Ces différentes mesures sont généralement temporaires et accessoires à un recours principal qui tranchera le litige⁴⁸⁷. L'utilisation de ces dernières a rapidement fait consensus sur le plan international, ce qui se reflète par leur intégration dans la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by à l'article 20 :

« 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 des éléments de preuve sérieux immédiatement disponibles :

- a) Prononcer une mesure provisoire ou conservatoire tendant à ce que le bénéficiaire ne reçoivent 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,

⁴⁸³ J.-P. MATTOU, préc., note 86, p. 317; L. SARNA, préc., note 28, p. 8-16.

⁴⁸⁴ L. SARNA, préc., note 28, p. 8-12.

⁴⁸⁵ T. ROSSI, préc., note 204, p. 137.

⁴⁸⁶ *Id.*

⁴⁸⁷ *Id.*

en prenant en considération le risque de préjudice grave que le donneur d'ordre courrait à défaut d'une telle mesure»⁴⁸⁸.

Les mesures provisionnelles qui seront étudiées ici sont l'injonction, l'injonction Mareva, l'injonction Anton Piller et la saisie avant jugement. Nous allons définir chacun de ses recours et les conditions qui doivent être respectées afin qu'ils soient mis en place. Ces conditions s'appliquent tant aux lettres de crédit qu'aux lettres de garantie.

A) L'injonction

Le donneur qui souhaite empêcher la banque émettrice d'honorer le paiement peut saisir le tribunal compétent en vue d'obtenir une injonction. Ce recours est défini à l'article 509 du *Code de procédure civile du Québec* (C.p.c.) de la manière suivante :

« L'injonction est une ordonnance de la Cour supérieure enjoignant à une personne ou, dans le cas d'une personne morale, d'une société ou d'une association ou d'un autre groupement sans personnalité juridique, à ses dirigeants ou représentants, de ne pas faire ou de cesser de faire quelque chose ou d'accomplir un acte déterminé »⁴⁸⁹.

Dans le contexte d'un litige concernant une lettre de garantie, l'ordre de ne pas faire concernera généralement le paiement. Le donneur d'ordre peut également demander qu'une injonction soit émise contre le bénéficiaire de la lettre de garantie, empêchant de dernier de faire une demande de paiement. Il existe trois types d'injonctions qui diffèrent selon leur durée : l'injonction provisoire, interlocutoire et permanente. Une injonction provisoire sera d'une prononcée pour une durée de 10 jours⁴⁹⁰. Ensuite, l'injonction interlocutoire, qui est la plus utilisée dans les différends impliquant une lettre de garantie, perdurera jusqu'à ce qu'un

⁴⁸⁸ CNUDCI, préc., note 163, art. 20. Nous soulignons.

⁴⁸⁹ *Code de procédure civile du Québec*, art. 509. Aux États-Unis l'article 5-109 (b) du UCC prévoit que : « *If an applicant claims that a required document is forged or materially fraudulent or that honor of the presentation would facilitate a material fraud by the beneficiary on the issuer or applicant, a court of a competent jurisdiction may temporarily or permanently enjoin the issuer from honoring a presentation or grant similar relief against the issuer or other persons...* ». (Nous soulignons). UCC, préc., note 96, § 5-109.

⁴⁹⁰ C.p.c., préc., note 471, art. 510, par. 2.

jugement final ne soit prononcé afin de préserver le *statu quo*⁴⁹¹. Enfin, l'injonction permanente est celle qui met fin au litige⁴⁹².

Les critères à satisfaire pour l'émission d'une injonction interlocutoire sont énoncés à l'article 511 du Code de procédure civile de la manière suivante:

« L'injonction interlocutoire peut être accordée si celui qui la demande paraît y avoir droit et si elle est jugée nécessaire pour empêcher qu'un préjudice sérieux ou irréparable ne lui soit causé ou qu'un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement au fond inefficace ne soit créé »⁴⁹³.

Ainsi, deux conditions se dégagent de cet article afin qu'un tribunal accorde ce type d'injonction et, comme nous le verrons ci-après, un troisième critère a émergé de la jurisprudence. D'abord, le donneur d'ordre doit établir l'apparence du droit qu'il invoque⁴⁹⁴. Plus précisément, dans le cadre des lettres de garantie, la Cour suprême du Canada a établi que ce dernier doit fournir une « solide preuve *prima facie* de fraude »⁴⁹⁵. À ce stade, le tribunal tient pour acquis les faits qui sont mentionnés dans l'affidavit⁴⁹⁶. Dans la décision *930154 Ontario Inc. v Onofri*, le juge Farley précise le fardeau de preuve de la manière suivante: « [...] *the fraud does not have to be proven in the sense that it would have to be proven at trial. To be successful the Plaintiffs though would have to show that on the basis of the material in the record that there was a strong prima facie case of fraud entitling the Plaintiffs to an interlocutory injunction against payment on the letter of credit at this time* »⁴⁹⁷. À titre d'illustration, les tribunaux anglais, quant à eux, sont plus sévères en ce qui concerne ce premier critère : pour ces derniers, le fardeau est le même que pour empêcher la banque d'honorer le paiement, la fraude doit être clairement

⁴⁹¹ Danielle FERRON, Mathieu PICHÉ-MESSIER et Lawrence A. POITRAS, « *L'injonction et les ordonnances Anton Piller, Mareva et Norwich* », LexisNexis Canada, 2009.

⁴⁹² P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 129.

⁴⁹³ C.p.c., préc., note 471, art. 511.

⁴⁹⁴ P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 128.

⁴⁹⁵ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, préc., note 43, par. 19.

⁴⁹⁶ En effet, l'auteur Lazard Sarna soutient que : « *Although there is no presumption of fraud in law, the facts alleged by affidavit proof may give rise to such presumption. Furthermore, the failure of the defendant either to appear or contest the application for injunction, especially where large sums of money are involved, tends to strengthen the presumption of fraud already created* ». L. SARNA, préc., note 28, p. 8-12. Cela est également le cas aux États-Unis. *Sztejn v J. Henry Schroder Banking Corp.*, préc., note 96, par. 633.

⁴⁹⁷ *930154 Ontario Inc. v Onofri*, [1994] O.J. No. 2095.

établie⁴⁹⁸. Dans la décision *United Trading Corpn SA and Murray Clayton Ltd v. Allied Arab Bank Ltd.*, le juge Ackner a présenté les lignes directrices pouvant mener à l'application de l'exception de fraude : « *We would expect the Court to require strong corroborative evidence of the allegation, usually in the form of contemporary documents, particularly those emanating from the buyer* »⁴⁹⁹. De plus, une demande d'injonction ne sera pas accordée dans le cas où la banque n'a pas l'intention de payer⁵⁰⁰, et ce, même si la demande de paiement est considérée comme frauduleuse et qu'elle avait été portée à la connaissance de cette banque de façon claire et évidente⁵⁰¹. Par conséquent, « L'on comprend maintenant la difficulté qu'éprouve l'intéressé à obtenir une injonction en Angleterre pour contrer la fraude du bénéficiaire d'une lettre de crédit irrévocable »⁵⁰². Bref, si ce premier critère, soit l'établissant une solide preuve à première vue de fraude, n'est pas satisfait, l'injonction ne sera pas accordée⁵⁰³.

Ensuite, le donneur d'ordre doit prouver qu'il subirait un préjudice irréparable si la demande d'injonction est rejetée⁵⁰⁴. Ce deuxième critère à satisfaire prend en considération plusieurs éléments. Parmi ceux-ci, les tribunaux analysent l'aspect financier du litige. Plus précisément, un préjudice sera qualifié d'irréparable notamment lorsqu' « il pourrait résulter des problèmes de liquidités ou d'emprunts importants »⁵⁰⁵ pour le demandeur. Aux États-Unis, on a

⁴⁹⁸ *United Trading Corpn SA and Murray Clayton Ltd v. Allied Arab Bank Ltd*, préc., note 446. *Discount Records Ltd v. Barclays Bank Ltd*, préc., note 361, par. 1074. *Edward Owen Engineering Ltd v. Bank International Ltd.*, préc., note 96; *TTI Team Telecom International Ltd and another v. Hutchison 3G UK Ltd*, préc., note 375, par. 930. Nelson ENONCHONG « The Problem of Abusive Calls on Demand Guarantees », (2007) *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 83, p. 85 ; M. POMERLEAU, préc., note 333.

⁴⁹⁹ *United Trading Corpn SA and Murray Clayton Ltd v. Allied Arab Bank Ltd*, préc., note 446. Le juge ajoute également que : « *In general, for the evidence of fraud to be clear, we would also expect the buyer to have been given an opportunity to answer the allegation and to have failed to provide any, or any adequate answer in circumstances where one could properly be expected. If the Court considers that on material before it the only realistic inference to draw is that of fraud, the the seller would have made out a sufficient case of fraud* » *United Trading Corpn SA and Murray Clayton Ltd v. Allied Arab Bank Ltd*, préc., note 446, p. 561. Réitérer notamment dans *Kvaerner John Brown Ltd v. Midland Bank plc and another.*, préc., note 332.

⁵⁰⁰ *Tukan Timber v. Barclays Bank*, préc. note 324, p. 176

⁵⁰¹ Dans cette affaire, *Tukan Timber Ltd v Barclays Bank Plc*, les signatures avaient été forgées en vue d'obtenir le paiement de la lettre de crédit. Le juge Hirst a conclu que « [...] *the only realistic inference is that Unibanco S.A. could not have honestly believed that this document purportedly emanating from its subsidiary, Unibanco Trading S.A., was valid, and that this is known to the bank* ». *Tukan Timber v. Barclays Bank*, préc. note 324, p. 176.

⁵⁰² M. POMERLEAU, préc., note 333, p. 130.

⁵⁰³ Voir par exemple: *Casatex inc. c. Sufi Weaving Industries (PVT) Ltd.*, préc., note 328 ; *Fiberex Technologies Inc. v. Banque de Montreal*, préc., note 395, par. 33. *Hokanson Capital Inc. v. Amen Construction Ltd.*, préc., note 397.

⁵⁰⁴ R. CHAGNON., préc., note 63, p. 75.

⁵⁰⁵ *Ensyn Technologies inc. c. IMTT-Québec inc.*, préc., note 332, par. 30.

jugé de façon similaire, dans la décision *Cherubino Valsangiacomo S.A. v. Americana Juice Import* que : « *Imminent, irreparable injury may be proven by showing that without equitable relief, the applicant would suffer insolvency or bankruptcy, or would be unable to finance its lawsuit against the defendant, or would endure damages which are difficult to calculate, such as lost of profits* »⁵⁰⁶. Toutefois, le préjudice ne sera pas considéré comme irréparable si un recours en justice satisfaisant est possible pour le donneur d'ordre afin de récupérer les sommes en jeu⁵⁰⁷. À titre d'exemple, dans la décision *Foxboro Co. v. Arabian American Oil Co.*, rendu par les tribunaux américains, le contrat sous-jacent contenait une clause compromissoire et le juge a considéré que le donneur d'ordre possédait un recours satisfaisant⁵⁰⁸. Cependant, à notre avis, la clause d'arbitrage n'empêche pas qu'un préjudice irréparable survienne et seuls les tribunaux peuvent émettre des injonctions. Ainsi, si le tribunal juge que le donneur d'ordre a la possibilité de poursuivre le bénéficiaire devant les tribunaux et qu'il n'a pas démontré que le bénéficiaire ne possède pas suffisamment d'actif ou qu'il ne serait pas disposé à payer, le critère de préjudice irréparable ne sera pas atteint⁵⁰⁹. Par contre, certaines situations sont susceptibles de rendre un recours impossible ou inefficace pour le donneur d'ordre. Par exemple, lors de la crise iranienne, les juges américains ont accordé des injonctions puisque malgré que le contrat contenait une clause d'élection de for désignant les tribunaux iraniens comme compétents pour entendre leur litige, le juge a conclu que : « *Iteks effort to recover money that Itek is legally owed through the Iranian courts would be futile* »⁵¹⁰. Une autre situation dans laquelle un préjudice irréparable dont « le jugement final ne pourra remédier » est illustré par le fait que si la banque paye la traite « la

⁵⁰⁶ *Cherubino Valsangiacomo S.A. v. Americana Juice Import*, préc., note 411, par. 15.

⁵⁰⁷ *Foxboro Co. v. Arabian American Oil Co.*, 805 F. 2d. 34 (1s Cir. 1986) par. 6.

⁵⁰⁸ *Id.*

⁵⁰⁹ *Id.*, par. 7. En effet, le juge Torruella, après avoir exposé différents recours qui s'offre au demandeur, a rejeté la demande d'injonction puisque ce dernier « [...] *has several avenues open to recover any money due from the allegedly fraudulent demand* » (par. 7). *Id.*

⁵¹⁰ *Itek Corp. v. First National Bank of Boston*, préc., note 414, par. 9. Dans une autre décision qui a également eu lieu dans le contexte de la crise iranienne, le juge a résumé cette situation de la façon suivante : « *It is clear that the Islamic regime now governing Iran has shown a deep hostility toward the United States and its citizens, thus making effective access to the Iranian courts unlikely* » *Harris Corp. v. National Iranian Radio & Television*, préc., note 414, par. 1357.

demanderesse se retrouvera avec un recours au Québec pour recouvrer des fonds dorénavant hors d'atteinte et situés à l'extérieur de la juridiction des tribunaux de la province de Québec »⁵¹¹.

Enfin, le donneur d'ordre « doit établir que la balance des inconvénients lui est favorable »⁵¹². Ce critère n'est pas obligatoire, mais il sera pris en considération lorsque le droit apparent n'est pas clair⁵¹³. Plus précisément, cela signifie que le juge évaluera quelle partie subirait un préjudice plus grand dans le cas où la décision n'est pas accordé en sa faveur. Ainsi, il examinera si les inconvénients que subirait le donneur d'ordre s'il ne lui accorde pas l'injonction et que la fraude est établie dans un jugement son plus important que ceux que supporterait le bénéficiaire s'il accorde l'injonction et que la fraude n'est pas établie⁵¹⁴. Dans l'affaire *Themehelp Ltd. v. West and Others*, le juge Waite procède à l'évaluation de la balance des inconvénients pour les deux parties⁵¹⁵. Dans un premier temps, le garant serait dans l'obligation d'effectuer le paiement et le donneur d'ordre se retrouverait dans une situation précaire car son cocontractant ne se situe pas nécessairement dans le même État et il n'est pas certain qu'il possède les fonds nécessaires pour le dédommager si tel est le cas⁵¹⁶. À l'inverse, les inconvénients qu'entraînerait l'injonction pour le bénéficiaire sont moins importants puisqu'il pourrait demander le paiement de la garantie et en recouvrir les dommages pour retard de paiement⁵¹⁷. Par conséquent, la balance des inconvénients penche en la faveur du demandeur⁵¹⁸. Généralement, lorsque le donneur d'ordre souhaite se prévaloir d'une injonction et qu'il a satisfait aux deux premiers critères, la balance des inconvénients penchera en sa faveur⁵¹⁹.

⁵¹¹ *Alessandra Yarns, l.l.c. c. Tongxiang Boading Textile Co. Ltd.*, préc., note 384, par. 58.

⁵¹² P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 128.

⁵¹³ D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. A. POITRAS, préc., note 491.

⁵¹⁴ P. GOUDREAU, préc., note 133, p. 129.

⁵¹⁵ *Themehelp Ltd. v. West and Others*, préc., note 372, par. 229. Un autre exemple est l'affaire *Alessandra Yarns, l.l.c. c. Tongxiang Boading Textile Co.*, dans laquelle la balance des inconvénients est en faveur du donneur d'ordre puisque sans ordonnance de sauvegarde « les fonds en litige pourront se retrouver hors de la portée des tribunaux québécois » *Alessandra Yarns, l.l.c. c. Tongxiang Boading Textile Co. Ltd.*, préc., note 384, par. 62.

⁵¹⁶ *Themehelp Ltd. v. West and Others*, préc., note 372, par. 229.

⁵¹⁷ *Id.*

⁵¹⁸ *Id.*

⁵¹⁹ *Ensyn Technologies inc. c. IMTT-Québec inc.*, préc. note 332; *Alessandra Yarns, l.l.c. c. Tongxiang Boading Textile Co. Ltd.*, préc., note 384; *Themehelp Ltd. v. West and Others*, préc., note 372.

Le donneur d'ordre peut demander une injonction afin d'éviter que la banque puisse honorer le paiement mais il lui est également possible d'utiliser ce recours afin d'empêcher le bénéficiaire de faire une demande de paiement⁵²⁰. Intenter d'obtenir une injonction contre le bénéficiaire présente un avantage pour le demandeur car il n'aura pas à prouver qu'il a suffisamment établi la fraude à la connaissance de la banque. Toutefois, les autres critères à satisfaire sont les mêmes que pour demande d'injonction contre la banque⁵²¹. Par contre, il est important de souligner qu'en matière de lettres de crédit, les injonctions contre le bénéficiaire peuvent s'avérer inefficaces lorsque ce dernier a déjà transféré la lettre de crédit à un tiers qui devient détenteur régulier d'une traite et contre lequel il n'est pas possible d'invoquer l'exception de fraude. Le premier cas dans lequel un juge a accordé une injonction contre le bénéficiaire fut le cas anglais *Themehelp Ltd. v. West and Others*⁵²². Cette décision a amené certains auteurs à affirmer que les tribunaux anglais se montrent plus souples lorsqu'il s'agit d'une demande d'injonction contre le bénéficiaire et plus sévère lorsque la demande est contre l'émetteur⁵²³.

Un recours accessoire à l'injonction que le donneur d'ordre peut demander au tribunal, avant que le paiement n'ait eu lieu, est une ordonnance de sauvegarde⁵²⁴. Ce type de recours est défini comme étant « [...] une mesure judiciaire discrétionnaire exceptionnelle qui n'est accordée qu'en cas d'urgence. Elle est rendue pour des fins conservatoires et vise à préserver le droit des parties au litige. L'objectif de l'ordonnance de sauvegarde est de maintenir le statu quo ou de rétablir l'équilibre entre les parties »⁵²⁵. En vertu de l'article 49 du *Code de procédure civile*, le juge a un pouvoir discrétionnaire pour l'émission d'une telle ordonnance et celle-ci peut être prononcée pour la durée et dans les conditions qu'il considère nécessaires⁵²⁶. Dans la décision

⁵²⁰ S. LAZARD, préc., note 7, p. 8-1 et 8-17.

⁵²¹ Cela a été affirmé par le juge Rix dans l'affaire *Czarnikow-Rionda Sugar Trading Inc. v Standard Bank London Ltd.*

⁵²² *Themehelp Ltd. v. West and Others*, préc., note 372. Ce qui a également été appliqué au Canada notamment dans l'affaire *430872 BC LTD v New Home Warranty. 430872 B.C. Ltd. v. New Home Warranty of British Columbia Inc.*, préc., note 378.

⁵²³ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 432.

⁵²⁴ C.p.c., préc., note 471, art. 49. Par ailleurs, en vertu de l'article 623 du Code de procédure civile « Le tribunal peut, sur demande, accorder avant ou pendant la procédure d'arbitrage, des mesures provisionnelles ou des ordonnances de sauvegarde ». *Id.*, art. 623.

⁵²⁵ *Droit de la famille* –201382, 2020 J.Q. no 6551.

⁵²⁶ C.p.c., préc., note 471, art. 49.

Alessandra Yarns, I.I.c. c. Tongxiang Boading Textile Co. Ltd., le juge Dugré mentionne que pour qu'une ordonnance de sauvegarde puisse être émise quatre conditions doivent être remplies par le demandeur, soit : « (1) l'urgence; (2) une question sérieuse à juger ou en apparence de droit; (3) un préjudice irréparable ou la création d'une situation à laquelle le jugement final ne pourra pas remédier; (4) si le droit apparent est douteux, la prépondérance des inconvénients le favorise »⁵²⁷. Ainsi, le donneur d'ordre qui cherche à se prévaloir de ce recours devra démontrer dans un premier temps le caractère urgent de sa demande⁵²⁸. Cela ne sera généralement pas difficile à satisfaire par ce dernier, que ce soit dans le cas d'une lettre de crédit ou d'une lettre de garantie puisque « *the delay for the issuer to pay is imminent* »⁵²⁹. Nous n'examinerons pas les autres critères à satisfaire dans le cadre d'une ordonnance de sauvegarde puisqu'ils sont identiques à ceux présentés précédemment pour une injonction.

B) L'injonction Mareva

Dans certaines circonstances, le donneur d'ordre qui allègue une fraude préférera demander une injonction Mareva. Ce type d'injonction est issu de la Common Law anglaise⁵³⁰. Ce recours « vise à interdire au défendeur de disposer de ses actifs, peu importe où ils se situent, pourvu qu'il existe entre le demandeur et le défendeur une cause d'action qui puisse se régler devant les tribunaux du ressort où l'ordonnance est recherchée »⁵³¹. Le juge Lawton a expliqué la problématique à laquelle peuvent faire face les commerçants internationaux de la manière suivante:

« Nowadays defaulting on debts has been made easier for the foreign debtor by the use of corporations, many of which hide the identities of those who control them, and of so-called flags of convenience together with the development of world wide banking and swift communications. By a few words spoken into a radio telephone or tapped out on a telex machine bank balances can be transferred from one country to another and within seconds can come to rest in a bank which is

⁵²⁷ *Alessandra Yarns, I.I.c. c. Tongxiang Boading Textile Co. Ltd.*, préc., note 384, par. 38.

⁵²⁸ S. LAZARD, préc., note 28, p. 8-11.

⁵²⁹ *Id.*

⁵³⁰ D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. A. POITRAS, préc., note 491. Ce type d'injonction est l'équivalent de la saisie-arrêt en droit civil. M. POMERLEAU, préc., note 333, p. 133.

⁵³¹ Pierre-Claude LAFOND, « Procédure civile II », dans *Jurisclasseur Québec*, coll. « Droit civil », Injonction interlocutoire, fasc. 10, LexisNexis Canada, à jour novembre 2022 (LAd/QL). Ce type d'injonction est également appelé *freezing order*. *Id.*

untraceable or, even if known, such balances cannot be reached by any effective legal process »⁵³².

Malgré que cette décision date de 1979, les propos du juge sont toujours d'actualité. Ainsi, face au risque que le bénéficiaire d'une lettre de garantie dispose de ses biens en vue d'échapper à la justice, l'injonction Mareva prend toute son utilité. De plus, cette injonction ne sera pas accordée si les deux parties résidents dans la même juridiction ou le litige doit être tranché⁵³³. En effet, si le défendeur réside dans l'État où doit être tranché le litige, le risque qu'il dispose de l'entièreté de ses biens est beaucoup moins élevé⁵³⁴.

Plusieurs critères à satisfaire ont été établies afin d'émettre un tel type d'injonction dans la décision *Third Chandris Shipping Corporation and other v. Unimarine SA; The Pythia, The Angelic Wings, The Genie*, soit:

- « (i) *The plaintiff should make full and frank disclosure of all matters in his knowledge which are material for the judge to know [...].*
- (ii) *The plaintiff should give particulars of his claim against the defendant, stating the ground of his claim and the amount thereof, and fairly stating the points made against it by the defendant.*
- (iii) *The plaintiff should give some grounds for believing that the defendants have assets here [...].*
- (iv) *The plaintiff should give some grounds for believing that there is a risk of the assets being removed before the judgment or award is satisfied.*
- (v) *The plaintiff must, of course, give an undertaking in damages, in case they fail in their claim or the injunction turns out to be unjustified. In a suitable case this should be supported by a bond or security : and the injunction only granted on it being given, or undertaken to be given. »⁵³⁵.*

Ces critères sont, en grande partie, similaires à ceux établis en vue d'obtenir une injonction. Les critères qui diffèrent de la simple injonction sont que le demandeur doit prouver qu'il a une bonne raison de croire que le défendeur disposera de ces biens avant qu'un jugement soit rendu et le demandeur doit généralement faire un dépôt de sécurité, qui couvrirait les dommages, exigé dans l'éventualité où l'injonction ne serait pas accordée. Dans une décision aux

⁵³² *Third Chandris Shipping Corporation and other v. Unimarine SA; The Pythia, The Angelic Wings, The Genie* [1979] 2 All ER 972 (CA), p. 190.

⁵³³ R. CHAGNON, préc., note 63, p. 88.

⁵³⁴ R. CHAGNON, préc., note 63, p. 88.

⁵³⁵ *Third Chandris Shipping Corporation and other v. Unimarine SA; The Pythia, The Angelic Wings, The Genie*, préc., note 532, par. 984-985.

faits singuliers, le bénéficiaire d'une lettre de garantie qui s'était fait refuser le paiement par la banque au motif que les connaissements avaient été falsifiés a tenté d'obtenir une injonction Mareva contre cette dernière⁵³⁶. Toutefois, l'injonction lui a été refusée pour deux raisons. D'abord, le juge a affirmé que le demandeur avait échoué dans sa tentative de prouver qu'il existe « *a good arguable case for the plaintiffs that the money is going to become due to them* »⁵³⁷ étant donné la présence de fraude dans le connaissement. Le second motif de refus de l'injonction est que le demandeur n'avait démontré qu'il existait un danger que les actifs de la banque soient déplacés hors de la juridiction en l'absence d'une injonction Mareva⁵³⁸.

L'injonction Mareva est admise au Canada et au Québec. En effet, dans l'affaire *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, le juge de la Cour suprême a affirmé que l'article 752 de l'ancien *Code de procédure civile* devenu l'article 511, permet d'accorder une injonction Mareva lorsque lorsqu'il est jugé nécessaire⁵³⁹. Par conséquent, les critères de l'injonction interlocutoire s'appliquent également⁵⁴⁰.

Par ailleurs, le juge Evans, dans sa dissidence concernant l'affaire anglaise *Themehelp Ltd v West*, a notamment affirmé que l'application d'une injonction dans ce litige était inappropriée et que l'injonction Mareva serait un recours adéquat en l'espèce afin d'empêcher le bénéficiaire de disposer des fonds reçus⁵⁴¹ car « *This would thereby not derogate from the principle of the autonomy of the bond* »⁵⁴².

Toutefois, l'application de ce type d'injonction est limitée car elle est issue de la Common Law anglaise et est absente notamment en droit français. Par conséquent, elle ne sera pas

⁵³⁶ *Etablissement Esefka International Anstalt v Central Bank of Nigeria* [1979] 1 Lloyd's Rep. 445 (CA).

⁵³⁷ *Id.*, p. 448.

⁵³⁸ *Id.*, p. 448. En effet, le juge a affirmé que « *There are affidavits showing the immense funds which are available to the Central Bank of Nigeria in commercial countries all over the world including this country. It seems to me that it would not be right to say that the government of Nigeria would not honour its obligations or that there is any risk of its dishonouring its obligations if it is found to be liable by this Court* » *Id.*

⁵³⁹ *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, préc., note 458, par. 12.

⁵⁴⁰ P.-C. LAFOND, préc., note 531.

⁵⁴¹ *Themehelp Ltd. v. West and Others*, préc., note 372, par. 231.

⁵⁴² C. MURRAY, D. HOLLOWAY et D. TIMSON-HUNT, préc., note 22, p. 257

accordée lorsque les contrats contiennent une clause concernant le droit applicable d'un État où elle n'est pas admise⁵⁴³.

C) L'injonction Anton Piller

Ce recours peut être défini comme étant « [...] une ordonnance d'injonction de se laisser perquisitionner et de se laisser saisir, afin de protéger et conserver les éléments de preuve qui, sans l'intervention de la Cour, risqueraient d'être détruits ou de disparaître »⁵⁴⁴. Nous comprenons qu'en matière de fraude prenant place dans une transaction commerciale internationale, ce recours pourrait s'avérer être très utile.

Toutefois, plusieurs critères doivent être satisfaits afin que ce recours soit accordé⁵⁴⁵. Les deux premiers critères qui doivent être remplis sont les mêmes que pour l'injonction interlocutoire. En effet, le demandeur doit établir qu'il a un droit d'action et qu'il fait face à un préjudice sérieux ou irréparable⁵⁴⁶. De plus, deux critères différents s'ajoutent à ces derniers. En effet, le demandeur devra également prouver que le défendeur possède « des documents ou des biens pouvant servir de preuve et qu'il est réellement possible ou probable que le défendeur détruise cette preuve avant que ne puisse être introduite une demande *inter partes* »⁵⁴⁷. Enfin, il doit communiquer tous les faits pertinents en lien avec le litige⁵⁴⁸. Ainsi, dans le cadre de transactions commerciales internationales impliquant une lettre de crédit ou une lettre de garantie, ce recours pourrait s'avérer très utile dans des situations particulières. En matière de fraude, le défendeur pourrait, par exemple, être en possession de documents ou d'objets incriminants qu'il pourrait faire disparaître⁵⁴⁹. En effet, malgré que ce type de recours n'empêche pas la banque de payer, « [...] *the order could permit discovery of an application for and the terms*

⁵⁴³ Peter S. O'DRISCOLL, préc., note 507, p. 401-402. Par exemple dans l'affaire *Edward Owen Engineering Ltd c. Barclays Bank International Ltd et United trading corp.*, les parties avaient inclus une clause de droit applicable autre que celui du Royaume-Uni. *Id.* p. 402. *Edward Owen Engineering Ltd c. Barclays Bank International Ltd.*, préc., note 96. Par conséquent, l'injonction Mareva n'aurait pas été applicable.

⁵⁴⁴ D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. A. POITRAS, préc., note 491.

⁵⁴⁵ *Id.*

⁵⁴⁶ *Id.*

⁵⁴⁷ *Id.*

⁵⁴⁸ *Id.*

⁵⁴⁹ L. SARNA, préc., note 28, p. 8-33.

of a credit, the identity of the issuer and beneficiary, as well as the amount of the credit, all important elements in a claim of fraud, diversion of funds, or failure to disclose contingent liabilities or material facts »⁵⁵⁰. Toutefois, à notre connaissance, ce recours n'a pas fait l'objet de décisions judiciaires pour un litige impliquant un de ces mécanismes financiers.

D) La saisie avant jugement

La saisie avant jugement, qui est l'équivalent de la saisie-arrêt en droit français et en Common Law appelée *Conservatory attachment orders*, est un autre recours possible pour le donneur d'ordre qui serait victime de fraude. Cette mesure conservatoire est grandement similaire à l'injonction Mareva⁵⁵¹. Ce type de recours peut être défini comme étant le déplacement d'un bien entre les mains de la justice jusqu'à l'obtention d'un jugement final⁵⁵². La saisie avant jugement vise à prévenir que le débiteur dispose de ses biens ou du montant en litige afin d'échapper à la justice⁵⁵³. Il s'agit d'une mesure exceptionnelle en ce qu'elle contrevient au principe généralement admis que les biens du défendeur ne peuvent être saisis que lorsque le jugement final a tranché le litige⁵⁵⁴.

Au Québec, ce recours est prévu à l'article 516 Code de procédure civile du Québec et est formulé comme suit :

« La saisie avant jugement a pour but de mettre les biens sous la main de la justice pendant l'instance; elle est pratiquée de la même manière et obéit aux mêmes règles que la saisie après jugement, sauf les règles du présent chapitre.

Elle peut être pratiquée avant l'introduction de l'instance ou en cours d'instance; elle peut aussi l'être lorsque l'affaire a été portée en appel, mais en ce cas avec l'autorisation du tribunal de première instance.

Les biens saisis sont confiés à la garde d'un tiers, à moins que le saisissant n'autorise l'huissier à les laisser sous la garde du saisi. »⁵⁵⁵

⁵⁵⁰ L. SARNA, préc., note 28, p. 8-34.

⁵⁵¹ M. POMERLEAU, préc., note 333, p. 131.

⁵⁵² Pierre-Claude LAFOND, « Procédure civile II », dans Jurisclasseur Québec, coll. « Droit civil », *Saisies avant jugement*, fasc. 13, LexisNexis Canada, à jour novembre 2022 (LAd/QL).

⁵⁵³ *Id.*

⁵⁵⁴ P.-C. LAFOND, préc., note 522. En effet, en règle générale, « [...] chacun est en droit d'user de ses biens, d'en jouir et d'en disposer comme il l'entend ». *Id.*

⁵⁵⁵ C.p.c., préc., note 471, art. 516.

La saisie avant jugement a été admise comme recours disponible pour un litige concernant les lettres de crédit en 1987 dans la décision *Paris Sportswear Ltd. c. Itlam*⁵⁵⁶. Dans cette affaire, le juge établit trois conditions qui doivent être remplies pour l'application d'une saisie avant jugements soit une fraude suffisamment établit, l'existence d'une créance envers le saisi et une crainte que sa créance soit mise en péril si un tel jugement ne lui est pas accordé⁵⁵⁷.

Dans l'affaire *Paris Sportswear Ltd. c. Itlam*, Paris Sportswear a demandé à la banque Continentale du Canada d'ouvrir une lettre de crédit, en faveur de Itlam, afin de couvrir l'achat de textile⁵⁵⁸. Une première facture commerciale a été remise à la banque et une seconde facture a été présentée aux douanes⁵⁵⁹. Toutefois, les deux factures contiennent des informations différentes concernant le matériel du textile⁵⁶⁰. Ainsi, Paris Sportswear demande « la mise de ses fonds sous les mains de la justice »⁵⁶¹ puisqu'elle soutient que la demande de paiement de Itlam est frauduleuse puisqu'elle ne représente pas la marchandise expédiée⁵⁶².

D'abord, le juge conclut que la fraude est suffisamment établit en l'espèce puisque les documents présentés à la banque étaient en apparence conformes avec les termes de la lettre de crédit mais étaient frauduleux puisqu'ils ne représentaient pas la qualité de la marchandise expédiée⁵⁶³.

La seconde condition n'est pas difficile à atteindre dans le cadre des opérations impliquant une lettre de crédit puisque « l'engagement de la banque envers le vendeur constitue une créance saisissable »⁵⁶⁴. Le juge Rothman a notamment adhéré à l'opinion du juge de première instance soutenant que la saisie avant jugement produit le même résultat qu'une injonction soit : « Arrêter un paiement en attendant que le tribunal se prononce [et, dans le cas de la saisie avant jugement]

⁵⁵⁶ *Paris Sportswear Ltd. c. Itlam*. [1987] R.D.J. 156 (C.A.Q). En effet, le juge Rothman a exprimé son opinion de la façon suivante : « *I can see no reason why a seizure before judgment under Art. 733 C.C.P. should not be available as an alternative remedy in appropriate cases* ». *Id.* par. 26.

⁵⁵⁷ R. CHAGNON, préc., note 63, p. 97.

⁵⁵⁸ *Paris Sportswear Ltd. c. Itlam.*, préc., note 556, par. 15.

⁵⁵⁹ *Id.*, par. 16-17.

⁵⁶⁰ *Id.*, par. 16-17.

⁵⁶¹ *Id.*, par. 6.

⁵⁶² *Id.*, par. 18.

⁵⁶³ *Id.*, par. 43-44.

⁵⁶⁴ *Id.*, p. 98.

retenir les argents en attendant qu'un tribunal se prononce »⁵⁶⁵. Toutefois, en matière de lettre de garantie, la question ne semble pas, à notre connaissance, avoir été déterminée par les tribunaux.

Enfin, le troisième critère, soit la crainte objective, sera satisfait s'il est déterminé qu'une personne raisonnable ayant connaissance des faits, croit qu'il existe un risque que le défendeur pose des actes visant à contourner les conséquences qu'entraînerait un jugement défavorable à son égard⁵⁶⁶. De plus, la crainte doit être « [...] sérieuse, objective, justifiée par des faits précis et non par des appréhensions »⁵⁶⁷. La fraude à elle seule n'implique pas nécessairement que le défendeur tente d'échapper aux conséquences imposées par un jugement à son égard. Plus précisément, le donneur d'ordre qui désire se prévaloir de ce recours doit prouver par des faits liés au comportement du fraudeur qui démontrent que ce dernier tente d'échapper à la justice⁵⁶⁸. Un exemple de crainte raisonnable qui pourrait avoir lieu dans le cadre d'une transaction commerciale impliquant un crédit documentaire, est que le vendeur bénéficiaire de la lettre de crédit, entame des procédures afin de disposer de ses biens ou de ses actifs vers un autre pays alors que le paiement de la lettre de crédit lui est dû grâce à la fraude qu'il commet⁵⁶⁹. L'affaire *Comco Roots Compressor Canada Inc. c Aerzener Maschinenfabrik GmbH*, bien qu'elle n'implique pas une lettre de crédit, fournit un exemple pertinent de faits qui ont été apportés devant les tribunaux et ont été considérés suffisants pour satisfaire le critère de crainte raisonnable⁵⁷⁰. En effet, les actions posées par le défendeur-saisie démontrent qu'il tente de se départir de ses biens en vue d'échapper à la justice puisqu'il aurait notamment vendu l'immeuble dans lequel était établie son entreprise et que le prix lui aurait été payé en argent comptant⁵⁷¹. De plus, il aurait également vendu ses résidences pour le prix de 1\$ à son épouse⁵⁷².

⁵⁶⁵ *Paris Sportswear Ltd. c. Itlam.*, préc., note 556, par. 35.

⁵⁶⁶ P.-C. LAFOND, préc., note 522.

⁵⁶⁷ *Id.*

⁵⁶⁸ *Id.*

⁵⁶⁹ *Id.*

⁵⁷⁰ *Comco Roots Compressor Canada Inc. c Aerzener Maschinenfabrik GmbH* [1989] J.Q. no 97 (C.A.Q.).

⁵⁷¹ *Id.*

⁵⁷² *Id.*

En résumé, plusieurs recours sont à la disposition du donneur d'ordre qui est victime de fraude. Le recours approprié variera en fonction du contexte de la fraude puisque chaque recours vise une situation spécifique. Toutefois, l'injonction demeure le recours le plus utilisé, autant en ce qui concerne les lettres de crédit que les lettres de garantie. Cela pourrait s'expliquer par le fait que l'injonction est un recours qui peut être efficace dans toutes les situations. De plus, le donneur d'ordre doit satisfaire moins de critères dans le cadre d'une injonction que s'il décide d'utiliser un autre recours. En effet, les injonctions Mareva, Anton Piller et la saisie avant jugement sont des recours qui nécessitent des preuves concrètes sur le comportement du fraudeur, par exemple que ce dernier tente de faire disparaître des preuves ou qu'il tente d'échapper d'une quelconque façon à la justice. Toutefois, il est possible que le donneur d'ordre ne détient pas de preuves.

Section 2 – Les recours après paiements

La fraude est fréquemment découverte suite au paiement de la lettre de crédit ou la lettre de garantie effectué par la banque⁵⁷³. Le donneur d'ordre qui allègue une fraude de la part du bénéficiaire ne se retrouve pas sans recours s'il découvre celle-ci après le paiement de la banque au bénéficiaire. En effet, il pourra soit intenter un recours devant les tribunaux contre le bénéficiaire ou contre la banque. De plus, s'il juge opportun, il pourrait intenter un recours contre ces deux derniers. Toutefois, le succès des recours après paiement est limité pour plusieurs raisons.

§ 1. Recours contre le garant ou la banque émettrice

D'abord, une des options qui s'offre au donneur d'ordre est d'intenter un recours devant les tribunaux contre la banque ayant honoré le paiement. En règle générale, une fois que la banque a procédé au paiement de la garantie ou de la lettre de crédit, elle débitera le compte de son client. Ainsi, pour recouvrer le montant indûment débité à son compte, le donneur d'ordre devra entamer une procédure judiciaire contre l'institution financière. Nous l'avons vue, la

⁵⁷³ M. POMERLEAU, préc., note 333, p. 134.

banque est tenue d'honorer le paiement sur présentation d'une demande conforme. Cependant, les RUU 600 énonce que: « Une banque n'assume aucun engagement ni responsabilité quant à la forme, la suffisance, l'exactitude, l'authenticité, la falsification ou l'effet juridique de tout document [...] »⁵⁷⁴. En ce qui concerne les lettres de garantie, l'article 27 des RUGD est formulé sensiblement de la même manière que l'article 34 des RUU⁵⁷⁵. Toutefois, l'article 30 énonce que ces articles « [...] n'exonèrent pas de responsabilité un garant qui n'a pas agi de bonne foi »⁵⁷⁶. Ainsi, si la preuve de la fraude est jugée claire et évidente aux yeux de la banque pour le tribunal tranchant le litige, il sera considéré que cette dernière n'a pas agi de bonne foi en exécutant le paiement.

Ainsi, comme nous l'avons vu précédemment, lorsque le donneur d'ordre souhaite intenter un recours directement contre la banque qui a honoré le paiement, il doit avoir porté à la connaissance de la banque la fraude du bénéficiaire de façon clair et évidente avant qu'elle n'ait procédé au paiement. Cette première étape est cruciale pour le donneur d'ordre puisque s'il n'a pas satisfait ce fardeau de preuve et que la banque a payé sur présentation de documents en apparence conformes, son recours est voué à l'échec. En effet, dans l'affaire Banque Saudi Fransi, les tribunaux anglais ont réitéré que : « *There must be clear fraud of which the bank has notice, a requirement consistently imposed by this court* »⁵⁷⁷. Par conséquent, dans cette affaire, le juge a refusé de conclure que la banque avait connaissance d'une fraude de la part du bénéficiaire avant de procéder au paiement de la lettre de garantie, notamment parce que le donneur d'ordre n'avait jamais allégué de façon « *explicit until the morning of the hearing* »⁵⁷⁸. De façon similaire, les tribunaux anglais ont également affirmé que lorsque la banque reçoit des informations, de la part du donneur d'ordre, qui portent à croire qu'il y a présence d'une fraude, cela ne constitue pas une preuve suffisante lui permettant de refuser d'honorer le paiement⁵⁷⁹. Par conséquent, il n'est pas possible d'établir la fraude à la connaissance de la banque par de simples allégations,

⁵⁷⁴ RUU600, préc., note 65, art. 34.

⁵⁷⁵ RUGD, préc., note 129, art. 30.

⁵⁷⁶ *Id.*, art. 30 ; CNUDCI, préc., note 163, art. 14.

⁵⁷⁷ *Banque Saudi Fransi v Lear Siegler* [2006] 1 Lloyd's Rep. 273 (Q.B. Comm Ct) p. 275.

⁵⁷⁸ *Id.* p. 276

⁵⁷⁹ *The Society of Lloyd's v Canadian Imperial Bank of Commerce* [1993] 2 Lloyd's Rep. 579 (Q.B. Comm Ct).

des preuves doivent lui être présentées⁵⁸⁰. Dans la décision *Turkyie v Bank of China*, le juge Waller a exprimé cela de façon claire : « *If one side wishes to establish that a demand is fraudulent it must put the irrefutable evidence in front of the bank. It must not simply make allegations and expect the bank to check whether those allegations are founded or not* »⁵⁸¹.

Il existe, comme nous l'avons vu, de nombreuses décisions dans lesquelles il a été jugé que le demandeur n'avait pas porté la fraude du bénéficiaire de façon claire et évidente à la connaissance de la banque. Toutefois, d'autres décisions démontrent qu'il n'est pas impossible de satisfaire ce fardeau de preuve. Cette situation s'est notamment produite dans la fameuse affaire *Sztejn* dont nous avons déjà fait mention⁵⁸². Dans cette affaire, le demandeur avait fait émettre une lettre de crédit par Schroder en faveur du vendeur, Transea⁵⁸³. Toutefois, le demandeur allègue que la marchandise était en fait constituée de déchets⁵⁸⁴. Dans ce contexte, le juge a réitéré un principe généralement reconnu : « *It is true that even though the documents are forged or fraudulent, if the issuing bank has already paid the draft before receiving notice of the seller's fraud, it will be protected if it exercised reasonable diligence before making such payment* »⁵⁸⁵. Toutefois, dans la présente affaire, la fraude du bénéficiaire avait été portée à la connaissance de la banque Schroder avant qu'elle ne procède au paiement⁵⁸⁶. Par conséquent, le juge a conclu que la banque Schorder n'était pas tenue de payer la traite que la banque située dans l'État du fraudeur avait acceptée⁵⁸⁷.

Outre la connaissance de la fraude avant le paiement, le non-respect des termes de la lettre de garantie par la banque garante, ouvre la possibilité de recours du donneur d'ordre contre l'institution émettrice⁵⁸⁸. En effet, cette situation s'est notamment produite dans l'affaire *69971*

⁵⁸⁰ *Turkiye v Bank of China* [1996] 2 Lloyd's Rep. 611 (Q.B. Com. Ct.) par 617.

⁵⁸¹ *Turkiye v Bank of China*, préc., note 580, p. 617. Pour un autre exemple dans lequel on a refusé de conclure que la banque avait connaissance de la fraude voir : *Alternative Power Solution v Central Electricity Board* (2014) 4 All ER 882 (UKPC). Pour un exemple tranché par les tribunaux canadien voir l'affaire *Barzelex Inc. c. M.E.C.S. International Inc.*, [1994] préc., note 324.

⁵⁸² *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.*, préc., note 91.

⁵⁸³ *Id.*, par. 633.

⁵⁸⁴ *Id.*

⁵⁸⁵ *Id.*, par. 722.

⁵⁸⁶ *Id.*

⁵⁸⁷ *Id.*, par. 634.

⁵⁸⁸ Dominique LEGEAIS, RTD comm 2010 p. 593.

Manitoba Ltd. (c.o.b. Barrin Produce) v National Bank of Canada impliquant une lettre de crédit⁵⁸⁹. Dans cette affaire, le donneur d'ordre poursuit la banque émettrice car celle-ci n'a pas respecté les conditions de la lettre de crédit⁵⁹⁰. La lettre de crédit devait couvrir l'achat d'oranges alors que les connaissements indiquaient contenir des oranges et des citrons⁵⁹¹. La banque n'a pas soulevé ces irrégularités au donneur d'ordre engageant ainsi sa responsabilité⁵⁹². Elle a dû rembourser les montants indûment débités au compte du donneur d'ordre⁵⁹³. La Cour de cassation s'est également prononcée en ce sens dans une affaire impliquant une lettre de garantie⁵⁹⁴. Cette dernière était soumise au RUGD qui indique qu'une demande de paiement «[...] doit être accompagnée par tous autres documents spécifiés dans la garantie, et [...] d'une déclaration du bénéficiaire indiquant les obligations en vertu de la relation sous-jacente que le donneur d'ordre n'a pas remplie »⁵⁹⁵. Toutefois, le paiement a eu lieu sans que le bénéficiaire ait fourni cette déclaration ce qui engagea la responsabilité du garant envers le donneur d'ordre⁵⁹⁶.

Toutefois, il convient de mentionner que le donneur d'ordre qui veut faire ce type de recours pourrait faire face à certains obstacles⁵⁹⁷. Le donneur d'ordre devra assumer le fardeau financier qu'implique entreprendre des procédures judiciaires à l'encontre d'une institution financière⁵⁹⁸. À ce premier inconvénient, s'ajoute le délai de procédure qui peut s'avérer être long puisque ce genre de litige ne sera pas considéré comme urgent⁵⁹⁹. Bref, il est plutôt rare que les donneurs d'ordre choisissent ce type de recours mais comme nous l'avons vu il n'est pas impossible que la responsabilité de l'institution financière soit engagée. Dans cette perspective l'institution émettrice doit toujours faire preuve de diligence.

⁵⁸⁹ 69971 *Manitoba Ltd. (c.o.b. Barrin Produce) v National Bank of Canada* (1994) M.J. No. 91 (MBQB).

⁵⁹⁰ *Id.*, par. 1

⁵⁹¹ *Id.*, par. 3-5.

⁵⁹² *Id.*, par. 8

⁵⁹³ *Id.*, par. 35.

⁵⁹⁴ D. LEGAIS, préc., note 536, p. 593.

⁵⁹⁵ RUGD, préc., note 129, art., 15 a.

⁵⁹⁶ D. LEGAIS, préc., note 536, p. 593.

⁵⁹⁷ N. RÖCHERT, préc., note 32, p. 50.

⁵⁹⁸ *Id.*

⁵⁹⁹ *Id.*

§ 2. Recours contre le bénéficiaire

Le donneur d'ordre pourra également tenter un recours pour dommages et intérêts contre le bénéficiaire de la lettre de crédit ou la lettre de garantie⁶⁰⁰. Ce dernier pourra se tourner vers ce recours notamment dans le cas où il n'est pas en mesure de prouver que la banque avait connaissance de la fraude⁶⁰¹. Il est important de noter que le recours sera fait en vertu du contrat de base entre les parties⁶⁰². Dans ce cas, « Le donneur d'ordre obtiendra la restitution totale ou partielle de la somme perçue par le bénéficiaire, avec les intérêts moratoires du jour de la mise en demeure, suivant qu'il sera jugé qu'il avait rempli ses obligations, totalement ou non, ou encore suivant que la rupture des engagements lui sera ou non imputable »⁶⁰³.

Toutefois, même si le donneur d'ordre obtient un jugement contre le bénéficiaire, il pourrait faire face à certains obstacles. En effet, le bénéficiaire pourrait être insolvable⁶⁰⁴. Par ailleurs, les lettres de crédit et lettres de garantie sont majoritairement utilisées dans le cadre de transactions commerciales internationales. Par conséquent, récupérer les fonds d'un fraudeur à l'extérieur d'un État peut s'avérer une tâche complexe. Ce qui a été souligné dans plusieurs décisions et ce qui est un des motifs pris en considération par les juges pour faire pencher la balance des inconvénients en faveur du donneur d'ordre⁶⁰⁵.

En conclusion, plusieurs recours sont disponibles pour le donneur d'ordre victime de fraude selon le moment de découverte. Dans un premier temps, il peut tenter de prévenir que le paiement soit fait en demandant à l'émetteur de ne pas honorer le paiement ou se tourner vers les tribunaux afin d'obtenir une mesure provisoire en attendant un jugement final. Dans un second temps, lorsque le paiement a eu lieu, ce dernier peut tenter de récupérer les sommes du en saisissant le tribunal compétent pour entendre le litige soit contre l'institution financière s'il

⁶⁰⁰ M. LACOURSIÈRE, préc., note 347, p. 232.

⁶⁰¹ N. RÖCHERT, préc., note 32, p. 50.

⁶⁰² P. SIMLER, préc., note 220, par. 97.

⁶⁰³ *Id.*

⁶⁰⁴ N. RÖCHERT, préc., note 32, p. 51.

⁶⁰⁵ Notamment dans l'affaire *Alessandra Yarns, I.L.c. c. Tongxiang Boading Textile Co. Ltd.*, préc., note 384.

détient la preuve que cette dernière avait connaissance de la fraude, soit contre directement le bénéficiaire. La première solution est la plus avantageuse pour le donneur d'ordre.

Conclusion

Cette étude portant sur les lettres de crédit et les lettres de garantie nous permet de tirer plusieurs conclusions. Ces instruments sont d'une grande utilité pour les parties qui souhaitent étendre leurs activités au-delà de l'État dans lequel ils se trouvent.

Ces deux instruments sont soumis au principe d'autonomie qui est la raison d'être de ces mécanismes. Par conséquent, les institutions émettrices ne sont en aucun cas concernées par la transaction sous-jacente entre le vendeur et l'acheteur. Ce principe leur vaut leur efficacité et ne peut être limité que par une exception : la fraude. Ce risque est pratiquement uniquement assumé par le donneur d'ordre et dans certains cas exceptionnels par l'institution émettrice.

Malgré l'importance des conséquences qu'engendre une fraude dans de telles transactions, aucune règle applicable à ces instruments, que ce soit au niveau national ou international, ne régit cette exception au principe d'autonomie. En effet, les instruments de la CCI les plus fréquemment utilisés, soit les *Règles et Usances uniformes relatives aux crédits documentaires* et les *Règles Uniformes relatives aux garanties sur demandes*, sont muets en ce qui concerne cette exception. Par ailleurs, la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by et le *Uniform Commercial Code* admettent cette exception en termes généraux, sans préciser la portée ou les critères applicables. Ainsi, les critères applicables à la fraude doivent être dégagés de la jurisprudence des différents États. Toutefois, il est important de garder à l'esprit que la délimitation de la portée de l'exception de fraude est un exercice délicat puisqu'il ne doit pas d'une part nuire à l'autonomie de ces mécanismes, principe fondamental, ni permettre aux personnes malintentionnées d'en obtenir le paiement par le biais d'une fraude.

Le manque d'uniformité au niveau internationale laisse la possibilité aux différents États d'établir leurs propres critères, ce qui a un impact sur les probabilités pour un donneur d'ordre victime de fraude que l'exception soit appliquée car cela dépendra du droit applicable à l'instrument en question. En effet, les critères sont similaires d'une juridiction à l'autre. Toutefois,

la jurisprudence étudiée démontre que le degré de flexibilité avec lequel ils sont appliqués varie entre ces quatre juridictions, ce qui n'est pas sans conséquences pour les parties. D'un côté, les tribunaux américains sont les plus flexibles en ce qui concerne l'application de la fraude. Nous avons pu constater, à travers la jurisprudence, que ces derniers ont appliqué cette exception à plusieurs reprises. Ensuite, les tribunaux canadiens, qui se réfèrent en grande partie à la Common Law anglaise et américaine, se situent entre ces deux États en adoptant une position intermédiaire à ces derniers. D'un autre côté, les tribunaux anglais et français se sont montrés beaucoup plus sévères pour l'application de cette exception. Dans ces deux dernières juridictions, l'application de la fraude paraît presque impossible. Les décisions judiciaires démontrent que les cas où l'exception de fraude est appliquée sont très rares.

La différence dans l'application de l'exception de fraude, d'une juridiction à l'autre, a pour conséquence d'influencer le degré de protection pour toutes les parties impliquées, soit le donneur d'ordre, l'institution émettrice, bénéficiaire. Le donneur d'ordre a avantage à faire émettre une lettre de crédit ou lettre de garantie qui soit soumise au droit américain ou canadien. En effet, dans l'éventualité où ce dernier est victime de fraude et qu'il intente un recours devant les tribunaux, il aura plus de chance que l'exception de fraude soit appliquée. En revanche, si l'instrument est soumis au droit anglais ou français la protection est moindre puisque ces derniers sont intransigeants dans l'application de l'exception. Du point de vue de l'émetteur, nous l'avons vu, pour que sa responsabilité soit engagée la fraude doit lui avoir été préalablement portée à sa connaissance de manière claire et évidente. Toutes les juridictions étudiées sont unanimes sur ce point, ce qui atténue considérablement le risque pris par ce dernier. Toutefois, nous pouvons conclure que dans les États où l'application de l'exception est difficilement atteignable, l'émetteur est avantagé puisqu'il y a peu de chance que la fraude soit prouvée et que sa responsabilité soit entraînée. Enfin, le bénéficiaire a plus de chance de recevoir le paiement, malgré un litige entre ce dernier et le donneur d'ordre, dans les juridictions où l'exception de fraude est appliquée de façon très rigoureuse telle que le Royaume-Uni et la France.

De façon générale, les standards de fraude sont appliqués de la même manière aux lettres de crédit qu'aux lettres de garantie au sein des différentes juridictions étudiées⁶⁰⁶. Toutefois, cette approche pose certains problèmes causés par la nature de ces instruments. D'une part, les lettres de crédit sont un instrument qui sert au vendeur de s'assurer de recevoir le paiement en échange de la remise des documents conformes. Nous l'avons constaté, la fraude dans une lettre de crédit se matérialise par l'expédition de marchandises ne correspondant pas à celle spécifiée dans le contrat entre le vendeur et l'acheteur. Donc, dans un crédit documentaire la fraude est pratiquement toujours documentaire⁶⁰⁷. D'autre part, le paiement d'une lettre de garantie aura lieu seulement en cas de mauvaise performance du contrat sous-jacent. Dans une lettre de garantie, la fraude a principalement lieu dans la transaction, puisque dans la majorité des cas, la production de documents n'est pas nécessaire. Ainsi, il existe une différence fondamentale entre ces deux mécanismes qui est due à leur nature. La fraude dans la transaction d'une lettre de crédit est tangible car on se réfère généralement à des documents ou à des marchandises. De plus, dans un crédit documentaire, la fraude dans la transaction peut également être considérée comme une fraude documentaire puisque ces derniers ne représentent pas la réalité⁶⁰⁸. D'un autre côté, la fraude dans une lettre de garantie ne repose pas sur un aspect physique ou tangible, il sera plutôt qualitatif. En effet, la majorité des lettres de garantie couvre la bonne exécution d'un contrat de construction. Ainsi, dans le cas où un litige survient entre les parties concernant la bonne exécution du contrat, il est difficile de dessiner la frontière entre une demande de paiement frauduleuse et une demande de paiement justifiée. Par conséquent, la fraude ne se manifeste pas de la même façon dans ceux-ci. Cette différence fondamentale n'est pas sans conséquence : elle rend la preuve de la fraude beaucoup plus difficile à satisfaire dans le cadre d'une lettre de garantie. Ainsi, à notre avis, la fraude dans une lettre de garantie est beaucoup plus difficile à démontrer que dans un mécanisme de crédit documentaire. Cela est amplifié dans les juridictions où l'exception de fraude est appliquée de manière très rigoureuse soit en France et au Royaume-Uni.

⁶⁰⁶ R. F. BERTRAMS, préc., note 12, p. 415.

⁶⁰⁷ R. CHAGNON., préc., note 63, p. 26.

⁶⁰⁸ *Id.*

En résumé, les lettres de crédit et les lettres de garantie sont des instruments qui présentent plusieurs points communs. Toutefois, ils sont distincts par leur nature. Ces deux instruments ont été traités de la même manière en ce qui concerne l'exception de fraude. Ce qui a pour principale conséquence de rendre l'application de celle-ci presque illusoire pour les lettres de garanties. Ainsi, le donneur d'ordre d'une lettre de garantie assume un risque plus élevé que le donneur d'ordre d'un crédit documentaire. Nous sommes d'avis que les critères d'application de la fraude devraient être légèrement assouplis lorsqu'il s'agit d'une lettre de garantie étant donnée la difficulté de la preuve à établir. Par ailleurs, une uniformisation des critères applicables à l'exception au principe d'autonomie serait avantageuse afin d'atteindre un haut niveau de prévisibilité pour les parties. Cela serait particulièrement bénéfique pour le donneur d'ordre puisque ce dernier assume la plus grande partie des risques entraînés par l'émission de tels instruments. Toutefois, les chances sont minces pour que les États à un accord sur les critères d'application. Par l'étude de la jurisprudence, nous avons pu constater les nuances qui existent entre les quatre juridictions. De plus, comme nous l'avons vu, la Convention est l'instrument, de niveau international, qui s'est le plus avancé en intégrant le concept de fraude. Cependant, elle ne spécifie pas les détails de cette exception ce qui laisse comprendre que les États ne sont pas arrivés à un consensus à ce sujet.

Références bibliographiques

Monographies

ANGLADE, J.-L., *Droit et pratique de la lettre de crédit standby*, Paris, Litec, 2000.

BERTRAMS, R. F., *Bank Guarantees International Trade : The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions*, 4^e éd., « ICC Publication No 975 E », Hague, Kluwer Law International, 2013.

BRIDGE, M., *Benjamin's Sale of Goods*, 10^e éd., « The Common Law Library », London, Sweet and Maxwell, 2017.

CAPRIOLI, E. A., *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Paris, Litec, 1992.

DOHM, J. « Les garanties bancaires dans le commerce international », Berne, ed Steampfli et Cie, 1986.

DOLAN, J.F., *The Law of Letters of credit : Commercial and Standby Credits*, Boston, Warren, Gorham & Lamont, 1984.

ELLINGER, P. et D. NEO, *The Law and Practice of Documentary Letters of Credit*, Oxford, Hart Publishing, 2010.

FOLSOM, R. H., M. WALLACE GORDON et J. A. SPAGNOLE JR., *International Business Transactions*, 2^e éd., « Hornbook Series », St. Paul, West Group, 2001.

GAO, X., *The Fraud Rule in the Law of Letters of Credit : A Comparative Study*. vol. 2, « Global Trade and Finance Series », Hague, Kluwer Law International, 2002.

GOODE, R., H. KRONKE et E. MCKENDRICK, *Transnational Commercial Law. Texts, Cases and Materials*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2015.

GOODE, R., *Commercial Law*, 3^e éd., London, Penguin Books, 2004.

GOZLAN, A., *International Letters of Credit: Resolving Conflict of Law Disputes*, London, Kluwer Law International, 1999.

- HORN, N. et E. WYMEERSCH, *Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.
- JACQUET, J.-M., P. DELEBECQUE et L. USUNIER, *Droit du commerce international*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2021.
- KURKELA, M. S., *Letters of Credit and Bank Guarantees Under International Trade Law*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2008.
- KURKELA, M. S., *Letters of Credit Under International Trade Law: UCC, UCP and Law Merchant*, New York, Oceana Publications, 1985.
- LACASSE, N., « L'évaluation et la gestion du risque de défaut de paiement dans les contrats internationaux », dans Nicole Lacasse et Louis Perret (dir.), *La gestion des risques dans les contrats internationaux*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, p. 195, à la p. 212.
- MUGASHA, A. *The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees*, Sydney, Federation Press, 2003.
- MURRAY, C., D. HOLLOWAY et D. TIMSON-HUNT, *Schmitthoff. The Law and Practice of International Trade*, 12^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2012.
- MATTOU, J.-P., *Droit bancaire international*, 3^e éd., Paris, Revue Banque Édition, 2004.
- PIERCE, A., *Demand Guarantees in International Trade*, London, Sweet and Maxwell, 1993.
- PINEAU J. et G. LEFEBVRE, *Le contrat de transport de marchandises : terrestre, maritime et aérien*, Montréal, Éditions Thémis, 2016.
- ROSSI, T., *La garantie bancaire à première demande : Pratique des affaires, droit comparé, droit international privé*, « Perspectives internationales », Le Mont-sur-Lausanne, Méta-édition, 1990.
- SARNA, L., *Letters of Credit: The Law and Current Practice*, 2^e ed., Toronto, Carswells, 1989.
- SIFRI, J. E., *Standby Letters of Credit A Comprehensive Guide*, New York, Palgrave Macmillan, 2008.
- STOUFFLET, J. et C. GAVALDA, *Droit Bancaire*, 9^e éd., Paris, LexisNexis, 2015.

VAN HOUTTE, H., *The Law of International Trade*, 2^e ed., London, Sweet & Maxwell, 2002.

Articles de revues

DELPECH, X., « Crédit documentaire et fraude », *D.* 2009.

DELPECH, X., « Précision sur l'appréciation de l'exception de fraude en matière de crédit documentaire », *D.* 2006.

ENONCHONG, N. « The Problem of Abusive Calls on Demand Guarantees », (2007) *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 83.

ENONCHONG, N. « The Law Applicable to Demand Guarantees and Counter-Guarantees », (2015) *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 194.

DAVIDSON, A., « Fraud and the UN Convention on Independent Guarantee and Standby Letters of Credit », (2010) 1-1 *George Mason Journal of International Commercial Law* 25.

DE LY, F., « The UN Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit », (1999) 33-3 *The International Lawyer* 831.

FERRON, D., M. PICHÉ-MESSIER et L. A. POITRAS, « *L'injonction et les ordonnances Anton Piller, Mareva et Norwich* », LexisNexis Canada, 2009.

GAO, X. et Buckley Ross P., « The Unique Jurisprudence of Letters of Credit: Its Origin and Sources », (2003) 4 *San Diego International Law Journal* 91.

GETZ, H. A « Enjoining the International Standby Letter of Credit : The Iranian Letter of Credit Cases », (1980) 21-1 *Harvard International Law Journal* 189.

GOODE, R., « Abstract Payment Undertakings in International Transactions », (1996) 22-1 *Brooklyn Journal of International Law* 1.

HANNANI, M., « Garanties Contractuelles dans les Transactions Internationales Comportant la Fourniture de Biens ou de Services », (1985) 26-3 *Les Cahier de Droit* 633.

- HUGO, C., « Letters of Credit and Demand Guarantees : A Tale of Two Sets of Rules of the International Chamber of Commerce, (2017) no 1 *Journal of South African Law*, 1.
- JOHNS, R. J., et M. S. BLODGETT, « Fairness at the Expense of Commercial Certainty : The International Emergence of Unconscionability and Illegality as Exceptions to the Independence Principle of Letters of Credit and Bank Guarantees », (2011) *Northern Illinois University Law Review* 31-2 297.
- KELLY-LOUW, M., « International Measures to Prohibit Fraudulent Calls on Demand Guarantees and Standby Letters of Credits », (2010) n°1-1 *George Manson Journal of International Commercial Law* 74.
- KHAYAT-TISSIER, A., « Lettre de garantie - Formule », (2020) Fasc 5080, *JCl. Contrats – Distribution*.
- KIMBALL, G., B. A. SANDERS, « Preventing Wrongful Payment of Guaranty Letters of Credit – Lessons from Iran », (1984) 39-2 *The Business Lawyer* 417.
- LACOURSIÈRE, M., « La fraude du bénéficiaire d'un crédit documentaire irrévocable : tendances actuelles et futures », (1995) 53-2 *U.T. Fac. L. Rev*, 201.
- LAFOND, P.-C., « Procédure civile II », dans *Jurisclasseur Québec*, coll. « Droit civil », Injonction interlocutoire, fasc. 10, LexisNexis Canada, à jour novembre 2022 (LAd/QL).
- LAFOND, P.-C., « Procédure civile II », dans *Jurisclasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Saisies avant jugement*, fasc. 13, LexisNexis Canada, à jour novembre 2022 (LAd/QL).
- LEFEBVRE, G., « La vente documentaire internationale : la problématique de l'application de la common law au Québec », (2007) 41 *R.J.T.* 210.
- LEGEAIS, D., « Fasc. 366 : Crédit documentaire », *JCl. Commercial* 2015.
- MOUMOUNI, C., « Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garanties bancaire « à première demande » », (1997) 31 *R.J.T.* 781.
- MUGASHA, A., « Enjoining the Beneficiary's Claim on a Letter of Credit or Bank Guarantee », (2004) *Journal of Business Law* 515.

O'DRISCOLL, P. S., « Performance Bonds, Bankers' Guarantees, and the Mareva Injunction », (1985) 7-2 *Northwestern Journal of International Law & Business* 380.

POUDRIER-LEBEL, L. « Les engagements abstraits pris par le banquier », (1985) 19-1 *Revue Juridique Themis* 53.

RIGAUD, M.-C. et G. LEFEBVRE, « Les usages du commerce international : où en sommes-nous? Où en sont-ils? », (2010) 89-3 *Can. Bar Rev.* 643.

PIEDELIEVRE, S., « Garantie à première demande », *D. Répertoire de droit commercial* 2021.

POMERLEAU, M., « La fraude du bénéficiaire du crédit documentaire irrévocable. Étude comparative en droit commercial international », (1984) 44-1 *R. du B.* 113.

SIMLER, P., « Garanties autonomes. – Nature juridique. Caractères. Typologie », (2008) Fasc. 387 *JCl. Commercial*.

SIMLER, P., « Garanties autonomes. -Régime », (2008) Fasc. 390 *JCl. Commercial*.

STOUFFLET, J., « Credit documentaire », *D. Répertoire de droit commercial* 2004.

VASSEUR, M., « Le simple risque de fraude manifeste ne suspend pas l'obligation au paiement des banques garante et contre-garante », *D.* 1999.

Thèses de doctorat et mémoires de maîtrise

CHAGNON, R., *La fraude dans le crédit documentaire*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1995.

GOUDREAU, P., *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1998.

GOZLAN, A., *Rules applicable to international letters of credit*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1996.

LOGOZ, F., *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire : Étude comparative des droits allemand, français, belge et suisse*. Thèse de doctorat, Genève, Faculté de droit, Université de Lausanne, 1991.

RAKOTONANAHARY, S. M., *La fraude et la dématérialisation du crédit documentaire*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2005.

RÖCHERT, N., *Performance Guarantees on First Demand and the Fraud Exception in International Trade*, mémoire de maîtrise, Cape Town, School for Advanced Legal Studies, University of Cape Town, 2007.

Jurisprudence canadienne

Alessandra Yarns, I.I.c. c. Tongxiang Boading Textile Co. Ltd., [2015] J.Q. no 697 C.S.Q.

ATL Industries Inc. v. Han Eol Ind. Co. [1995] O.J. no 250 (Ont C.J).

Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd, (1987) 1 R.C.S. 59.

Barzelex Inc. c. M.E.C.S. International Inc., [1988] R.J.Q 437 (C.S).

Barzelex Inc. c. M.E.C.S. International Inc., [1994] J.Q. no 1086 (C.A.Q)

Casatex inc. c. Sufi Weaving Industries (PVT) Ltd., [1998] J.Q. no 2320 (C.S.Q).

C.D.N. Research and Development Ltd. v. Bank of Nova Scotia et al., (1982) 39 OR (2d) 13 (Ont. H.C.).

Cineplex Odeon Corp. v. 100 Bloor West General Partner Inc., [1993] O.J. 112 (Ont. Ct. Of J.).

Comco Roots Compressor Canada Inc. c Aerzener Maschinenfabrik GmbH [1989] J.Q. no 97 (C.A.Q.).

Crédit Lyonnais Canada c. First Mercantile Investment Corp., [1996] O.J. 4309 (Ont. Ct. Of J.).

Ensyn Technologies inc. c. IMTT-Québec inc. [2020], J.Q. no 10834 (C.S.Q.).

Fiberex Technologies Inc. v. Banque de Montreal, [2015] A.J. 853 (ABQB).

Global Steel Ltd. v. Bank of Montreal, [1999] A.J. 1268 (AB C.A.).

Hokanson Capital Inc. v. Amen Construction Ltd., [2020] A.J. 698 (ABQB).

Paris Sportswear Ltd. c. Itlam. [1987] R.D.J. 156 (C.A.Q).

Platinum Communications Systems Inc. v. IMAX Corp., [1988] B.C.J. 1713 (BCSC).

Standard Trust Co. (In Liquidation) v. Bank of Nova Scotia [2001] N.J. 147 (NFCA).

430872 B.C. Ltd. v. New Home Warranty of British Columbia Inc., [2004] B.C.J. (612) (BCCA).

69971 Manitoba Ltd. (c.o.b. Barrin Produce) v. National Bank of Canada (1994) M.J. No. 91 (MBQB).

Jurisprudence américaine

Aetna Life & Casualty Co. v. Huntington Nat'l Bank, 934 F. 2d. 695 (6th Cir. 1991).

Boston Hides & Furs v. Sumitomo Bank 870 F. Supp. 1153, (D. Mass. 1994).

Brentaag Int'l Chems., v. Bank of India, 175 F. 3d 245 (2d Cir. 1999).

Cherubino Valsangiacomo S.A. v. Americana Juice Import, 1999 Tex. App. Lexis 375, (Tex. Ct. App. 1999).

Foxboro Co. v. Arabian American Oil Co., 805 F. 2d. 34 (1s Cir. 1986).

Harris Corp. v. National Iranian Radio and Television, 691 F. 2d 1344 (11th Cir. 1982).

Hyosung Am., Inc. v. Sumagh Textile Co., 25 F. Supp. 2d 376 (S.D. N.Y. 1998).

Hyosung Am., Inc. v. Sumagh Textile Co., 1999 U.S. App. LEXIS 18153.

Intraworld Industries Inc. v. Girard Trust Bank, [1975] 336 A2d 316 (Pa. S. Ct.).

Intrinsic Values Corp. v. Superintendencia De Admin. Tributaria, 806 So 2d 616, (Fla. Ct. App. 2002).

Itek Corp. v. First National Bank of Boston, 511 F. Supp. 1341 (1st Cir. 1984).

Johann Prutscher v. Fidelity International Bank, 502 F. Supp. 535, (S.D. N.Y. 1980).

KMW International v. Chase Manhattan Bank, 606 F. 2d 10 (2d Cir. 1979).

Old Colony Trust Co. v. Lawyer's Title & Trust Co. 297 F. 152, 1924 (2d Cir. N.Y).

Ping He (Hai Nam) Co v. Nonferrous Metals (U.S.A.) Inc. 22 F. Supp. 2d. (S.D. N.Y. 1998).

Rockwell International Systems, Inc. v. Citibank, N.A., 719 F. 2d. 583 (2d Cir. 1983).

Societe Anonyme Marocain De l'industrie du raffinage v Bank of Am. N.A. (Sup. Ct., N.Y. Co., N.Y. 2016).

Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp., 31 N.Y.S. 2d 631. (1941).

Touche Ross & Co v. Manufacturers Trust Co., 107 Misc. 2d 438, (N.Y. Sup. Ct. 1980).

United Bank Ltd v. Cambridge Sporting Goods Corp., 392 N.Y.S. 2d 265 (C.A. 1976).

Voest-Alpine International Corp. v. Chase Manhattan Bank, N.A. 707 F. 2d 680 (2d Cir. 1983).

Jurisprudence anglaise

Alternative Power Solution v. Central Electricity Board (2014) 4 All ER 882 (UKPC).

Balfour Beatty Civil Engineering and another v. Technical & General Guarantee Co. (1999) All ER (D) 1110 (CA).

Banco Santander SA v. Bayfern Ltd., [2000] 1 All ER (Comm) 776 (CA).

Banque Saudi Fransi v. Lear Siegler, [2006] 1 Lloyd's Rep. 273 (Q.B. Comm Ct).

Boliventer Oil v. Chase Manhattan Bank (1984) 1 W.L.R. 392 (CA).

Cargill International SA and another v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corp. [1996] 4 All ER 563 (Q.B. Comm Ct).

Discount Records Ltd v. Barclays Bank Ltd [1975] 1 All ER 1071.

Edward Owen Engineering Ltd v. Bank International Ltd. (1978) 1 All. E.R. 976 (C.A.).

Enka Insaat Ve Sanayi v. Banca Popolare Dell'Alto Adige SPA and antoher [2009] EWHC 2410 (Comm Ct.).

Equitable Trust Company of New York v. Dawson Partners Ltd (1926), 27 Ll. L. Rep. 49.

Etablissement Esefka International Anstalt v Central Bank of Nigeria [1979] 1 Lloyd's Rep. 445 (CA).

European Asian Bank v. Punjab and Sind Bank, [1983] 2 All ER 508 (CA).

Gian Singh & Co. v. Banque de l'Indochine (1974) 2 All E.R (Singapour Supr. Ct.). 754.

JH Rayner & Co Ltd v. Hambro's Bank Ltd (1943) K.B. 37 (CA).

Kvaerner John Brown Ltd v. Midland Bank plc and another [1998] CLC 446 (QBD).

Malas and Another (Trading as Hamzeh Malas and Sons) v. British Imex Industries Ltd., [1958] 1 All ER 262 (CA).

Niru Battery Manufacturing Co v Milestone Trading Ltd., [2002] 2 All ER (Comm) 705 (QBD).

R.D. Hardbottle (Mercantile) Ltd and another v. National Westminster Bank Ltd and others (1977) 2 All E.R. 862 (QBD).

Themehelp Ltd v. West and Others [1995] 4 All ER 415 (QBD).

The Society of Lloyd's v Canadian Imperial Bank of Commerce [1993] 2 Lloyd's Rep. 579 (Q.B. Comm Ct).

Third Chandris Shipping Corporation and other v. Unimarine SA; The Pythia, The Angelic Wings, The Genie [1979] 2 All ER 972 (CA).

TTI Team Telecom International Ltd and another v. Hutchison 3G UK Ltd [2003] 1 All ER (Comm) 914 (QBD).

Tukan Timber v. Barclays Bank [1987] 1 Lloyd's Rep. 171 (QBD).

Turkiye v. Bank of China [1996] 2 Lloyd's Rep. 611 (Q.B. Com. Ct.).

United City Merchants (Investments) Ltd and others v. Royal Bank of Canada and others (1982) 2 All ER 720 (HL).

United Trading Corpn SA and Murray Clayton Ltd v. Allied Arab Bank Ltd (1985) 2 Lloyd's Rep 554 (CA).

Uzinterimpex JSC v. Standard Bank plc [2007] All ER (D) 231 (Q.B. Com. Ct.).

Jurisprudence française

Cass. Com., 21 mai 1985.

Cass. Com., 11 dec 1985.

Cass. Com., 10 juin 1986.

Cass. Com., 18 dec. 1990.

Cass. Com., 12 jan. 1993.

Cass. Com., 29 av. 1997.

Cass. Com., 2 dec. 1997.

Cass. Com., 18 av. 2000.

Cass. Com., 13 fev. 2001.

Cass. Com., 25 avril 2006, *RTD Com.*, 2007, 269, obs. Delebecque.

Cass Com., 16 dec. 2008.

Cass. Com. 31 mai 2011.

Décisions d'arbitrage international

Décision rendue dans l'affaire n° 3031, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1977.

Décision rendue dans l'affaire n° 5649, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1987

Documents internationaux

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *La Convention des Nations Unies sur les lettres de garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*, 1977.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *International Standby Practices*, Publication n°590, ICC Publication, Paris, 1998.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale (ICC) relatives aux garanties sur demande et formulaires-types*, Paris, ICC Publications, 2010.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Règles et usances uniformes de l'ICC relatives aux crédits documentaires*, Paris, CCI, International Chamber of Commerce, 2007.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Règles uniformes pour les garanties contractuelles*, Publication n°325, ICC Publication, Paris, 1978.